

ПРАВОСУДИЕ/ JUSTICE

2021
Том 3, № 4

2021
Vol. 3, 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 проблемы, относящиеся к следующим направлениям: теория права, глобализация и правосудие, современные правопонимание и правовые доктрины, цифровизация и право, судопроизводство, философия права, право и язык. Издатель созданием журнала предлагаемого формата ставит цели представить международному научному сообществу результаты научных исследований российских и зарубежных ученых, ввести в научный оборот публикации по специальному кругу вопросов, касающихся осуществления правосудия. Эти задачи решаются, в частности, посредством публикации статей на английском языке.

Наименование и содержание рубрик журнала соответствуют отраслям науки и Номенклатуре научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени.

С целью экспертной оценки каждого поступающего в редакцию материала осуществляется научное рецензирование. Все рецензенты являются признанными специалистами по тематике рецензируемых материалов и имеют в течение последних трех лет публикации по проблематике рецензируемой статьи. 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.

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.

Научный редактор Л. Б. Архипова (кандидат юридических наук)
Корректор К. В. Чегулова
Компьютерная верстка Г. С. Гордиенко

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 23.12.2021
Формат 70×100/16
Объем 18,2 усл. печ. л.
Тир. 300

The peer reviewed, academic and scientific journal “Pravosudie/Justice” publishes original articles in accordance with the established requirements, which research the most significant for the domestic and foreign legal science problems in the following areas: theory of law, globalisation and justice, modern legal understanding and legal doctrines, digitalisation and law, legal procedure, philosophy of law, law and language. The publisher of the journal’s proposed format aims to present to the international scientific community the results of scientific research carried out by the Russian and international scientists and to introduce to the scientific community publications on a special range of issues relating to the administration of justice. These objectives are addressed, inter alia, through the publication of articles in English.

The titles and contents of the rubrics of the journal correspond to the branches of science and nomenclature of scientific specialities in which degrees are awarded.

All materials submitted to the editorial board undergo a scientific peer review process. All reviewers are recognised experts in the subject matter of the peer-reviewed material and have published on the subject matter of the peer-reviewed article within the last three years. The editorial board sends copies of reviews to the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation upon request.

The journal follows the standards of editorial ethics according to international practices for editing, reviewing, publishing and authorship of scientific publications and the recommendations of the Committee on the Ethics of Scientific Publications.

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

Scientific editor L. B. Arkhipova (Cand. Sci. (Law)

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 23.12.2021

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

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

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

Вударски Аркадиуш (г. Франкфурт-на-Одере, Германия), профессор польского и европейского частного права и сравнительного права Европейского университета Виадрины; заведующий кафедрой гражданского права, гражданского процесса и сравнительного частного права Зеленогурского университета (Польша, г. Зелена-Гура)

Дорская Александра Андреевна (г. Санкт-Петербург, Россия), доктор юридических наук, профессор, заместитель директора по научной работе, заведующий кафедрой общетеоретических правовых дисциплин Северо-Западного филиала Российского государственного университета правосудия

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

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

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

Фролова Елизавета Александровна (г. Москва, Россия), доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права и политологии юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова

Химма Кеннет Эйнар (г. Сиэтл, США), доктор права, профессор юридического факультета Вашингтонского университета

Editor-in-Chief

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

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

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; Head of the Civil Law, Civil Procedure and Comparative Private Law Department, University of Zielona Góra (Zielona Góra, Poland).

Aleksandra A. Dorskaia (Saint Petersburg, Russian Federation), Dr. Sci. (Law), Professor, Deputy Director, Head of the General Theoretical Legal Disciplines Department of the North-West Branch of the Russian State University of Justice

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

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

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

Elizaveta A. Frolova (Moscow, Russia), Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Theory of State and Law and Political Science Department, Faculty of Law, M. V. Lomonosov Moscow State University

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

РЕДАКЦИОННАЯ СТАТЬЯ

<i>Корнев В. Н.</i> Биоюриспруденция – новое направление в праве и юридической науке XXI века	8
---	---

ОРИГИНАЛЬНЫЕ СТАТЬИ

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Дорская А. А.</i> Вопросы реализации Судебной реформы 1864 г. в работах российских юристов-международников	16
---	----

ИСТОРИЯ ПОЛИТИЧЕСКИХ И ПРАВОВЫХ УЧЕНИЙ

<i>Горбань В. С.</i> О характере правовых взглядов Р. Иеринга	30
---	----

ФИЛОСОФИЯ. ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

<i>Антюшин С. С.</i> Ускользающая свобода	42
---	----

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

<i>Годдард Ч.</i> Свобода слова и свобода самовыражения – где же границы? (на англ. яз.)	68
--	----

ЦИФРОВИЗАЦИЯ И ПРАВО

<i>Карелина М. М., Бузова Н. В.</i> Пандемия как драйвер совершенствования законодательства и правоприменения в цифровой среде	94
--	----

ОТРАСЛИ И ИНСТИТУТЫ ПРАВА

<i>Умнова-Конюхова И. А.</i> Национальное правосудие и международное правосудие: современные доктрины взаимодействия	116
--	-----

<i>Кононов П. И.</i> История, проблемы и перспективы модернизации института административной ответственности в России: к двадцатилетию принятия Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях	140
--	-----

<i>Кирпичев А. Е.</i> Коммерческая недвижимость в контексте пандемии (на англ. яз.)	167
---	-----

ОРГАНИЗАЦИЯ СУДЕБНОЙ И ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

<i>Бурдина Е. В.</i> Судебная нагрузка как показатель эффективности судебной деятельности: теоретические, методологические и практические аспекты	177
---	-----

СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

<i>Дозорцева Е. Г., Ошевский Д. С., Сыроквашина К. В.</i> Использование материалов сети «Интернет» при проведении комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы несовершеннолетних	197
--	-----

ПЕРЕВОДЫ

ИСТОРИЯ ПОЛИТИЧЕСКИХ И ПРАВОВЫХ УЧЕНИЙ

<i>Корнев В. Н.</i> Анджей Валицкий. Вся его жизнь была эмоционально связана с Россией	213
--	-----

<i>Киейзик Л.-Б.</i> Мои воспоминания об Анджее Валицком (на основании его писем и писем о. Георгия Флоровского о нем)	216
--	-----

EDITORIAL

<i>V. N. Kornev.</i> Biojurisprudence is a New Direction in Law and Legal Science of the XXI Century.....	8
---	---

ORIGINAL PAPERS

HISTORY OF THE STATE AND LAW

<i>A. A. Dorskaia.</i> Issues of the Implementation of the Judicial Reform of 1864 in the Works of Russian International Lawyers	16
--	----

HISTORY OF POLITICAL AND LEGAL DOCTRINES

<i>V. S. Gorban'.</i> On the Nature of R. Jhering's Legal Views.....	30
--	----

PHILOSOPHY. PHILOSOPHY OF LAW

<i>S. S. Antyushin.</i> The Elusive Freedom	42
---	----

COMPARATIVE LAW

<i>Ch. Goddard.</i> Freedom of Speech and Freedom of Expression – Where are the Boundaries? (In Eng.)	68
---	----

DIGITALISATION AND LAW

<i>M. M. Karelina, N. V. Buzova.</i> The Pandemic as a Driver of Improving Legislation and Law Enforcement in the Digital Environment.....	94
--	----

BRANCHES AND INSTITUTIONS OF THE LAW

<i>I. A. Umnova-Konyukhova.</i> National Justice and International Justice: Modern Doctrines of Interaction	116
<i>P. I. Kononov.</i> History, Problems and Prospects of Modernization of the Institute of Administrative Responsibility in Russia: On the Twentieth Anniversary of the Adoption of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation.....	140
<i>A. E. Kirpichev.</i> Commercial Real Estate in Pandemic Era: The Law in Context Approach (In Eng.)	167

ORGANIZATION OF JUDICIAL AND LAW ENFORCEMENT ACTIVITIES

<i>E. V. Burdina.</i> Judicial Load as an Indicator of the Effectiveness of Judicial Activity: Theoretical, Methodological and Practical Aspects.....	177
---	-----

FORENSIC EXPERT EXAMINATION

<i>E. G. Dozortseva, D. S. Oshevsky, K. V. Syrokvashina.</i> The Use of Internet Materials in the Complex Forensic Psychological and Psychiatric Examination of Minors	197
--	-----

TRANSLATIONS

HISTORY OF POLITICAL AND LEGAL DOCTRINES

<i>V. N. Kornev.</i> Andzhey Walicki. His whole life has been emotionally connected with Russia.....	213
<i>L.-B. Kiejzik.</i> My Recollections of Andzhey Walicki (on the Basis of his Letters, and Father Georgi Florovsky's Letters About him).....	216

Научная статья

УДК 340.114

DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.8-15



Биоюриспруденция – новое направление в праве и юридической науке XXI века

В. Н. Корнев

*Российский государственный университет правосудия, Москва,
Российская Федерация
kornev51@yandex.ru*

Аннотация

Введение. Современное развитие общества характеризуется новыми открытиями в области естественных наук, которые касаются жизни человека. Кроме того, наблюдается тенденция все большего взаимодействия естественных наук с общественными, в частности с наукой о праве. В конечном счете это привело к необходимости осмысления человеческой жизни в категориях и понятиях юридической науки и необходимости правового регулирования жизни человека от его зачатия до смерти. В связи с этим образовалось новое направление в праве и юридической науке – биоюриспруденция.

Теоретические основы. Методы. Статья написана на основе анализа зарубежных и отечественных доктринальных источников, национальных и международных правовых актов с применением общенаучных и частнонаучных методов исследования, которые способствовали адекватному раскрытию особенностей понятийно-категориального аппарата, структуры и предмета биоюриспруденции как направления в праве и правовой науке.

Обсуждение и заключение. Проведенное исследование позволило сделать вывод о том, что биоюриспруденция как научное направление и система принципов и норм права имеет единый предмет – жизнь человека как высшую ценность. В этом смысле не норма права или принцип права имеют приоритет, а жизнь человека. Это и должно способствовать как изменению характера правового регулирования, так и направлению научных исследований. Поэтому система права должна быть направлена на защиту телесности и духовности человека. Все это в совокупности приводит к изменению парадигмы понимания и правового регулирования отношений человека и общества, поскольку человек – это интегральное по своей природе биосоциальное существо.

Ключевые слова: биоюриспруденция, жизнь человека, аксиология, онтология, правовое регулирование, биоэтика, биотехнология, индоктринация, принцип права, норма права, система права, телесность, духовность

Для цитирования: Корнев В. Н. Биоюриспруденция – новое направление в праве и юридической науке XXI века // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 8–15. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.8-15.

Biojurisprudence is a New Direction in Law and Legal Science of the XXI Century

Viktor N. Kornev

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation

For correspondence: kornev51@yandex.ru

Abstract

Introduction. The modern development of society is characterised by new discoveries in the field of natural sciences that relate to human life. In addition, there is a tendency for an increasing degree of interaction of the natural sciences with social sciences, in particular, with the science of law. Ultimately, this led to the need to comprehend human life in the categories and concepts of legal science and the need for legal regulation of human life from conception to death. In this regard, a new direction in law and legal science was formed – biojurisprudence.

Theoretical Basis. Methods. The article is written on the basis of an analysis of foreign and domestic doctrinal sources, national and international legal acts with the use of general scientific and specific scientific research methods, which contributed to an adequate disclosure of the features of the conceptual-categorical apparatus, structure and subject of biojurisprudence as a direction in law and legal science.

Discussion and Conclusion. This study made it possible to conclude that biojurisprudence as a scientific direction and a system of principles and norms of law has a single subject – human life as the highest value. In this sense, it is not the rule of law or the principle of law that has priority, but the life of a person. It should contribute to both a change in the nature of legal regulation and the direction of scientific research. Therefore, the system of law should be aimed at protecting the physicality and spirituality of a person. Taken together, this leads to a change in the paradigm of the understanding and the legal regulation of relations between a person and society, since a person is a biosocial being, and integral by nature.

Keywords: biojurisprudence, human life, axiology, ontology, legal regulation, bioethics, biotechnology, indoctrination, principle of law, rule of law, system of law, corporality, spirituality

For citation: Kornev, V. N., 2021. Biojurisprudence is a new direction in law and legal science of the XXI century. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 8–15. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.8-15.

Введение

Характерной чертой XXI в. является то, что он богат на открытия в сфере медицины, биотехнологии, деятельности мозга человека и в других областях науки, которые непосредственно касаются жизни человека от его рождения и до смерти. Таким образом, биологическая природа человека сама по себе с зачатием, рождением и смертью задает объективные границы не только этическим, но и юридическим концепциям, которые выражаются в необходимости правового регулирования отношений, обусловленных биологической природой человека. В юриспруденцию проникли достижения биотехнологии и биомедицины, что с необходимостью потребовало осмыслить их в категориях и понятиях юриспруденции. В конечном итоге наличие подобных объективных взаимосвязей биологии и юриспруденции привело к формированию концепции нового направления в праве и юридической науке – *биоюриспруденции*, разрабатываемой с комплексных позиций: этических, биоэтических, правовых и медицинских.

Появление нового направления в праве и правовой науке, которое называется биоюриспруденция, отражает, как представляется, еще один весь-

ма значимый момент, характерный для современной юридической науки в частности и в целом для общественных наук. Суть его состоит в том, что в настоящее время мы замечаем явный сдвиг в парадигме научных исследований: все заметнее становятся те параллели, которые существуют между теорией, философией права, отраслевыми юридическими науками с естественными науками [Капра, Ф. и Маттеи, У., 2021, с. 10].

Теоретические основы. Методы

Термин «биоюриспруденция» был предложен известным польским юристом и философом права Романом Токарчиком (Roman Tokarczyk) в книге под названием «Биоюриспруденция: основы права. XXI век», которая была опубликована одновременно на английском и польском языках [Tokarczyk, R. A., 2008].

Термин «биоюриспруденция» уже признан как в юридической науке России, так и в республиках бывшего Советского Союза и странах Запада. Об этом факте свидетельствуют работы, например, таких российских и украинских ученых, как В. П. Сальников, С. Г. Стеценко, В. В. Лапаева, В. П. Плавич, О. Мережко, А. Запорожченко и др. Что же касается юридической науки других западных стран, о биоюриспруденции прямо или косвенно пишут в своих научных исследованиях Долджин и Шеферд [Dolgin, J. L. and Shepherd, L. L., 2009], Меникоф [Menikoff, J., 2002], Шпильман [Spielman, B., 2007], Хекматниа, Моалла [Hekmatnia, M. and Moalla, M., 2012], Петофт [Petoft, A., 2015] и многие другие ученые.

Предмет правового регулирования биоюриспруденции, как и любой другой отрасли права, включает соответствующие области отношений. Согласно концепции Р. Токарчика предмет биоюриспруденции состоит из следующих элементов: 1) биоюгенезиса – от зачатия до рождения человека с учетом моральных, религиозных, но главное – правовых позиций, т. е. того, что называется биоправом – правом жизни; 2) биоюстерапии, включающей обширную проблематику охраны права на жизнь человека, животных, растений и повышения ее качества – от рождения до смерти; 3) биоюстатологии, сосредоточивающейся на регулировании вопросов смерти человека и других живых существ [Tokarczyk, R., 2009, ss. 150–151].

В статье «Биоюриспруденция: проблема отграничения от схожих правовых конструкций», авторами которой являются В. П. Сальников и С. Г. Стеценко [Сальников, В. П. и Стеценко, С. Г., 2013], исследуются теоретико-правовые проблемы биоюриспруденции – отрасли правовых знаний посвященной вопросам жизни человека в качестве наивысшей биосоциальной ценности. Особое внимание авторы уделили вопросам отграничения биоюриспруденции от философской антропологии, общей теории прав человека, медицинского права и биоэтики. Ими указаны составные части предмета биоюриспруденции: правовая перинатология, правовая соматология и правовая танатология.

По существу такая же структура предмета биоюриспруденции представлена в статье А. Запорожченко [Запорожченко, А., 2014]. Здесь раскрывается содержание понятий, которыми оперирует биоюриспруденция: так, правовая перинатология занимается правовыми вопросами жизни человека с момента оплодотворения до рождения; правовая соматология исследует правовые аспекты распоряжения собственным телом; правовая танатоло-

гия изучает промежуток времени, в течение которого смерть человека имеет определенные биосоциальные и правовые последствия [Запороженченко, А., 2014]. При сравнении структуры биоюриспруденции, которую обосновал Р. Токарчик, с теми ее составными элементами, которые представлены в исследованиях российских и украинских ученых, нетрудно заметить, что речь по существу, правда с некоторыми деталями, идет об одном и том же. При этом у Р. Токарчика терминология основана на латинском языке, а в работах российских и украинских ученых – на древнегреческом языке. Таким образом, биоюриспруденция как новое направление в юридической науке и праве – это система правовых норм и принципов, при помощи которых осуществляется правовое регулирование жизни человека от его зачатия до смерти.

Результаты исследования

Система правовых норм и принципов закрепляется как в национальном, так и в международном праве. К последним, в частности, относятся: Директива ЕС о правовой охране биотехнологических открытий, Конвенция об охране биоразнообразия, Конвенция о правах человека и биомедицине и Дополнительный протокол к ней и другие международно-правовые акты. Наличие системы национальных и международно-правовых актов, составляющих формы биоюриспруденции, позволяет анализировать и намечать возможные пути для дальнейших исследований в рамках биоюриспруденции проблем, связанных с жизнью и смертью человека с новых, нестандартных позиций.

С точки зрения философии права одними из основных элементов для биоюриспруденции как научно-философского направления являются его онтология и аксиология.

Онтология биоюриспруденции поднимает очень важные вопросы, например такие, которые относятся к разграничению понятий «сущность человека» и «личность человека». Можно ли их отождествлять, или эти понятия имеют различное содержание? Судя по положениям Конституции Российской Федерации, эти понятия применяются в различных значениях. Согласно ст. 2 Конституции Российской Федерации, «человек и его права и свободы являются высшей ценностью». А в ч. 1 ст. 21 Конституции Российской Федерации закрепляется положение о том, что «достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления». Представляется, что для онтологии биоюриспруденции решающее значение имеют оба этих понятия, поскольку, во-первых, сущность человека невозможно отделить от личности человека, хотя последнее качество человека формируется по истечении определенного периода жизни на основе его самосознания, сформированного с точки зрения сущности человека, которого может достичь только зрелый человек. Во-вторых, разрывать эти два понятия нельзя еще и потому, что нормы и принципы, составляющие систему биоюриспруденции, регулируют жизнь человека от его зачатия и до смерти. Проблема соотношения понятий «сущность человека» и «личность человека» в контексте исследования категории «человеческое достоинство» с точки зрения биоэтики как составной части биоюриспруденции является предметом дискуссий в современной немецкоязычной философско-правовой литературе [Seelmann, K. and Demko, D., 2014, s. 242].

В российской юридической науке этой проблеме посвящены исследования В. В. Лапаевой [Лапаева, В. В., 2020; Семиходский, А. Г., 2021, с. 180].

Для онтологии биоюриспруденции наиболее важным, но не решающим по сравнению с духовным началом в человеке представляется его тело как материальный компонент. Вместе с тем не отрицается и понимание человека в качестве психофизического единства, т. е. человек для биоюриспруденции – это интегральное создание, органически соединяющее в себе психофизические свойства: телесное и духовное. Одно не отделимо от другого, и надо признать то, что телесные и духовные свойства человека тесно связаны между собой и обусловлены разнообразными природными и социальными факторами. В этом единстве, интегральности телесности и духовности состоит уникальность человека и его жизни. Таким образом, телесность – это материальная граница духовного смысла правовых предписаний, направленных на ненарушаемость прав человека и личности, конфиденциальности его жизни и уважения достоинства человека.

В онтологии биоюриспруденции существенную роль играет отграничение здорового психического состояния человека от болезненного. Здоровое психическое состояние человека является залогом нормального состояния общества, поскольку человек и социум, в котором он живет, находятся в тесном взаимовлиянии и взаимодействии. Важно отметить, что изменение психического состояния человека обусловлено различными внешними факторами. Особенно эффективным фактором изменения психического состояния человека и, следовательно, всего общества является индоктринация¹, лишаящая человека самостоятельности мышления и склоняющая его к полному послушанию. Кроме того, в результате приема наркотиков, алкоголизма принципиально изменяется психическая жизнь человека – вплоть до полного ее распада. Поэтому формирование здорового психического образа жизни – это одна из целей биоюриспруденции.

Аксиология биоюриспруденции – это составная часть биоюриспруденции, которая, вероятно, ставит важнейшие и сложные для однозначного разрешения проблемы, касающиеся ценности права. Стремясь разрешить эти споры хотя бы на основе понятного каждому принципа очевидности в жизни, и особенно в жизни человека, она обращает внимание на исходные, высшие и фундаментальные ценности. Жизнь как исходная (высшая) ценность или преценность представляет собой творца естественной первой (исходной) нормы (пренормы) для иных ценностей права: справедливости, правильности, порядка и иных ценностей, выраженных в правовых нормах. Жизнь как высшая ценность является ценностью в самой себе, которая обуславливает возникновение, существование и реализацию всех иных ценностей. Наконец, жизнь – это основная ценность потому, что она порождает мир человека, животных и природы. Поэтому бесспорно жизнь должна охраняться при помощи всех нормативных систем, и особенно правом, религией и моралью. В связи с этим Р. Токарчик отмечает,

¹ *Индоктринация* (от лат. «doctrina» – учение, научная или философская теория, система, руководящий принцип) – процесс повторения и внушения идеи, убеждения или доктрины кому-либо до тех пор, пока он не воспримет их без критики или лишних вопросов.

что в контексте биоюриспруденции «следовало бы прекратить бесплодные спекуляции, касающиеся сути правовой нормы и правового предписания и их соотношения. Жизнь должна быть *prius*, а ее нормативное понимание – только *posterius*, но не наоборот» [Tokarczyk, R. A., 2008, s. 102]. Границы аксиологии биоюриспруденции пролегают между утверждающей крайностью культа жизни и деструктивной крайностью культа смерти.

Обсуждение и заключение

Аксиология биоюриспруденции отвергает ошибочную натуралистическую концепцию, согласно которой принципиально возможно выведение ценности жизни человека из описания его жизни. Среди всех ценностей именно ценность человеческой жизни представляет собой единственную спонтанную и первичную ценность, а поэтому является источником, исходной нормой, смыслом и в полной мере целью всех других ценностей. Как таковая жизнь человека, будучи первичной нормой и первичной ценностью, не может быть поставлена на уровень других ценностей, которые по отношению к ней являются вторичными и преимущественно служат ей как своего рода ресурсы. Поэтому только жизнь человека – это автономная ценность, все же иные ценности по сравнению с жизнью человека выступают как инструментальные. Отрыв онтологии от аксиологии по отношению к жизни человека приводит к парадоксальному выводу о том, что духовная жизнь человека, особенно интеллектуальная, не связана с его телесной жизнью. Попытка сведения измерения человеческой жизни к двум отдельным и не связанным друг с другом мирам – биологическому и духовному – вопреки принципу очевидности указывает на строгие, неразрывные и прочные связи между ними, которые обеспечивают интегральность человеческой личности. Аксиология биоюриспруденции прочно утвердилась в большинстве мировых культур [Tokarczyk, R. A., 2009, ss. 154–155].

Таким образом, следует разграничивать, во-первых, биоюриспруденцию как систему правовых норм и принципов, которые образуют комплексную отрасль права, регулиющую правовые отношения, которые связаны с жизнью человека с момента его зачатия и до момента смерти. Во-вторых, биоюриспруденцию как научное направление теоретико-правового и философско-правового содержания, имеющее свой предмет исследования и структуру. Биоюриспруденция выступает одной из форм интеграции биологического и социального в жизни человека, ибо человек существо биосоциальное.

Список использованной литературы

Запороженченко А. Правовая танатология в общетеоретической системе юриспруденции // Национальный юридический журнал: теория и практика. 2014. № 8. С. 9–14.

Капра Ф., Маттеи У. Экология права. На пути к правовой системе в гармонии с природой и обществом. М. : Изд-во Ин-та Гайдара ; СПб. : Фак. свободных искусств и наук СПбГУ, 2021. 328 с. ISBN: 978-5-93255-595-8.

Корнев В. Н. Достоинство человека и право // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 4. С. 8–13. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.4.8-12.

- Лапаева В. В. Право в «эпоху биотехнологий» (правовой режим преимплантационной генетической диагностики) // Российское правосудие. 2020. № 7. С. 31–43. DOI: 10.37399/issn2072-909X.2020.7.31-43.
- Мережко О. Биоюриспруденция – новое направление в современной науке права // Юридический журнал. 2008. № 1 (67). С. 135–136.
- Плавич В. П. Проблемы современного правопонимания: теоретико-методологический и философско-правовой анализ. Одесса : Астропринт, 2011. 232 с.
- Сальников В. П., Стеценко С. Г. Биоюриспруденция: проблема отграничения от схожих правовых конструкций // Юридическая наука: история и современность. 2013. № 10. С. 190–197.
- Семиходский А. Г. Криминалистические базы данных геномной информации: международный опыт и возможность его применения в Российской Федерации // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 1. С. 148–183. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.148-183.
- Dolgin J. L., Shepherd L. L. *Bioethics and the Law*. New York : Aspen Publishers, 2009. 899 p.
- Hekmatnia M., Moalla M. *Bioethics and its Place in Islamic Sciences* // *Islamic Law*. 2012. Vol. 9, no. 33. P. 7–35.
- Menikoff J. *Law and Bioethics: An Introduction*. Washington : Georgetown University Press, 2002. 512 p.
- Petoft A. *Neurolaw: A brief introduction* // *Iranian Journal of Neurology*. 2015. Vol. 14, no. 1. P. 53–58.
- Seelmann K., Demko D. *Rechtsphilosophie. Überarb. und erw. Aufl.* 6. München : Verlag C. H. Beck oHG, 2014. 293 S.
- Spielman B. *Bioethics in law*. Totowa, N. J. : Humana Press, 2007. 181 p.
- Tokarczyk R. A. *Filozofia prawa*. Warszawa : Wydanie pierwsze, 2009. 329 s.
- Tokarczyk R. A. *Biojurisprudencja: Podstawy prawa dla XXI wieku*. Lublin : UMCS, 2008. 109 s.

Reference

- Dolgin, J. L. and Shepherd, L. L., 2009. *Bioethics and the Law*. New York: Aspen Publishers.
- Hekmatnia, M. and Moalla, M., 2012. Bioethics and its Place in Islamic Sciences. *Islamic Law*, 9(33), pp. 7–35.
- Kapra, F. and Mattei, U., 2021. *Ekologiya prava. Na puti k pravovoj sisteme v garmonii s prirodoj i obshchestvom* = [Ecology of law. On the way to a legal system in harmony with nature and society]. Moscow: Publishing House of the Gaidar Institute; St. Petersburg: Faculty of Liberal Arts and Sciences of the St.-Petersburg State University. ISBN: 978-5-93255-595-8. (In Russ.)
- Kornev, V. N., 2020. [Human dignity and law]. *Pravosudie* = Justice, 2(4), pp. 8–13. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2020.4.8-12.
- Lapaeva, V. V., 2020. Law in the “age of biotechnology” (legal regime for preimplantation genetic diagnosis). *Rossijskoe pravosudie* =

- [Russian Justice], 7, pp. 31–43. (In Russ.) DOI: 10.37399/issn2072-909X.2020.7.31-43.
- Menikoff, J., 2002. *Law and Bioethics: An Introduction*. Washington: Georgetown University Press.
- Merezhko, O., 2008. Bio-jurisprudence – a new direction in the modern science of law. *Yuridicheskij zhurnal* = [Law Journal], 1, pp. 135–136. (In Russ.)
- Petoft, A., 2015. Neurolaw: A brief introduction. *Iranian Journal of Neurology*, 14(1), pp. 53–58.
- Plavich, V. P., 2011. *Problemy sovremennogo pravoponimaniya: teoretiko-metodologicheskij i filosofsko-pravovoj analiz* = [Problems of modern legal understanding: theoretical-methodological and philosophical-legal analysis]. Odessa: Astroprint. (In Russ.)
- Sal'nikov, V. P. and Stetsenko, S. G., 2013. Bio-jurisprudence: the problem of differentiation from similar legal constructions. *Yuridicheskaya nauka: istoriya i sovremennost'* = [Legal Science: History and Modernity], 10, pp. 190–197. (In Russ.)
- Seelmann, K. and Demko, D., 2014. *Rechtsphilosophie*. Überarbeitete und erweiterte Auflage 6. Munchen: Verlag C. H. Beck oHG.
- Semikhodskii, A. G., 2021. Forensic DNA databases: International experience and the possibility of its application in the Russian Federation. *Pravosudie* = Justice, 3(1), pp. 148–183. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2021.1.148-183.
- Spielman, B., 2007. *Bioethics in law*. Totowa, N. J.: Humana Press.
- Tokarczyk, R. A., 2008. *Biojurisprudencja: Podstawy prawa dla XXI wieku*. Lublin: UMCS.
- Tokarczyk, R. A., 2009. *Filozofia prawa*. Warszawa: Wydanie pierwsze.
- Zaporozhchenko, A., 2014. [Legal thanatology in the general theoretical system of jurisprudence]. *Nacional'nyj yuridicheskij zhurnal: teoriya i praktika* = [National Law Journal: Theory and Practice], 8, pp. 9–14. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Корнев Виктор Николаевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного права имени Н. В. Витрука ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69), главный редактор журнала «Правосудие/Justice».

Viktor N. Kornev, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Vitruk Constitutional Law Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation), Editor-in-Chief of the Journal “Pravosudie/Justice”.

E-mail: kornev51@yandex.ru

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 02.11.2021.

Submitted: 02.11.2021.

Научная статья

УДК 343.1, 347.9

DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.16-29



Вопросы реализации Судебной реформы 1864 г. в работах российских юристов- международников

А. А. Дорская

*Северо-Западный филиал, Российский государственный
университет правосудия, Санкт-Петербург, Российская
Федерация*

adorskaya@yandex.ru

Аннотация

Введение. Рассматривается мало изученный в юридической науке вопрос об оценке российскими юристами-международниками Судебных уставов 1864 г. и их реализации вплоть до официального объявления о завершении Судебной реформы в 1899 г. Данный ракурс позволяет увидеть различные точки зрения на реформирование судостроительства и судопроизводства в России во второй половине XIX в. специалистов в области международного права, прекрасно знающих зарубежное законодательство и оценивающих возможность его рецепции с учетом российской действительности.

Теоретические основы. Методы. Теоретически работа опирается на научное наследие российских юристов-международников, труды которых посвящены реализации Судебной реформы 1864 г. В процессе их изучения использовались общенаучные (дескриптивный, диалектический методы, методы анализа, синтеза), а также специальные методы исследования (хронологический, формально-юридический, сравнительно-правовой, метод правового моделирования).

Результаты исследования. В результате исследования были выделены два направления среди юристов-международников. Первое – охранительное, представленное Ф. Ф. Мартенсом, пытавшееся сохранить верховную судебную власть за Императором и выступающее против заимствования ряда институтов иностранного права, в частности суда присяжных заседателей. Ярким представителем второго направления реформирования был В. П. Даневский, рассматривавший Судебные уставы 1864 г. как основу для разработки и реализации в России новых принципов судостроительства и судопроизводства. На основе анализа научных произведений российских юристов-международников был сделан вывод о том, что они поддерживали такие важнейшие принципы организации правосудия, как независимость судей, статус судьи в служебной и общественной иерархии, достаточное материальное обеспечение как при осуществлении судейских полномочий, так и в случае отставки и смерти. Наиболее дискуссионный вопрос в работах российских специалистов – отношение к суду присяжных заседателей, относительно работы которых проводились серьезные статистические подсчеты, отсутствовавшие в трудах специалистов в сфере внутригосударственного права.

Обсуждение и заключение. В статье показано, что широкое обсуждение проблем судебной деятельности способствовало развитию идеи международного правосудия в России,

что привело к изданию в России в 1881 г. первой специальной работы Л. А. Камаровского «О международном суде».

Ключевые слова: Судебная реформа 1864 г., юристы-международники, принципы правосудия, судебная власть, суд присяжных заседателей, Ф. Ф. Мартенс, Л. А. Камаровский, В. П. Даневский

Для цитирования: Дорская А. А. Вопросы реализации Судебной реформы 1864 г. в работах российских юристов-международников // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 16–29. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.16-29.

Issues of the Implementation of the Judicial Reform of 1864 in the Works of Russian International Lawyers

Aleksandra A. Dorskaia

North-West Branch, Russian State University of Justice, St. Petersburg, Russian Federation

For correspondence: adorskaya@yandex.ru

Abstract

Introduction. The article considers the inadequately studied issue in legal science regarding the assessment by Russian international lawyers of the Judicial Statutes of 1864 and their implementation until the official announcement of the completion of the Judicial Reform in 1899. This perspective allows us to see various points of view concerning the reform of the judicial system and the judicial proceedings in Russia in the second half of the 19th century from experts in the field of international law who are well aware of foreign legislation and can evaluate the possibility of its reception taking into account Russian reality.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the work was the scientific heritage of Russian international lawyers, whose works are devoted to the implementation of the Judicial Reform of 1864. In the process of their study were used general scientific (descriptive, dialectical methods, methods of analysis, synthesis) and special research methods (chronological, formal-legal, comparative legal, method of legal modeling).

Results. As a result of the research, two kinds of reasoning were identified among international lawyers. The first is the protective one presented by F. F. Martens, who tried to maintain the supreme judicial power behind the Emperor and opposed the borrowing of some institutions of foreign law, in particular, the trial of jurors. The second is the path of reforms, the bright representative of which was V. P. Danevskiy, who considered the Judicial Statutes of 1864 as the basis for developing and implementing new principles of judicial organisation and associated judicial proceedings. Based on an analysis of the scientific works of Russian international lawyers, it was concluded that they supported such crucial principles of the organisation of justice as the independence of judges, their authoritative position of a judge in the official and public hierarchy, sufficient material support both in the exercise of judicial powers and the situation in the event of resignation and death. The most debatable issue in the works of Russian specialists on this topic was the attitude to the trial of jurors, whose activities were subject to thorough statistical calculations, which were absent in the work of specialists in the field of domestic law.

Discussion and Conclusion. The research study shows that a broad discussion of the obstacles of judicial activity contributed to the development of international justice in Russia, which encouraged L. A. Kamarovskiy to publish the specific work entitled “About the International Court” in 1881 – the first in Russia.

Keywords: Judicial reform of 1864, international lawyers, principles of justice, judiciary, jury court, F. F. Martens, L. A. Kamarovskiy, V. P. Danevskiy

For citation: Dorskaia, A. A., 2021. Issues of the implementation of the Judicial Reform of 1864 in the works of Russian international lawyers. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 16–29. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.16-29.

Введение

Судебная реформа, начавшаяся в России в 1991 г. принятием Концепции реформирования российской судебной системы, имеет разные грани, одной из которых выступает международный компонент. Возможность российских граждан обращаться в органы международного правосудия за защитой своих прав, отнесение к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации определения возможных пределов влияния решений международных судов на национальную правовую систему существенно расширили содержательную сторону такого понятия, как правосудие.

Несмотря на огромное количество новелл, посвященных судостроительству и судопроизводству в Российской Федерации в последние 30 лет, одной из важнейших характеристик современного реформирования является обращение к имеющемуся историческому опыту, вследствие чего постоянно происходит обращение к Судебной реформе 1864 г. как одной из наиболее эффективных и результативных реформ, которая серьезным образом повлияла на развитие правосознания и уровня правовой культуры российского общества.

Поводом к написанию данной статьи стало научное наследие графа Леонида Алексеевича Камаровского (1846–1912) – одного из известнейших юристов-международников России, профессора Московского университета, который в 1881 г. издал первую в мире специальную научную работу по международному правосудию «О международном суде» [Камаровский, Л. А., 1881], а в 1909 г. стал одним из четырех российских представителей в Постоянной палате третейского суда в Гааге. Современные исследования доказывают, что потенциал высказанных данным ученым идей не только далеко не исчерпан, но по ряду вопросов они превосходят господствующие сегодня теории и подходы [Соловьева, Л. Л. и Канищев, В. П., 2021].

Среди работ Л. А. Камаровского в каталоге Российской национальной библиотеки есть 22-страничные «Замечания о развитии правил, относящихся до мирового суда» 1863 г., т. е. к периоду накануне Судебной реформы. Естественно, они не могли не вызвать интерес, во-первых, потому, что Л. А. Камаровскому в это время было 17 лет и не совсем понятно, как он сумел принять участие в разработке замечаний о развитии основных предложений преобразования судебной части в России, в рамках которых опубликована данная работа, а во-вторых, с точки зрения установления связи между взглядами выдающегося юриста-международника на национальное и международное правосудие.

Обращение к «Замечаниям о развитии основных положений преобразования судебной части в России» показало, что библиографами Российской национальной библиотеки уже давно установлено, что они принадлежат не Л. А. Камаровскому, а Е. Е. Комаровскому [Комаровский, Е. Е., 1863], а автоматическое отнесение в каталоге вызвано тем, что данный труд был подписан просто: «Граф Комаровский».

Однако интерес к вопросу о реакции российских юристов-международников на Судебную реформу 1864 г. остался. Анализ их работ показал, что наибольшее значение в этом аспекте представляет научное наследие

Ф. Ф. Мартенса и В. П. Даневского, которые достаточно подробно изложили свои концепции реформирования российского правосудия во второй половине XIX в.

Актуальность темы исследования состоит в необходимости разносторонней оценки реформ в правовой сфере с точки зрения не только теоретических и практических проблем, но и сочетания международно-правового и внутригосударственного измерений.

Судебная реформа 1864 г. не раз становилась объектом исследования с целью установления ее зарубежных «корней» [Лонская, С. В., 2014; Лонская, С. В., 2016], однако отношение к ней специалистов в области международного права практически не изучалось. Исключением можно назвать работы, посвященные роли Судебной реформы 1864 г. для государств, ранее являвшихся республиками Советского Союза [Верещагина, А. В., ред., 2015b], а также деятельности Высочайше утвержденной комиссии для пересмотра законоположений по судебной части под руководством Н. В. Муравьева, в которую в 1894 г. также был приглашен В. П. Даневский [Сорокин, А. А., 2014], историко-правовые исследования о судостроительстве и развитии уголовно-процессуального права конца XIX – начала XX в. [Верещагина, А. В., 2014], в которых есть ссылки на научное наследие российского юриста-международника В. П. Даневского. Нельзя не отметить работы, посвященные взглядам Ф. Ф. Мартенса по вопросам международного правосудия [Иваненко, В. С., 2009; Рыбаченок, И. С., 2019].

Таким образом, юристами-международниками дана фрагментарная оценка Судебной реформы 1864 г. Вместе с тем обращение к данному материалу позволяет увидеть реформирование судебной системы и судопроизводства во второй половине XIX в. в новом ракурсе и рассмотреть вопрос о его эффективности не только с внутригосударственных, но и с международно-правовых позиций.

Теоретические основы. Методы

Теоретической основой работы стало научное наследие российских юристов-международников, труды которых посвящены реализации Судебной реформы 1864 г. В процессе их изучения были использованы как общенаучные, так и специальные методы исследования.

С помощью дескриптивного метода показаны основные идеи Ф. Ф. Мартенса и В. П. Даневского о развитии Судебной реформы 1864 г. в России. Метод анализа позволил выявить наиболее важные вопросы реализации Судебных уставов, которые выделяли юристы-международники в 1870–1890-х гг. Метод синтеза способствовал обобщению взглядов ученых, содержащихся в различных трудах. С помощью диалектического метода в статье устанавливалось, как проходившие заочные дискуссии способствовали развитию судостроительства и судопроизводства в России в пореформенный период. Произведения Ф. Ф. Мартенса и В. П. Даневского изучались в хронологическом порядке их издания для того, чтобы проследить эволюцию взглядов ученых на обозначенную тематику.

Формально-юридический метод использовался при оценке юристами-международниками различных нормативных правовых актов второй по-

ловины XIX в. Сравнительно-правовой метод применялся при изучении зарубежных «корней» Судебных уставов 1864 г. С помощью метода правового моделирования определялась та модель судебной системы, которая являлась с точки зрения конкретного ученого оптимальной.

Результаты исследования

Значение научного творчества и практической деятельности выдающегося юриста-международника Ф. Ф. Мартенса (1845–1909) трудно переоценить как для России, так и для всего мира. Организация Гаагских конференций мира 1899 и 1907 гг., «оговорка Мартенса», издание «Собрания Трактатов и Конвенций, заключенных Россией с иностранными державами», инициатива постройки в Гааге Дворца мира являются лишь небольшой частью результатов его работы.

Ф. Ф. Мартенс внес вклад в развитие идеи и практики международного правосудия, поскольку разрабатывал предложения по усовершенствованию деятельности Постоянной палаты третейского суда ко Второй Гаагской конференции мира в 1907 г., участвовал в обсуждении создания постоянной сессии Гаагского международного суда в военное время [Рыбаченок, И. С., 2019, с. 154–155]. Он сам имел широкую известность как международный третейский судья: в 1891 г. рассматривал спор о рыболовстве в водах Северной Америки, в 1895 г. – спор об аресте голландскими властями шкипера английского китобойного судна «Costa Rica Packet», в 1897 г. устанавливал линию границы между Венесуэлой и английской Гвианой, которая существует до настоящего времени, и т. д. [Иваненко, В. С., 2009, с. 35].

О взглядах Ф. Ф. Мартенса на Судебную реформу 1864 г. можно судить по курсу лекций по государственному праву, который он читал в 1870–1880-е гг., прежде всего в Императорском Училище правоведения.

Сохранился конспект лекций Ф. Ф. Мартенса 1876 г., т. е. времени, когда результаты реформирования судебной системы России были уже очевидны, но при этом еще не был взят курс на отмену многих положений Судебных уставов 1864 г.

Ф. Ф. Мартенс отмечал, что цель каждого государства состоит в содействии подданным удовлетворению их физических и умственных потребностей, в обеспечении средств к их полному и всестороннему развитию [Мартенс, Ф. Ф., 1876, с. 119]. Говоря о разделении властей, он предпочитал сосредоточивать внимание слушателей не на современном ему периоде, а на Античности, подчеркивая, что еще Аристотель выделял совещательную, судебную и исполнительную власть, отдавая предпочтение первой, так как она имела право издавать законы [Мартенс, Ф. Ф., 1876, с. 137].

В курсе государственного права 1889/90 учебного года Ф. Ф. Мартенс уделил гораздо больше внимания судебной власти.

Во-первых, он отмечал, что все цивилизованные народы, несмотря на различные государственные порядки, одинаково понимают, что такое власть, правительство, законодательство и суд [Мартенс, Ф. Ф., 1889–1890, с. 10].

Во-вторых, выдающийся российский международник считал, что именно в судебной сфере заимствования из зарубежного права могут быть наи-

более опасными, приводя в качестве примера суд присяжных заседателей [Мартенс, Ф. Ф., 1889–1890, с. 16].

В-третьих, он выделял три функции верховной власти: законодательную, административную и судебную, а потому наделял Императора верховной судебной властью. Именно этим Ф. Ф. Мартенс обосновывал судебные решения, начинавшиеся со слов «По указу Его Императорского Величества», и относил оскорбления суда к тяжким преступлениям [Мартенс, Ф. Ф., 1889–1890, с. 33, 36].

В-четвертых, в историческом экскурсе Мартенс объяснял на примере Петра I и Екатерины II, почему российские императоры были против непосредственных к ним обращений с жалобами. Ф. Ф. Мартенс отмечал, что царь всегда являлся защитником оскорбленных и восстанавливал нарушенные права, но личное оскорбление таит в себе опасность, что жалобщик вызовет у монарха жалость, и в результате можно вынести несправедливое решение. Кроме того, подчеркивал он, у Государя нет возможности разбирать все дела непосредственно. Однако ученый отмечал, что Павел I не только не запретил личные к себе обращения, но и повелел устроить у Зимнего дворца ящик для прошений. При Александре I была учреждена Комиссия прошений на Высочайшее имя, причем по некоторым делам можно было подавать жалобы даже на решения департаментов и общего собрания Правительствующего Сената, которые рассматривал Государственный Совет. Именно поэтому Ф. Ф. Мартенс признавал данное государственное учреждение высшей судебной инстанцией [Мартенс, Ф. Ф., 1889–1890, с. 38], несмотря на его статус высшего законосовещательного органа страны. За несправедливые жалобы на Сенат назначалось наказание, поэтому сначала с жалобщиков бралась подписка о том, что они знают законодательство.

Такой порядок был отменен Судебными уставами 1864 г., согласно которым решения двух Кассационных департаментов Сената стали окончательными. Верховная же судебная власть, по Ф. Ф. Мартенсу, все равно сохранялась за Императором, поскольку ему принадлежало право помилования и смягчения наказания, право утверждения приговоров, право разрешать судебное преследование членов Государственного Совета, министров, главноуправляющих отдельными частями и сенаторов.

В-пятых, несмотря на то что в конце XIX в. еще не были выработаны международно-правовые стандарты по правам человека, Ф. Ф. Мартенс обратился к вопросу определения места права на правосудие в классификации прав и свобод, поскольку как юрист-международник прекрасно знал национальное законодательство разных стран. Он считал, что право на равенство всех перед судом относится к гражданским правам, а равенство всех перед законом – к политическим [Мартенс, Ф. Ф., 1889–1890, с. 113–115].

Таким образом, в отношении оценки Судебных уставов 1864 г. Ф. Ф. Мартенс придерживался охранительной позиции, состоящей в том, что он не признавал выделение самостоятельной судебной власти и однозначно выступал за сохранение за Императором функций верховной судебной инстанции, с сомнением относился к введению в России института присяжных заседателей. Однако при этом он высказывал передовые мысли отно-

сительно места права на справедливое правосудие в системе прав и свобод человека.

Другое направление среди юристов-международников представлял Всеволод Пиевич Даневский (1852–1898). С 1877 до 1893 г. он преподавал международное право и вел научную деятельность в Императорском Харьковском университете, был членом Института международного права в Генте. Реализация Судебной реформы коснулась его непосредственно. Его отец – Пий Никодимович – был магистром гражданского права, сенатором, председателем департамента Одесской судебной палаты [Комнатная, Ю. А., 2011]. В 1887 году сам Всеволод Пиевич стал почетным мировым судьей Дмитриевского округа Курской губернии, а в 1888 г. – председателем уездного съезда мировых судей того же округа, в 1893 г. – почетным мировым судьей Лохвицкого уезда Полтавской губернии. Это привело к тому, что последние пять лет своей жизни он преподавал на кафедре уголовного права и уголовного судопроизводства Харьковского университета.

Сначала проблемами правосудия В. П. Даневский занимался исключительно в рамках международного права. Так, в 1879 г. он издал работу по призовому судопроизводству, в которой отметил, что понятие справедливости должно быть присуще всяким судам, действующим даже при самых исключительных обстоятельствах, что выражается в признании невиновности преданного суду до тех пор, пока не будет доказано обратное [Даневский, В. П., 1879, с. 7].

В 1894 году, уже имея за плечами опыт работы в качестве мирового судьи и даже председателя уездного съезда мировых судей, В. П. Даневский написал интересную работу о различных формах народного суда [Даневский, В. П., 1894]. В данном труде он оценил деятельность Судебных палат с участием сословных представителей с 1864 до 1878 г. как исключение из общего порядка судостроительства и судопроизводства, признал их специальным судом по важнейшим политическим преступлениям, направленным против государства и верховной власти. При этом он раскритиковал учреждение специальным указом Верховного уголовного суда на случай общего заговора в различных частях Российской империи.

В. П. Даневский рассмотрел аргументы, которые объединенные департаменты Государственного Совета привели для изъятия дел о государственных преступлениях из суда присяжных заседателей: особая важность и опасность преступлений против государства и верховной власти; отсутствие отрицания и отвращения у многих членов общества к государственным преступлениям; возможность для обвиняемого заявлять о борьбе за общественное благо [Даневский, В. П., 1894, с. 1–2]. В результате им был сделан вывод о том, что Государственный Совет демонстрирует недоверие к участию присяжных заседателей в рассмотрении дел о государственных преступлениях. Тогда он обратился к «отцам Судебной реформы», изучив «Соображения» Государственной канцелярии 1862 г., выработанные ею совместно с прикомандированными к ней такими известными юристами, как К. П. Победоносцев, Н. И. Стояновский, Н. А. Буковский и другие, и показал, что они стояли на позиции участия присяжных в рассмотрении дел о государственных преступлениях.

В. П. Даневский в результате предложил компромиссный вариант: определение вины по государственным преступлениям должно быть за присяжными заседателями, чтобы само общество осуждало за такие деяния, а дальше дело должно передаваться в Судебные палаты [Даневский, В. П., 1894, с. 3–4].

Также ученый изучил статистику вынесения присяжными заседателями вердиктов и сделал вывод, что убеждение властных структур об их чрезмерной снисходительности и большом количестве оправдательных вердиктов является заблуждением. Он отмечал, что если до Судебной реформы 1864 г. осуждалось не более 12% подсудимых, то в конце 1880-х гг. присяжные выносили вердикт «виновен» в отношении более 60% привлеченных к суду [Даневский, В. П., 1894, с. 80].

В. П. Даневский всячески поддерживал суд присяжных, признавая при этом, что ряд сложных дел может вызвать у них большие затруднения. Гарантией «хорошего суда» он считал привлечение в присяжные образованных людей, имеющих нормальный уровень материального обеспечения, потому что они наиболее независимы в своих суждениях [Даневский, В. П., 1894, с. 47].

В. П. Даневский обращался также к теме предварительного следствия, отмечая, что по Судебным уставам 1864 г. это чуть ли не самая слабая часть российского уголовного процесса [Даневский, В. П., 1895, с. 3]. Дело в том, что вопрос о реформе следствия остро стоял на повестке дня еще до принятия Судебных уставов 1864 г. Прежде всего это касалось передачи следствия от полиции в судебное ведомство, поскольку 25 марта 1859 г. Александр II потребовал, чтобы судебная власть была отделена от власти исполнительной.

Огромная роль в данном процессе принадлежала Н. И. Стояновскому. Он считал своим нравственным долгом искоренение невежества в области предварительного расследования преступлений, выраженного в постоянном произволе и жестокости должностных лиц. Государственный деятель стал инициатором Следственной реформы 1860 г., в результате которой было произведено отделение следствия от полиции, что предопределило образование института дознания. Основная идея Н. И. Стояновского состояла в том, что власть следственная представляет собой часть власти судебной [Сорокина, Ю. В., 2014, с. 272]. Был осуществлен переход от следственных приставов, подведомственных Министерству внутренних дел, к судебным следователям, которые подчинялись Министерству юстиции.

Оценки Следственной реформы 1860 г. давались и даются разные. Существует мнение, что отделение полиции от органа судебного следствия, внедрение надлежащего протоколирования, обязательная мотивировка решений следователя – это новеллы, которые в значительной степени повысили «внутреннюю дисциплину следствия» [Кони, А. Ф., 1914, с. 99–103]. Хотя имеются и другие оценки. Так, А. В. Верещагина считает, что предшествование Следственной реформы преобразованиям в судебной сфере значительно повлияло на фрагментарность первой, сделав предварительное следствие самым «узким» местом уголовной юстиции в ее новом виде [Верещагина, А. В., 2015, с. 865].

В. П. Даневский, видимо, был ближе ко второй позиции. Он писал об обвинительной тенденции следователей при производстве некоторых «громких» дел, о медлительности производства, слабом надзоре прокуратуры и недостаточном контроле со стороны Окружного суда [Даневский, В. П., 1895, с. 3], а поэтому всячески поддерживал реформу предварительного следствия в 1890-е гг.

Ярким отражением взглядов В. П. Даневского на судебную систему стала его работа о предстоящей реформе судоустройства 1896 г. [Даневский, В. П., 1896b], в которой он открыто назвал законы от 12 июля и 29 декабря 1889 г., заменившие мировых посредников, уездные по крестьянским делам присутствия и мировой суд земскими участковыми начальниками, самым решительным шагом на пути неправильного развития отечественного судоустройства [Даневский, В. П., 1896b, с. 10]. Именно в этом труде В. П. Даневский сформулировал те принципы, при реализации которых возможна эффективная организация правосудия: независимость судьи, авторитетное положение судьи в административной и общественной иерархии, достаточное материальное обеспечение как при осуществлении судебных полномочий, так и в случае отставки или смерти [Даневский, В. П., 1896b, с. 64].

В последние годы своей жизни В. П. Даневский углубился в вопросы уголовно-процессуального права. В 1896 году он написал работу о заключительном слове председателя суда, в которой указывал на французские корни решения данного вопроса авторами Судебных уставов 1864 г. Он считал, что французская модель обеспечивает отсутствие давления на присяжных заседателей, поэтому и российские председатели судов не обладают правом допроса подсудимого ни до, ни во время судебного заседания, лишены права по собственной инициативе вызывать свидетелей, экспертов, они лишь дополняют своими распросами перекрестный допрос свидетелей и экспертов [Даневский, В. П., 1896a, с. 23]. Применительно к России он считал, что нужно определить объем заключительной речи председателя суда [Даневский, В. П., 1896a, с. 36].

В 1897 году В. П. Даневский написал работу о предстоящей реформе уголовного судопроизводства. В частности, он сделал конкретные предложения, как изменить ст. 626–629 Устава уголовного судопроизводства, посвященные исключениям из принципа непосредственности в уголовном процессе, связанным с невозможностью представления доказательства в устной форме вследствие смерти свидетеля, давшего показания на дознании или предварительном следствии, неизвестности его места пребывания, тяжелой продолжительной болезни и т. д. Однако речь шла только о новеллах, а не о принятии нового Устава уголовного судопроизводства, который В. П. Даневский, безусловно, считал большой ценностью. Данная работа оказалась последней из работ ученого, посвященной вопросам развития Судебной реформы. Его преждевременная смерть не позволила ему участвовать в дальнейшем реформировании судоустройства и судопроизводства.

В 1899 году на официальном уровне было заявлено о завершении Судебной реформы 1864 г.

Обсуждение и заключение

Таким образом, российские юристы-международники практически не принимали участия в подготовке Судебных уставов 1864 г., их влияние сказалось на стадии реализации уставов.

На примере научного и практического наследия Ф. Ф. Мартенса и В. П. Даневского можно увидеть у российских специалистов в области международного права две оценки Судебной реформы – охранительное ее направление, пытающееся сохранить верховную судебную власть за Императором и предотвратить рецепцию некоторых процессуальных институтов из зарубежных стран, и направление, рассматривавшее Судебные уставы 1864 г. как точку отсчета и основу реформирования судоустройства и судопроизводства в России.

И то и другое направление способствовало обсуждению наболевших вопросов судебной деятельности, что косвенно влияло на развитие идеи международного правосудия в России. То, что первая специальная работа по данной проблеме, как уже указывалось, была написана в России, тоже можно считать опосредованным результатом Судебной реформы 1864 г., которая сделала обсуждение судебных проблем частью общественной жизни.

Российские юристы-международники, прекрасно владея иностранными языками, зная законодательство зарубежных стран, видели в Судебных уставах 1864 г. как дань исторической традиции, так и западное влияние, признавая часть институтов приемлемыми, а часть – не подходившими для российской действительности. Их взгляд позволял несколько с другого ракурса, более комплексно оценивать претворение в жизнь новелл Судебной реформы и вырабатывать на разных этапах новые векторы дальнейших изменений в судебной сфере.

Список использованной литературы

Верещагина А. В. О роли Министерства юстиции Российской империи в реформировании уголовной юстиции в соответствии с судебными уставами // Право и политика. 2015. № 6. С. 864–873. DOI: 10.7256/1811-9018.2015.6.15211.

Верещагина А. В. Судоустройственное и уголовно-процессуальное законодательство России конца XIX – начала XX века. Тенденции развития и идеи реформирования : моногр. Владивосток : Изд-во ВГУЭС, 2014. 249 с. ISBN: 978-5-9736-0259-8.

Даневский В. П. Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. М. : Товарищество скоропечати А. А. Левенсон, 1895. 89 с.

Даневский В. П. О заключительном слове председателя. СПб. : Тип. Правительствующего Сената, 1896а. 53 с.

Даневский В. П. О прочтении на судебном следствии показаний подсудимого, свидетелей и справок о судимости. СПб. : Тип. Правительствующего Сената, 1897. 37 с.

Даневский В. П. По поводу предстоящей реформы нашего судоустройства. М. : Типолит. товарищества «И. Н. Кушнерев и К», 1896b. 68 с.

Даневский В. П. Современное состояние призового судоустройства по отношению к нейтральным и необходимые в нем реформы. СПб. : Тип. Правительствующего Сената, 1879. 24 с.

Даневский В. П. Сравнительное обозрение некоторых форм народного суда : (Суд шеффенов, сослов. представителей и присяжных). М. : Типолит. товарищества «И. Н. Кушнерев и К», 1894. 48 с.

Иваненко В. С. Федор Федорович Мартенс – во и вне своего времени и пространства: взгляд через столетие // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2009. № 2 (283). С. 31–36.

Камаровский Л. А. О международном суде. М. : Тип. Т. Малинского, 1881. 542 с.

Комаровский Е. Е. Замечания о развитии правил, относящихся до мирового суда. СПб. : Б. и., 1863.

Комнатная Ю. А. Воззрения Всеволода Пиевича Даневского (1852–1898) на проблему определения международного частного права. К 160-летию со дня рождения // Юридическая наука. 2011. № 4. С. 73–76.

Кони А. Ф. Отцы и дети судебной реформы: (К пятидесятилетию судебных уставов). 1864–1914 гг. М. : Товарищество И. Д. Сытина, 1914. 296 с.

Лонская С. В. Влияние зарубежных государственно-правовых институтов на реформирование судебной власти в России (историко-правовой аспект) // Место западных идей в российском общественном и правовом сознании / отв. ред. И. О. Дементьев, А. В. Орлова, В. А. Чалый. Калининград : Балт. федер. ун-т им. Иммануила Канта, 2016. С. 108–117. ISBN: 978-5-9971-0434-4.

Лонская С. В. Иностранный след в истории российской мировой юстиции // Влияние норм международного права на законодательный процесс в России и зарубежных странах / под. ред. А. А. Дорской. СПб. : Астерион, 2014. С. 137–142. ISBN: 978-5-00045-179-3.

Мартенс Ф. Ф. Государственное право : курс 2 класса Имп. Училища правоведения / сост. А. Оппенгейм. СПб. : В. Туношенский, 1889–1890. 133 с.

Мартенс Ф. Ф. Государственное право : лекции. СПб. : Б. и., 1876.

Рыбаченок И. С. Проекты усовершенствования деятельности постоянной палаты третейского суда в Гааге в контексте подготовки второй конференции мира 1907 г. // Внешнеполитические интересы России: история и современность / отв. ред. А. Н. Сквозников, М. В. Черкасова. Самара : Самар. гуманитар. акад., 2019. С. 152–159. ISBN: 978-5-98996-225-9.

Соловьева Н. А., Канищев В. П. Критическая позиция Л. А. Камаровского о науке международного права и проблемах правопонимания // Право и государство: теория и практика. 2021. № 3. С. 194–196. DOI: 10.47643/1815-1337_2021_3_194.

Сорокин А. А. Деятельность комиссии Н. В. Муравьева по реформе местного суда и либеральная общественность в конце XIX в. // Вестник Волжского университета имени В. Н. Татищева. 2014. № 4. С. 208–217.

Сорокина Ю. В. Основные этапы реформы следственного аппарата и предварительного расследования в России 1860–1864 годов // Судебная власть и уголовный процесс. 2014. № 3. С. 270–277.

Судебная реформа 1864 года и ее значение для формирования правовых систем государств постсоветского пространства: проблемы теории и практики : материалы XIV Междунар. Конивских чтений / под ред. А. В. Верещагиной. Владивосток : Владивост. гос. ун-т экон. и сервиса, 2015. 416 с. ISBN: 978-5-9736-0325-0.

Reference

Danevskiy, V. P., 1879. *Sovremennoe sostoyanie prizovogo sudoustroystva po otnosheniyu k neytral'nyim i neobkhodimye v nem reformy* = [The current state of the prize court system concerning the neutral ships and the necessary reforms in it]. St. Petersburg: Printing House of the Government Senat. (In Russ.)

Danevskiy, V. P., 1894. *Sravnitel'noe obozrenie nekotorykh form narodnogo suda (sud sheffenov, soslovykh predstaviteley i prisyazhnykh)* = [Comparative review of some forms of people's court (Schöffens, Estate and Jury Court)]. Moscow: Printing House "I. N. Kushnerev i K". (In Russ.)

Danevskiy, V. P., 1895. *Nashe predvaritel'noe sledstvie, ego nedostatki i reforma* = [Our preliminary investigation, its shortcomings and reform]. Moscow: Printing House of A. A. Levenson. (In Russ.)

Danevskiy, V. P., 1896a. *O zaklyuchitel'nom slove predsedatelya* = [About the court president's concluding remarks]. St. Petersburg: Printing House of the Government Senat. (In Russ.)

Danevskiy, V. P., 1896b. *Po povodu predstoyashchey reformy nashego sudoustroystva* = [Regarding the upcoming reform of our judicial system]. Moscow: Printing House of "I. N. Kushnerev i K". (In Russ.)

Danevskiy, V. P., 1897. *O prochtenii na sudebnom sledstvii pokazanii podsudimogo, svideteley i spravok o sudimosti* = [About reading at the judicial investigation the testimony of the defendant, witnesses and certificates of criminal record]. St. Petersburg: Printing House of the Government Senat. (In Russ.)

Ivanenko, V. S., 2009. [Fedor Fedorovich Martens – a man of his time and space and beyond: a look through the century]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie* = News of Higher Educational Institutions. Jurisprudence, 2, pp. 31–36. (In Russ.)

Kamarovskiy, L. A., 1881. *O mezhdunarodnom sude* = [About the International Court]. Moscow: Printing House of T. Malinovskiy. (In Russ.)

Komarovskiy, E. E., 1863. *Zamechaniya o razvitii pravil, otnosyashchikhsya do mirovogo suda* = [Observations on the development of the rules for justice of the peace courts]. St. Petersburg: S. n. (In Russ.)

Komnatnaya, Yu. A., 2011. [Views of Vsevolod Pievich Danevskiy (1852–1898) on the problem of determining private international law. To the

160th anniversary of his birth]. *Yuridicheskaya nauka* = Legal science, 4, pp. 73–76. (In Russ.)

Koni, A. F., 1914. *Ottsy i deti Sudebnoy reformy: (K 50-letiyu sudeb. ustavov). 1864–1914 gg.* = [“Fathers and children” of the Judicial Reform: (To the 50th anniversary of the Judicial Statutes). 1864–1914]. Moscow: Printing House of I. D. Sytin. (In Russ.)

Lonskaya, S. V., 2014. [Foreign footprint in the history of Russian world justice]. In: A. A. Dorskaya, ed. *Vliyanie norm mezhdunarodnogo prava na zakonodatel'nyy protsess v Rossii i zarubezhnykh stranakh* = [Influence of international law on the legislative process in Russia and foreign countries]. St. Petersburg: Asterion. Pp. 137–142. (In Russ.) ISBN: 978-5-00045-179-3.

Lonskaya, S. V., 2016. [The influence of foreign state legal institutions on the reform of the judiciary in Russia (historical and legal aspects)]. In: I. O. Dement'ev, A. V. Orlova and V. A. Chalyy, eds. *Mesto zapadnykh idey v rossiyskom obshchestvennom i pravovom soznanii* = [The place of Western ideas in the Russian public and legal consciousness]. Collection of scientific papers. Kaliningrad: Kant Baltic Federal University; Ryerson University. Pp. 108–117. (In Russ.)

Martens, F. F. 1876. *Gosudarstvennoe pravo* = [Constitutional law]. Lectures. St. Petersburg: S. n. (In Russ.)

Martens, F. F., 1889–1890. *Gosudarstvennoe pravo. Kurs 2 klassa Imperatorskogo Uchilishcha pravovedeniya* = [Constitutional law. The course for the 2nd year of study at the Imperial School of Jurisprudence]. Comp. A. Oppenheim. St. Petersburg: V. Tunoshevskiy. (In Russ.)

Rybachenok, I. S., 2019. [Projects to improve the activities of the Permanent Court of Arbitration in The Hague in the context of the preparation of the Second Peace Conference of 1907]. In: A. N. Skvoznikov and M. V. Cherkasova, eds. *Vneshnepoliticheskie interesy Rossii: istoriya i sovremennost'* = [Foreign policy interests of Russia: history and modernity]. Collection of materials of the VII All-Russian Scientific Conference. Samara: Samara Humanitarian Academy. Pp. 152–159. (In Russ.) ISBN: 978-5-98996-225-9.

Solov'eva, L. L. and Kanishchev, V. P., 2021. [L. A. Kamarovskiy's critical view of the science of international law and problems of legal understanding]. *Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika* = Law and State: theory and practice, 3, pp. 194–196. (In Russ.) DOI: 10.47643/1815-1337_2021_3_194.

Sorokin, A. A., 2014. Operations of the comission by N. V. Murav'ev on the reform of local court and liberal sociaety in the early of XIX century. *Vestnik Volzhskogo universiteta imeni V. N. Tatishcheva* = The Reporter of Tatishchev Volzhsky University, 4, pp. 208–217. (In Russ.)

Sorokina, Yu. V., 2014. [The main stages of the reform of the investigative authorities and preliminary investigation in Russia in 1860–1864]. *Sudebnaya vlast' i ugolovnyy protsess* = Judiciary and Criminal Proceedings, 3, pp. 270–277. (In Russ.)

Vereshchagina, A. V., 2014. *Sudoustroystvennoe i ugovorno-protsessual'noe zakonodatel'stvo Rossii kontsa XIX – nachala XX veka: tendentsii razvitiya i idei reformirovaniya* = [Judicial and criminal procedure legislation of Russia of the late XIX – early XX centuries: trends in development and ideas of reform]. Monograph. Vladivostok: Vladivostok State University of Economics and Service. (In Russ.)

Vereshchagina, A. V., 2015. [On the role of the Ministry of Justice of the Russian Empire in reforming criminal justice in accordance with the Judicial Statutes]. *Pravo i politika* = Law and Politics, 6, pp. 864–873. (In Russ.) DOI: 10.7256/1811-9018.2015.6.15211.

Vereshchagina, A. V., ed., 2015. *Sudebnaya reforma 1864 goda i ee znachenie dlya formirovaniya pravovykh sistem gosudarstv postsovetsskogo prostranstva: problemy teorii i praktiki* = [Judicial reform of 1864 and its importance for the formation of the legal systems of the states of the post-Soviet space: problems of theory and practice]. Materials of the XIV International Koni Readings. Vladivostok: Vladivostok State University of Economics and Service. (In Russ.) ISBN: 978-5-9736-0325-0.

Информация об авторе / Information about the author

Дорская Александра Андреевна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой общетеоретических правовых дисциплин Северо-Западного филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 197046, Санкт-Петербург, Александровский парк, д. 5а).

Aleksandra A. Dorskaia, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the General Theoretical Legal Disciplines Department, North-West Branch of the Russian State University of Justice (5a Aleksandrovskiy park, St. Petersburg, 197046, Russian Federation).

E-mail: adorskaya@yandex.ru

ORCID: 0000-0002-8723-8673

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 12.10.2021; дата одобрения после рецензирования: 10.11.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 11.11.2021.

Submitted: 12.10.2021; reviewed: 10.11.2021; revised: 11.11.2021.



О характере правовых взглядов Р. Иеринга

В. С. Горбань

*Центр философско-правовых исследований, Институт государства
и права, Российская академия наук, Москва, Российская
Федерация
gorbanv@gmail.com*

Аннотация

Введение. В статье рассматривается проблема адекватной оценки творчества одного из наиболее известных европейских юристов XIX в. – Каспара Рудольфа фон Иеринга (1818–1892), с именем которого связано значительное обновление теоретико-методологических основ изучения и трактовки права. Актуальность обращения к правовым взглядам этого ученого-юриста обусловлена наличием неверных и неточных интерпретаций содержания и направленности его правового учения в зарубежной и российской литературе.

Теоретические основы. Методы. Теоретической основой исследования являются трактовки правовых взглядов Р. Иеринга в немецкой и российской литературе, а также выполненные автором настоящей работы переводы сочинений данного ученого, включая его личную переписку и иные архивные источники. В исследовании использованы методы структурного анализа правовых учений, сравнения с идеями других мыслителей, современные источниковедческие подходы, приемы лингвистического анализа.

Результаты исследования. Значительная часть идей и представлений Р. Иеринга нуждается в более внимательном и углубленном изучении. При этом речь идет не только об адекватной историко-философской и проблемно-теоретической реконструкции основных правовых воззрений ученого, но и о том, что значительная часть понятийно-логического аппарата современной юриспруденции тесно связана с разработками этого немецкого юриста. Основная цель исследования состояла в том, чтобы показать действительное значение правовых взглядов Р. Иеринга, концептуальный характер связанных с его правовой теорией перемен в истории правовой мысли, точнее зафиксировать моменты преемственности и новизны, связь истории правовых идей и современности. С методологических позиций речь идет не только об анализе идей, но акцентируется внимание на документальном и основательном изучении первоисточников. Важным представляется также понимание вспомогательной роли интерпретаций при оценке правовых взглядов мыслителей прошлого, которые требуют проверки и разъяснений.

Обсуждение и заключение. Результаты исследования правовых взглядов Р. Иеринга с обозначенных позиций позволяют также показать возможность развития актуальной правовой проблематики, например проблемы восполнения пробелов в праве, правовой определенности, соотношения закона и суда и других за счет углубленного анализа истории правовой мысли.

Ключевые слова: Иеринг, понятие права, история правовой мысли, критика исторической школы, структурно-функциональный анализ, юриспруденция интересов, социология права, научность юриспруденции

Для цитирования: Горбань В. С. О характере правовых взглядов Р. Иеринга // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 30–41. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.30-41.

On the Nature of R. Jhering's Legal Views

Vladimir S. Gorban'

Center for Philosophical and Legal Research, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation

For correspondence: gorbanv@gmail.com

Abstract

Introduction. The article deals with the problem of an adequate assessment of the work of one of the most famous European lawyers of the XIX century, Caspar Rudolf von Jhering (1818–1892). His name is associated with a significant update of the theoretical and methodological foundations of the study and interpretation of law. The relevance of the appeal to the legal views of this important legal scholar is because of the presence of incorrect and inaccurate interpretations of the content and orientation of his legal teaching in foreign and Russian literature.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the research is the interpretation of R. Jhering's legal views in German and Russian literature, as well as the translations of the works of this scientist, including his personal correspondence and other archival sources, made by the author of this work. The research uses methods of structural analysis of legal doctrines, comparison with the ideas of other thinkers, modern source studying approaches, methods of linguistic analysis.

Results. A significant part of the ideas of R. Jhering requires more careful and in-depth study. At the same time, we are talking not only about the historical-philosophical and problem-theoretical adequate reconstruction of the basic legal views of this scientist, but also about the fact that a significant part of the conceptual and logical apparatus of modern jurisprudence is closely related to the developments of this famous German lawyer. The main purpose of the study was to show the real significance of R. Jhering's legal views, the conceptual nature of the changes associated with his legal theory in the history of legal thought, and to more accurately record the moments of continuity and novelty, particularly the connection between the history of legal ideas and modernity. From a methodological point of view, we are talking not only about the analysis of ideas, but also focussing on the documentary and thorough study of primary sources. It is also important to understand the auxiliary role of interpretations in assessing the legal views of thinkers of the past, which requires verification and clarification.

Discussion and Conclusion. The results of the study of R. Jhering's legal views from the indicated positions also allow us to show the possibilities of developing relevant legal issues, for example, the problem of filling visible gaps in law, legal certainty, the relationship of law and court, and others, through an in-depth analysis of the history of legal thought.

Keywords: Jhering, concept of law, history of legal thought, criticism of the historical school, structural and functional analysis, jurisprudence of interests, sociology of law, the scientific nature of jurisprudence

For citation: Gorban', V. S., 2021. On the nature of R. Jhering's legal views. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 30–41. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.30-41.

Введение

История правовой мысли знает немало примеров мыслителей, которые оказали существенное влияние на состояние науки своего времени. Нередко именно через моменты влияния, усвоения, воспроизведения и интерпретации представляется возможность надлежащим образом реконструировать содержание и эволюцию той или иной юридической концепции или совокупности представлений о праве. Это имеет прямое отношение к личности юриста, о котором пойдет речь в настоящей статье.

Для юристов имя Каспара Рудольфа фон Иеринга было и остается одним из знаменательных и наиболее авторитетных. Редкий талант наблюдатель-

ности, способность отразить лучшие достижения интеллектуальной мысли эпохи, умение воспринимать жизнь во всем многообразии, незаурядные творческие способности (он был, в частности, великолепным пианистом) являются органическими свойствами его личности. Путь немецкого правоведа к научной известности был тернистым: он не раз оказывался в сложных жизненных ситуациях, которые грозили изменить его отношение к науке и педагогике. Вместе с тем именно испытания укрепляли его характер, формировали образ прославленного немецкого ученого, которого знала общественность. Правда, надо сказать, что существует немало легенд о том, каким образом Р. Иеринг приходил к своим творческим результатам. Например, одним из популярных является неверное утверждение о «мучительном» переходе от так называемой «юриспруденции понятий» к «юриспруденции интересов». В действительности так называемый «переход» таким не был. Все дело в том, что изучение творчества ученых и мыслителей прошлых эпох и настоящего времени происходит часто под влиянием шаблонов и упрощающих толкование схем, позволяющих легче адаптировать представления в канве определенной стратегии интерпретации. Такой подход вряд ли оправдан.

Результаты исследования

Р. Иеринг, будучи еще студентом, сделал отметку на полях тетради о том, что взгляд исторической школы на органическое происхождение права и его соответствующее развитие должен быть существенно пересмотрен. В 40-х годах XIX в. он анонимно опубликовал в «Берлинской литературной газете» цикл статей, в которых историческую школу сравнивал с призраком, который бродит по Европе, называл ее пустым именем, но признавал, что она существенно изменила характер правоправедения [Jhering, R., 1842].

В конце 1850-х гг. честолюбие заставило его серьезно задуматься над тем, что же в действительности лежит в основе наших представлений о праве. Ему на отзыв поступило одно дело, в котором истец требовал уплаты двойной цены в связи со случайной гибелью проданного товара. Иеринг, изучив доводы истца, посчитал истребуемую истцом двойную цену несправедливой. Однако истец сделал следующее возражение: он опирается на экспертное мнение, которое Иеринг не сможет опровергнуть, поскольку это его мнение. Ранее Иеринг, комментируя фрагмент из Дигест и следуя при этом рекомендациям исторической школы, допустил такую возможность, однако, столкнувшись с оценкой реальной ситуации, понял, что выведение новых юридических понятий только формально-логическим путем на основе предшествующих понятий, без учета реальных обстоятельств, лежащих в основе юридического спора, резко контрастирует с «правовым чувством», представлением о справедливости. К проблеме правового чувства он вернется значительно позже. В 1884 году в Вене ученый будет читать третий по счету доклад, который определенно можно назвать одним из знаменитых венских докладов Р. Иеринга. Этот доклад назывался «О возникновении правового чувства» [Jhering, R., 1986]. Тема станет весьма популярной в последующей истории правовой мысли и будет подхвачена Г. Радбрухом и многими другими. В русской литературе эта тема получила оригинальное про-

чение в виде «чувства законности» [Шершеневич, Г. Ф., 1893; Ярош, К. Н., 1888]. В советской литературе 1970–1980-х гг. имеется ряд исследований, в которых вновь существенно активизировался интерес к психологическим аспектам права в связи с признанием роли убеждения как способа воздействия на регулируемые общественные отношения и, в частности, теме чувства законности, правового чувства [Вопленко, Н. Н., 1983].

События конца 1850-х гг. лишь укрепили Иеринга в выборе пути обновления правоведения. В последующем появилось даже такое упрощенное обозначение, как переход от «юриспруденции понятий» к «юриспруденции интересов». В связи с этим следует отметить несколько весьма существенных обстоятельств, без учета которых подлинно научный анализ правовых взглядов Р. Иеринга был бы поверхностным.

Уже в первом издании первого тома «Духа римского права» в 1852 г. принцип исторической трактовки права автор дополнил социологическим подходом [Jhering, R., 1852]. Социология находилась в процессе становления, и не может быть и речи о прямом влиянии первых социологов на взгляды Иеринга. Тем более что в Германии становление этой дисциплины происходило в более поздние сроки, чем во Франции и Англии. Можно говорить о том, что идеи Иеринга были отчасти схожи с взглядами Монтескье, что, однако, просматривается лишь в более поздний период творчества немецкого юриста (в первом томе «Цели в праве» 1877 г.; также в «Борьбе за право» 1872 г. в части разъяснения влияния рода деятельности на характер правовых представлений). Чтобы понять природу социологизма в творчестве Иеринга, нужно обратиться к портретному методу. Особенностью личности Иеринга было, среди прочего, то, что он систематически поддерживал тесные приятельские отношения с коллегами по естественно-научным факультетам: он регулярно, почти каждые выходные, устраивал творческие вечера, участниками которых были физики, биологи, химики. Например, маловероятно, что Иеринг позднее знакомился непосредственно с работой Ч. Дарвина «Происхождение видов», но, очевидно, он знал о передовых идеях в области естествознания от своих коллег. Иеринга не раз пытались отнести к социальным дарвинистам, что не имеет под собой оснований. На самом деле идею борьбы как основного фактора развития права он подсмотрел у Гегеля в лекциях по философии истории [Hegel, H. W. F., 2007]. Среди всех философских течений и школ влияние гегелевской философии в творчестве Иеринга было самым существенным, но не всегда легко распознаваемым. Его нельзя назвать гегельянцем, поскольку он относился к философии права лишь как к источнику для формирования собственного теоретического каркаса юриспруденции. Юридическая теория периода середины XIX в. представляла собой довольно неустойчивое образование. Существовало два направления формирования знаний о праве: первое – технико-догматическое, связанное с технической проработкой источников, судебным и нотариальным делопроизводством; по характеру работы с материалом можно в исторической ретроспективе выделить антикварную и позднее систематизаторскую установки; о теоретическом знании о праве в русле юриспруденции можно говорить лишь в период формирования дисциплинарно-предметной парадигмы, только в XIX в.; второе направление – философия права, которая всегда

пренебрегала позитивным правом, считая его ненадежным и недостоверным материалом для подлинно философского рассмотрения.

В первом венском докладе 1868 г. «Является ли юриспруденция наукой?» (этот доклад был обнаружен лишь недавно, в начале 1990-х гг.) использование философско-правовых методов изучения права он отнес к одному из трех критериев научности юриспруденции (два других – догматический и исторический методы) [Jhering, R., 1998]. Этот момент сегодня определенно нуждается в более глубоком и основательном переосмыслении. По-прежнему очень сложно выстраивается дисциплинарный характер теоретической части юриспруденции. Например, на родине Иеринга, в Германии, философия права и теория права существуют как равноправно конкурирующие друг с другом дисциплины с одинаковым содержанием, но разными наименованиями. К этому следует добавить также то, что наряду с этим историческим прототипом теории права существует разработанное А. Меркелем, учеником и современником Иеринга, «общее учение о праве», которое, начиная с Меркеля, разрабатывалось как строго юридическая дисциплина, а не философское учение о праве [Merkel, A., 1899]. Сегодня это наименование, в первой четверти XX в. очень популярное, в том числе и в досоветской и советской литературе, используется реже, но встречается в современной российской литературе [Керимов, Д. А. и Шумков, Д. В., 2008].

Возвращаясь к социологизму в творчестве Иеринга, следует отметить, что уже в первом издании «Духа римского права» он сформулировал особый метод исследования, который стал дисциплинообразующим в социологии и сегодня в юридических науках используется почти повсеместно. Речь идет о структурно-функциональном анализе. В социологии автором этого метода обычно называют Э. Дюркгейма. Однако задолго до него в области изучения права этот метод был разработан и применен к изучению права как социокультурного явления. Идентифицировать этот метод как социологический Иеринг не мог, так как социология лишь начинала свой путь. Что же касается логики юридических понятий, то этот момент, несмотря на некоторые высокопарные фразы Иеринга о способности понятий производить новые понятия чисто логическим путем, тоже может быть прояснен. В действительности Иеринг разъяснял, что в это время – середина XIX в. – речь шла о необходимости спасения римского догматического наследия, об «исторической инвентаризации» римского права, о полном пересмотре римских юридических понятий с целью отбросить все устаревшее и оставить только нужное, так как римское право, как утверждал Иеринг, чрезвычайно отставало от потребностей времени и только ленивый не призывал отказаться от него. Поэтому он говорил не о том, что юридические понятия вообще всегда способны порождать новые понятия и только таким формально-логическим путем должно рождаться право. Смысл акцентов на юридические понятия заключался в том, что при пересмотре всего массива юридических понятий нужно отыскивать в них существенное и, в случае необходимости, формулировать новые.

Уже в начале 1850-х гг., а не позже, как часто утверждается, благодаря Иерингу тема социальной обусловленности права становится одной из

ключевых в трактовке права юристами. Он никогда не утверждал, что логика должна доминировать над социальной стороной права. Обе его диссертации были выполнены в духе исторической школы права, но они относятся к самому раннему периоду творчества и не имеют существенного значения при характеристике его взглядов на природу права и способы его изучения. На самом деле Иеринг утверждал, что не право привносит определенную структуру в жизнь, а социальная действительность (потребности, интересы) формирует структуру права. Отсюда две таких показательных характеристики хорошего законодателя: обладание «даром наблюдения» и владение «искусством выражения». А случаи издания законодателем законов, не адекватных социальным потребностям или без необходимости в таковых, он метко называл «интеллектуальным хулиганством».

Идея структурного анализа права была и у классических догматиков в лице исторической школы. Их интересовали проблема единства правовой материи, характер связи разных элементов. Савиньи, вдохновленный идеями идеалистов-философов, понимал систему как некое органическое целое, у которого в центре находится ядро, а все элементы равноудалены от центра, но связаны с ним. Другой представитель исторической школы – Пухта полагал, что система права имеет характер пирамиды, а связи элементов являются формально-логическими, подобно математике. Позицию Иеринга отличало то, что он вводит понятие функции и соединяет его с понятием структуры. И нередко понятием функции даже подменяет структуру или, по крайней мере, ставит его на первое место. Например, он утверждал: то, что не осуществляется в жизни, не может называться правом и, напротив, то, что в действительности осуществляется, является правом, даже если оно в этом качестве еще не распознано и официально не признано. Ему же принадлежит идея о так называемых латентных нормах.

Отсюда рождается новое теоретико-методологическое основание для широкого круга передовых для своего времени утверждений и заключений, многие из которых остаются совершенно неуязвимыми и сегодня. Именно Иерингом было введено такое понятие, как «живое право», притом задолго до социологических концепций права и проектов социологии права Е. Эрлиха, М. Вебера и др. Раз право представляет собой живую социальную материю, наиболее целесообразный способ разрешения социальных противоречий, удовлетворения интересов и потребностей, то это означает, что именно социальная сторона права должна получить надлежащее освещение в юридической теории. Благодаря Иерингу смысловыми единицами – теоретико-правовыми понятиями – становятся идеи интереса, мотивов поведения, целей, функций и др.

Формула, атрибутируемая Иерингу, о трактовке права как защищенного интереса тоже требует разъяснений. Она несколько однобоко транслируется в комментариях взглядов немецкого юриста. В 1865 году выходит в свет первый том третьей части «Духа римского права», в котором Иеринг предложил следующее уточнение гегелевской трактовки права [Jhering, R., 1865, s. 328]: почвой и источником права является свободная воля, утверждал Гегель [Hegel, H. W. F., 2005, s. 42]. Иеринг полностью соглашается с этим определением, называя его самым кратким и точным определением

права. Однако, развивая проблематику субъективного права как юрист, имея в виду случаи с пороками воли, он предлагал следующее уточнение: право в объективном смысле – это воля, без которой реализация права просто немыслима, а вот в субъективном значении право – это обеспеченная возможность осуществления своих интересов. «Субъективные права, – писал Р. Иеринг, – являются ни материей, ни объектом, а предпосылкой истинной воли, не целью, а средством» [Jhering, R., 1865, s. 321]. В понятии субъективного права, по мнению Р. Иеринга, следует различать две стороны: формальную и субстанциональную. Последняя характеризует собой практическую цель субъективного права, суть которой может быть описана такими терминами, как «польза», «выгода», «преимущество». С формальной стороны субъективное право предоставляет средства для достижения практической субстанциональной цели, т. е. для получения выгоды, преимущества или пользы. Соответственно, рассматриваемое с формальной стороны субъективное право обеспечивает практическую возможность удовлетворения интересов и потребностей индивидуума, обеспечивает им правовую защиту, является оболочкой субъективного права, понимаемого с точки зрения его субстанционального содержания. Наслаждение, получаемое от реализации своих интересов и потребностей, или перспектива такового посредством права становится обеспеченным, т. е. субъективным, правом. В итоге Р. Иеринг приходил к выводу, что понятие субъективного права «основано на правовом обеспечении наслаждения, права – это юридически защищенные интересы» [Jhering, R., 1865, s. 328].

Оба момента – воля и интерес – признаются Иерингом существенными для определения понятия права. Поэтому называть позицию Иеринга «юриспруденцией интересов» будет неточно, это упрощенное толкование. В «Цели в праве» воля принципиально осмысливается и разъясняется им как государственное принуждение, существенный признак права. Интерес приобретает более широкое значение, обобщается в виде формулы «жизненные условия общества», т. е. социальные интересы и потребности. Отсюда ученый определял «...право с точки зрения содержания как форму осуществляемого с помощью аппарата государственного принуждения обеспечения жизненных условий общества» [Jhering, R., 1904, s. 345]. Именно в обеспечении посредством государственного принуждения выставляемых и устанавливаемых обществом норм как рефлексии жизненных условий общества: интересов, потребностей, практических мотивов и целей социального поведения и общения людей, в широком смысле – осуществляемой ими культуры Р. Иеринг усматривал существенный момент понятия права, выражение его действительной сущности и социального назначения.

«Юриспруденция интересов» [Корнев, В. Н., 2018] – это адекватное название школы в немецкой юридической мысли, которая возникла на основе учения Иеринга о праве в Тюбингенском университете. Первый импульс этой школе придал ученик Иеринга, которому он как старший наставник много помогал в жизни, О. Бюлов, ставший впоследствии ректором Тюбингенского университета. Группа ученых, в основном представителей этого Университета, основательно разработала проблематику восполнения пробелов в праве за счет обращения к «истинному» источнику права – (социально-

му) интересу. Наиболее заметным представителем этой школы был Ф. Хек, а школа в целом именуется также «тюбингенской школой права» или «юриспруденцией интересов».

Следует отметить, что проблема так называемой правовой определенности, правовой обеспеченности возникла именно из творчества Иеринга и стала лейтмотивом нескольких научных направлений в юридической мысли (движение «свободное право», «юриспруденция интересов», юридический прагматизм в разных вариантах). Эта тема совершенно обоснованно рассматривается сегодня как важное и перспективное направление фундаментальных юридических исследований. Так, благодаря работам современных ученых-правоведов В. В. Ершова [Ершов, В. В., 2018], В. Н. Корнева [Корнев, В. Н., 2018], Н. А. Власенко [Власенко, Н. А., 2014] и др. проблематика правовой определенности справедливо оценивается как существенная часть предметного поля актуальных юридических разработок.

В «Цели в праве» Р. Иеринг, интерпретируя право как совокупность жизненных условий общества, использовал концепты «субъект цели» или «целевой центр», полагая, что «общественная жизнь соединяет человека через общность постоянных целей в более высокие образования, расширяет таким образом формы общественного бытия». «К человеку как для себя рассматриваемой единичной сущности (индивидууму) присоединяется общественная – человека как члена более высоких единиц» [Jhering, R., 1904, s. 360]. «В социально-политическом смысле я обозначил общество как целевого субъекта права, – писал Р. Иеринг, – и его задачу поместил в суть того, чтобы обеспечивать жизненные условия общества. Однако внутри общества в этом широком смысле мы можем повсюду различать особенных субъектов цели. В первую очередь... таковыми являются: индивидуум, государство, церковь, объединения» [Jhering, R., 1904, s. 361].

Стилистика изложения в виде акцентированных метафор о связи права и государства, а также способ разъяснения темы в сочинении «Цель в праве» послужили для довольно упрощенных и неверных трактовок правовых взглядов Р. Иеринга. В этой работе он предложил определение понятия права как системы принудительных норм. Последующие позитивисты всех профилей воспринимали эту формулу с большим уважением. Достаточно посмотреть на определение права, которым пользовались Г. Кельзен или Г. Харт, об этом свидетельствует, например, советский узконормативный подход. В. И. Ленин писал: «Буржуазное право по отношению к распределению продуктов *потребления* предполагает, конечно, неизбежно и *буржуазное государство*, ибо право есть ничто без аппарата, способного *принуждать* к соблюдению норм права» (курсив мой. – В. Г.) [Ленин, В. И., 1969, с. 98–99].

Из-за указанной характеристики права Иеринга традиционно относили к классикам юридического позитивизма. В действительности это неверное утверждение, основанное на том, что сочинение изучалось лишь фрагментарно и поверхностно либо оценка просто воспроизводилась на основе других, предшествующих комментариев творчества ученого. Указание на обусловленность права государственным принуждением характеризовало в учении Р. Иеринга лишь один из аспектов понятия права, а именно: что

нормы и принуждение составляют существенные моменты понятия права, рассматриваемого лишь с формальной стороны, которых, как настойчиво убеждал Р. Иеринг, совершенно недостаточно для того, чтобы достичь того состояния, которое называется правовым. «Расхожая дефиниция права, – писал Р. Иеринг, – гласит: право является воплощением действующих в каком-либо государстве принудительных норм, и она в моих глазах совершенно правильная» [Jhering, R., 1904, s. 249]. Эта дефиниция была красноречивой, но не характеризовала понятие права, которому следовал Р. Иеринг в своей правовой теории. Исследовав моменты нормы и принуждения в праве, Р. Иеринг писал о том, что он «адоптировал» приведенную выше дефиницию, но его исследование «цели в праве» привело его к следующему существенному выводу: «Как мало значат оба момента государственного принуждения и нормы для того, чтобы достичь того состояния, которые мы обозначаем как *правовое состояние*» (курсив мой. – В. Г.) [Jhering, R., 1904, s. 278]. Это, по мнению Р. Иеринга, существенный признак и основная задача «правового государства», «господства права». Если понятие права ограничивается лишь идеей о принудительных нормах, то это, как многократно подчеркивал Иеринг, признак деспотического государства.

Обсуждение и заключение

В творчестве Иеринга были сформулированы или заложены основы многих теоретических и методологических конструкций всей последующей юридической мысли. Изучение его правовых взглядов позволяет значительно точнее и полнее понимать природу теории права, ее связи с философией и историей права, дисциплинарные критерии, которые характерны для юриспруденции как науки. Наряду с этим им были разъяснены многие прикладные темы, особенно в области гражданского права: о вине в обязательствах, о защите владения, об осуществлении прав и др.

Работа с классическим наследием юристов является залогом адекватной картины юридической мысли, залогом понимания развития права и способов его изучения как закономерного процесса, исключающего произвольные интерпретации. Например, в современной юридической науке популярны англосаксонские концепции, которые вышли на историческую арену после Второй мировой войны, и в отсутствие конкурентов в то время они стали доминировать. Работы Г. Харта, в частности, – это интересный и познавательный этап в развитии юридической мысли второй половины XX в. Однако большинство сформулированных им идей легко обнаруживается в работах немецких классиков второй половины XIX – начала XX в., особенно Р. Иеринга, А. Меркеля, Р. Бирлинга, К. Бергбома и др. Так и, например, хорошо известная российскому юристу формула Н. М. Коркунова о праве как разграничении интересов, которая как бы уточняла или развивала трактовку, предложенную Р. Иерингом, на самом деле была сформулирована не российским правоведом, а А. Меркелем – немецким современником и последователем Р. Иеринга, Н. М. Коркунов же лишь взял ее на вооружение в курс лекций по «общей теории права».

Список использованной литературы

- Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании. М. : Инфра-М, 2014. 156 с. ISBN: 978-5-16-010271-9.
- Вопленко Н. Н. Теоретические проблемы режима законности в применении норм социалистического права : дис. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 1983. 408 с.
- Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М. : РГУП, 2018. 627 с. ISBN: 978-5-93916-631-7.
- Керимов Д. А., Шумков Д. В. Основы учения о праве и государстве. М. : ОЛМА Медиа Групп, 2008. 315 с. ISBN: 978-5-373-02041-1.
- Корнев В. Н. Диалектика неопределенности и определенности права // Государство и право. 2018a. № 11. С. 21–27.
- Корнев В. Н. Юриспруденция интересов (Interessenjurisprudenz) Филиппа Хека – закономерный результат смены парадигмы в развитии юридической науки (Право и интерес (Р. Иеринг) (Научная конференция) // Государство и право. 2018b. № 6. С. 94–95.
- Ленин В. И. Государство и революция // Полное собрание сочинений. Т. 33. 5-е изд. М. : Политиздат, 1969. С. 98–99.
- Шершеневич Г. Ф. В свою защиту: [По поводу лекции авт. «О чувстве законности»]. Казань : Типолит. Имп. ун-та, 1898. 13 с.
- Ярош К. Н. Чувство законности и мировая юстиция. Харьков : Тип. М. Ф. Зильберберга, 1888. 57 с.
- Hegel G. W. F. Die Philosophie des Rechts. Vorlesung von 1821/1822. Frankfurt a. M. : Suhrkamp, 2005. 238 S. ISBN: 9783518293218.
- Hegel G. W. F. Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte. 1. Aufl., [Nachdr]. Frankfurt a. M. : Suhrkamp, 2007. 567 S.
- Jhering R. Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erster Teil. Vol. XII. Leipzig : Breitkopf und Härtel, 1852. 336 S.
- Jhering R. Der Zweck im Recht. Teil: Bd. 1. 4. Aufl. Erste Ausg. in volkstümlicher Gestalt. Vol. XX. Leipzig : Breitkopf & Härtel, 1904. 445 S.
- Jhering R. Die “historische Schule” nach ihrer Stellung in sowohl den wissenschaftlichen als praktisch-politischen Gärungen der Gegenwart // Literarische Zeitung Berlin. 1842. Nr. 29. S. 685–690.
- Jhering R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Vol. X. Leipzig : Breitkopf und Härtel, 1865. 342 S.
- Jhering R. Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? : Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868 / aus dem Nachlaß hrsg. und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wiss.-geschichtl. Einordnung versehen von Okko Behrends. Göttingen : Wallstein-Verl., 1998. 208 S.
- Jhering R. Über die Entstehung des Rechtsgefühles: mit einer Vorbemerkung und einem anschliessenden Interpretations- und Einordnungsversuch von Okko Behrends g. Vol. IV. Napoli : Jovene, 1986. 184 S.

Merkel A. Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur “positiven” Rechtswissenschaft // A. Merkel. Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandlungen. Teil 2: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts. Teil: Hälfte 1. Straßburg : Trübner, 1899. S. 291–312.

Reference

- Ershov, V. V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennyh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of public relations]. Moscow: Russian State University of Justice. (In Russ.) ISBN: 978-5-93916-631-7.
- Hegel, G. W. F., 2005. *Die Philosophie des Rechts. Vorlesung von 1821/1822*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. ISBN: 9783518293218.
- Hegel, G. W. F., 2007. *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. 1. Aufl., [Nachdr]. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Jhering, R., 1842. Die “historische Schule” nach ihrer Stellung in sowohl den wissenschaftlichen als praktisch-politischen Gärungen der Gegenwart. *Literarische Zeitung Berlin*, 29, ss. 685–690.
- Jhering, R., 1852. *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Erster Teil. Vol. XII. Leipzig: Breitkopf und Härtel.
- Jhering, R., 1865. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Vol. X. Leipzig: Breitkopf und Härtel.
- Jhering, R., 1904. *Der Zweck im Recht*. Teil: Bd. 1. 4. Aufl. Erste Ausg. in volkstümlicher Gestalt. Vol. XX. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1904. 445 S.
- Jhering, R., 1986. *Über die Entstehung des Rechtsgefühles: mit einer Vorbemerkung und einem anschliessenden Interpretations- und Einordnungsversuch von Okko Behrends g.* Vol. IV. Napoli: Jovene.
- Jhering, R., 1998. *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Aus dem Nachlaß hrsg. und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wiss.-geschichtl. Einordnung versehen von Okko Behrends. Göttingen: Wallstein-Verl.
- Kerimov, D. A. and Shumkov, D. V., 2008. *Osnovy ucheniya o prave i gosudarstve* = [Fundamentals of the doctrine of law and the state]. Moscow: OLMA Media Grupp. (In Russ.) ISBN: 978-5-373-02041-1.
- Kornev, V. N., 2018a. [Dialectics of uncertainty and certainty of law]. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 11, pp. 21–27. (In Russ.)
- Kornev, V. N., 2018b. [The jurisprudence of Philip Heck's interests (Interessenjurisprudenz) is a natural result of a paradigm shift in the development of legal science. (Law and interest (R. Jhering) (Scientific conference)]. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 6, pp. 94–95. (In Russ.)
- Lenin, V. I., 1969. [The State and the revolution]. In: V. I. Lenin. *Polnoe sobranie sochinenij* = [Complete works]. Vol. 33. 5th ed. Moscow: Politizdat. Pp. 98–99. (In Russ.)

Merkel, A., 1899. Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur “positiven” Rechtswissenschaft. *Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandlungen. Teil 2: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts. Teil: Hälfte 1.* Straßburg : Trübner, 1899. S. 291–312.

Shershenevich, G. F., 1898. *V svoyu zashchitu: [Po povodu lekcii avt. “O chuvstve zakonnosti”]* = [In my defense: [About the lecture of the author “On the sense of legality”]]. Kazan: Printing House of the Imperial University. (In Russ.)

Vlasenko, N. A., 2014. *Razumnost’ i opredelennost’ v pravovom regulirovanii* = [Reasonableness and certainty in legal regulation]. Moscow: Infra-M. ISBN: 978-5-16-010271-9. (In Russ.)

Voplenko, N. N., 1983. *Teoreticheskie problemy rezhima zakonnosti v primenenii norm socialisticheskogo prava* = [Theoretical problems of the regime of legality in the application of the norms of socialist law]. Dr. Sci. (Law) Dissertation. Volgograd. (In Russ.)

Yarosh, K. N., 1888. *Chuvstvo zakonnosti i mirovaya yusticiya* = [Sense of legality and world justice]. Kharkov: Printing House of M. F. Zilberberg. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Горбань Владимир Сергеевич, доктор юридических наук, главный научный сотрудник сектора философии права, истории и теории государства и права, руководитель междисциплинарного Центра философско-правовых исследований Института государства и права РАН (Российская Федерация, 119019, Москва, ул. Знаменка, д. 10).

Vladimir S. Gorban’, Dr. Sci. (Law), Chief Researcher of the Sector of Philosophy of Law, History and Theory of State and Law, Head of the Interdisciplinary Center for Philosophical and Legal Studies of the Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences (10 Znamenka St., Moscow, 119019, Russian Federation).

E-mail: gorbanv@gmail.com

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 17.10.2021; дата одобрения после рецензирования: 03.11.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 03.11.2021.

Submitted: 17.10.2021; reviewed: 03.11.2021; revised: 03.11.2021.

Научная статья

УДК 1.12.122/129

DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.42-67



Ускользающая свобода

С. С. Антюшин^{1, 2}

¹ *Российский государственный университет правосудия, Москва, Российская Федерация*

² *Академия военных наук, Москва, Российская Федерация*
Serg.Ant@list.ru

Аннотация

Введение. В решении проблем свободы исследователи обнаруживают немало противоречий и аспектов ее проявления. Чаще всего в центре внимания оказываются способы и пути ее достижения, несколько реже – вопросы сущности свободы. В литературе можно встретить различные трактовки свободы, примеры борьбы за свободу в разных исторических условиях.

Теоретические основы. Методы. Методологической основой рассуждения о свободе служат представления о единстве мира, взаимосвязи и непрерывной эволюции всех составляющих его систем, процессов, явлений. Вследствие сложности и чрезвычайной важности проблемы свободы в рассмотрении ее «отпечатков» и «теней» в сознании следует использовать все возможные инструменты исследования, доказавшие временем и практикой свою эффективность и не потерявшие авторитета в настоящее время.

Результаты исследования. Все, что традиционно относят к процессу повышения степени свободы, имеет «человеческое измерение», но не является свойством исключительно человеческим. Созданный человеком образ свободы неоднозначен. Умозрительно сконструированная на основании традиционных представлений о свободе, ее теоретических исследований модель свободы (описанное состояние субъекта общественных отношений, именуемого свободой) представляется достаточно условной и на практике труднодостижимой. Применительно к социальной действительности можно говорить лишь об определенной степени свободы, о мере независимости, которую можно достичь и поддерживать в тех или иных общественных связях.

Обсуждение и заключение. Наиболее продуктивны усилия, направленные на повышение степени свободы, связанные с развитием знаний о законах природы, накоплением опыта и повышением эффективности их использования в социальной активности.

Ключевые слова: свобода, независимость, наука, образ свободы, теория, законы природы, социальные нормы, справедливость, прогресс

Для цитирования: Антюшин С. С. Ускользающая свобода // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 42–67. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.42-67.

The Elusive Freedom

Sergey S. Antyushin^{1, 2}

¹ Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation

² Academy of Military Sciences, Moscow, Russian Federation

For correspondence: Serg.Ant@list.ru

Abstract

Introduction. In resolving the problems of freedom, researchers find many contradictions and aspects of its manifestation. Most often, the issues of the essence of freedom, ways and means of achieving it are in the center of attention. In the literature, it is possible to find materials about variants of different interpretations of freedom, about examples of the struggle for freedom in different historical conditions.

Theoretical Basis. Methods. The methodological basis of reasoning about freedom is the idea of the unity of the world, the interconnection and continuous evolution of all of its constituent systems, processes, phenomena. Due to the complexity and extreme importance of the problem of freedom in considering of its "imprints" and "shadows" in consciousness all possible research tools that have proven their effectiveness over time and practice and have not lost their authority at the present time should be used.

Results. Everything that is traditionally attributed to the process of increasing the degree of freedom has a "human dimension", but is not an exclusively human property. The image of freedom created by man is ambiguous. The model of freedom, which is constructed speculatively on the basis of traditional ideas about freedom and its theoretical studies (that is, the described state of the subject of social relations, called freedom), seems rather conditional and difficult to achieve in practice. In relation to social reality, it is possible to talk only about a certain degree of freedom, about the degree of independence that can be achieved and maintained in certain social relations.

Discussion and Conclusion. The most productive efforts aimed at increasing the degree of freedom are associated with the development of knowledge about the laws of nature, the accumulation of experience and increasing the effectiveness of their use in social activity.

Keywords: freedom, independence, science, image of freedom, theory, laws of nature, social norms, justice, progress

For citation: Antyushin, S. S., 2021. The elusive freedom. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 42–67. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.42-67.

Введение

Человеку свойственны стремление к повышению (по крайней мере некоторому) степени своей автономности, забота об ослаблении давления извне, намерение избежать принуждения. Нацеленность на снижение зависимости от внешних обстоятельств обычно связывают с проявлением жажды свободы.

Эта черта человека – передающееся от поколения к поколению наследие далеких доисторических предков, которых, в свою очередь, наделила им сама природа. Все живое тяготеет к такому собственному положению по отношению к окружающей среде, в котором наилучшим образом реализуется воспроизводство конкретного, упорно проявляющего это стремление организма, вида, рода. «Нормальное» живое существо (неосознанно, подчиняясь имманентным побудителям, инстинктам) преследует цель производить потомство, обеспечить его и свою жизнеспособность, безопасность, своевременно в требуемых объемах потреблять жизненно необходимые ре-

сурсь. Таким образом, живой организм всецело погружен в выполнение предписанной природой роли: участия в определенных циклах и формах конкретного биоценоза, видах обмена веществ, в общем эволюционном процессе. Человек реализует законы природы и собственные правила на ином уровне и даже в попытках пренебречь таковыми подчиняется им.

Теоретические основы. Методы

В основе любого исследования обнаруживается, с одной стороны, стремление человека (непреодолимое, представляющее собой часть его природы) к возможно большей определенности в окружающем его мире, которое выражено в познавательном процессе. С другой стороны, исследование, претендующее на получение объективного результата, не может опираться на методы и положения, противоречащие рациональному (философскому, научному) пониманию действительности.

Среди основ рационального подхода следует назвать представления о единстве мира и подчиненности всех его элементов и компонентов одним и тем же законам; о непрерывности глобальных эволюционных процессов во Вселенной (проявлением которых является возникновение Солнечной системы, планеты Земля, жизни на ней, а затем и человеческой цивилизации), принципиальной относительности локальных частных (исследовательских, социально-нормативных, эстетических и др.) стандартов. Не менее важным условием продуктивного современного рационального исследования и получения результата, адекватно и объективно отражающего действительность (ее фрагмент, процесс, явление, конкретная система, отдельный объект), следует считать использование принципа дополнительности, получившего высокий статус в методологических системах конца XX – начала XXI в. Его логичным продолжением становится обращение к элементами методологии, выходящим за рамки привычной научной рациональности, – аксиологическим, эпистемологическим, а если это уместно, то и этическим, эстетическим. Особенно важно использовать самые разнообразные подходы и инструменты в осмыслении такой богатой по содержанию категории, как «свобода».

Свобода как феномен, которым обусловлена социальная практика, и как категория общественно-научного, научно-гуманитарного, социально-философского, этического (и некоторых других типов) тезауруса многие столетия остается важным объектом исследовательского внимания, ориентиром общественной активности, и интерес к ней со временем не иссякает. Однако в понимании сущности свободы не достигнуто не только единства, но и достаточной ясности, что создает почву для разного рода спекуляций, в том числе и недобросовестных. Это не способствует совершенствованию ни знаний о свободе, ни социальных связей. Поэтому углубление понимания и повышение объема знаний о свободе представляется естественной потребностью человека и общества.

Результаты исследования

1. Атрибутивный элемент механизма эволюции

Природа, существующая в форме «разлетающейся Вселенной», установила достаточно строгий порядок собственного воспроизводства, не допуская

пустой повторяемости, позаботилась о возможности адекватной реакции физической системы и живого организма на неизбежную в развивающейся действительности новизну, изменения параметров среды, возможных вызовов, угроз. Для живого организма естественно преодолевать препятствия на пути достижения этих фундаментальных целей (или целенаправленно избегать столкновений с ними), устранять ограничения, стесняющие реализацию предписанного ему природой плана и распорядка его жизни.

Стремление живого к своеобразной *протосвободе* – условие и состояние обеспечения стабильности живой системы (организма, конкретной взаимосвязанной совокупности организмов, вида, рода...). Природой «закладывается» (естественным образом формируется в ходе столкновений и взаимодействий различных ее форм) *механизм*, обеспечивающий не просто ситуативную адаптацию, а создание (или выбор) условий для устойчивого развития такого вида, который будет соответствовать изменению окружающей среды, совершенствоваться и сам этот адаптационно-развивающий механизм.

Этот механизм, складывающийся, усложняющийся, самооттачивающийся в ходе взаимодействий с внешней средой (и в результате трансформаций внутренних – между собственными элементами и компонентами взаимодействий), существовал, по всей вероятности, всегда. Во всяком случае – в пределах пространственно-временных рамок актуальной Вселенной. И то, что процесс «высвобождения», повышения «степеней автономности» любой системы приводил к увеличению точек соприкосновения с внешним миром, а следовательно, и числа источников угроз данной системе (в том числе и внутренних; хотя бы в силу усложнения самой системы в ходе адаптации к действительности), не становится принципиальным препятствием развития.

Хотя очевидно и то, что повышение «уровней» и «степеней» сравнительно беспрепятственной активности наблюдаемой системы неизбежно «уплотняет» качественные и количественные характеристики внешней среды. Так, в достигаемом внутренне активной системе (человеку, развивающемуся живому организму, виду живого...) увеличивающемся и усложняющемся фрагменте Вселенной *образуется* (в силу изначальной направленности развития природы в сторону ее усложнения, с одной стороны) и *обнаруживается* (с другой стороны, вследствие увеличения радиуса и форм активности внутренне активной системы, человека) все больше объектов, отношений, взаимодействий, которые в разной степени воздействуют и на рассматриваемую систему.

Другими словами, вследствие единства действительности и невозможности выхода за ее пределы повышение уровня автономности, независимости, возможности действовать беспрепятственно (т. е. повышение протосвободы) во многом иллюзорно. В действительности процесс условного освобождения представляет собой рост числа взаимодействий, неблагоприятный эффект от которых компенсируется усложнением системы.

Живой организм, от простейших биологических систем до самых развитых видов и «смышленных» особей (сам того «не подозревая» по причине отсутствия сознания), строго подчиняясь вектору, заложенному природой,

стремится к улучшению своего положения в окружающей действительности. Человек, немало унаследовавший от животного, не в силах (да особо и не заботясь об этом) вырваться за пределы своей естественной оболочки. Он тоже нацелен на повышение меры и степеней независимости, которая так же, как и у его «неразумных» докультурных прапращуров, связана с безопасностью, возможно, более надежным гарантированным доступом к ресурсам, со стабильностью (проявляющейся хотя бы в желании планировать процесс жизнеобеспечения), а значит, с эволюцией, воспринимаемой человеком третьего тысячелетия как необходимый естественный прогресс. Высокий уровень независимости, автономности субъекта, возможности его выбора при принятии решений – выбора осознанного и не встречающего существенных затруднений со стороны внешних сил или иных субъектов – в сознании человека чаще всего ассоциируется со свободой и называется чаще всего свободой.

Мера осознания сущности свободы, понимания ее типологии (она-таки, или то, что принято называть свободой, что ею считается, не может быть всегда одинаковой, однородной, неизменной, незыблемой) и уровня, достигнутого конкретным рефлексирующим субъектом, скорее всего для большинства остается миражом, принимаемым за реальность. Это обусловлено прежде всего тем, что большинство людей, в том числе ученых, просто в силу элементарной занятости, недостаточной специальной подготовки не занимаются теоретическим осмыслением и практическим анализом данной области знаний, стороны социальной активности. Вместе с тем многие профессионалы в сфере изучения социальных интересов и противоречий и члены общества, принадлежащие к самым широким и разнообразным кругам общества, уверены в ценности свободы и возможности ее достижения.

Таким образом, свобода как ценность и цель представляет собой составную (по мнению многих исследователей, необходимую) часть базы современного мировоззрения, сформированную за многие сотни и тысячи лет становления культуры. Эта мировоззренческая «установка» имеет не только искусственные (культурные), но и естественные (докультурные, природные) основания.

В реальном становлении цивилизации можно было встретить великое множество типов отношения к пониманию свободы и попыток ее реализации. Уже поэтому, хотя это далеко не единственная причина разночтений, видов отношения к *собственно* свободе едва ли меньше, чем людей и групп, хоть как-то когда-либо пытавшихся это отношение проявить.

2. «Образ свободы» в контексте исторического развития

Желать свободы, добиваться ее свойственно людям (большей части членов общества); это стремление – неотчуждаемая часть наследия природы – атрибут человеческой сущности и в определенной мере образа жизни.

Однако «среднестатистический человек» и общество как единая система в большей мере интересуются внешними проявлениями и *выгодами* «свободы» (в определенной мере иллюзией свободы), чем ее сущностью, тонкостями механизма прогресса. Субъект, особенно не задумываясь над правильностью собственного отношения к реальности, ориентируется на некий

«образ свободы», довольствуется мнимой простотой содержания привычного понятия. Заведомый утилитаризм представляет собой фактически выбор не только тактики адаптации (к вызовам и особенностям действительности), но и элемент стратегии индивидуального и общественного развития. Естественный в «природной парадигме», но не оптимальный с точки зрения долгосрочной «человеческой» эволюции, он отражает недопонимание сущности трансформации общества и природы, недостаток ясности целей, ошибки самооценки, порождает множество (не всегда осознанных) сложностей, дополнительных противоречий, угроз, созданных самим человеком. В результате стремление к большей свободе оборачивается новыми неожиданными ограничениями; простые «доходчивые методы» воспитания детей – изломанной психикой будущих членов общества, а «свободные отношения» – существенным снижением рождаемости, глубокой депрессией; «строго рациональный» подход к институту брака – несчастными семьями, непримиримой враждой между самыми близкими людьми; попытка объединить народы на «очевидных», «предельно понятных» принципах – геноцидом; «маленькие победоносные войны» – громкими и болезненными военно-политическими катастрофами, провалами во внутренней политике, страшными социальными расколами...

Со стороны наиболее плодотворно и рационально рефлексирующей части человечества на протяжении всей его истории формируются импульсы, несущие в себе догадки об истинном положении дел. Их не обманывают «...живые и надменные речи да мнения...». И в древности отчетливо видно, как лжецы в своих интересах пороки и преступления «...называют прекрасными именами – наглость образованностью, своеволие свободой, распутство великолепием, бесстыдство мужеством» [Платон, 1994, с. 348]. Мыслителями, мудрецами, взявшими на себя ответственность и труд поиска сущностных оснований бытия человеческого рода, свобода воспринимается, с одной стороны, как данность, с другой стороны, как условность. Впрочем, и их возможности всегда ограничены нахождением «внутри культуры», в плотном потоке объективно складывающихся социальных процессов. Взгляд самого гениального, глубокого, смелого мыслителя на свободу ли, природу, знание, науку, Вселенную или на самого человека неизменно остается *человеческим*, продиктованным культурными особенностями, исторической эпохой, политической ситуацией, собственным статусом и опытом.

Свобода в древнем мире – прерогатива «свободных от природы» и не ставших рабами вследствие бедности, плена, нарушения прав и т. п. Свобода пришельца ограничена в сравнении с гражданами данного государства (Зенону из Китиона в Афинах отвели строго определенное место для встреч со своими учениками; Аристотель после смерти Александра Великого вынужден был бежать из самого просвещенного города Эллады; заслуги чужеземцев не только не имели значения, но и становились дополнительными раздражителями). Свобода женщин заканчивалась там, где проводил черту мужчина. «Свобода» раба – свобода перемещений, осуществления деятельности, высказываний, всецело определяемых господином, или (в редких случаях) уровень и качество гипотетико-схематической самостоятельности, допущенной в рассуждениях мудреца, мыслителя или полити-

ка, рисующего в абстрактной условной ситуации состояние абстрактного условного раба.

Следующие за Античностью века существенно не изменили ситуацию, оставляя личную зависимость (раба от господина, крестьянина от феодала, наемного работника от нанимателя, вассала от сюзерена, сюзерена от суверена, монарха от наиболее влиятельных кланов, слоев, организаций...) ключевым элементом организации общественных отношений вплоть до буржуазных революций. Впрочем, организаторы, вдохновители, вожди, идеологи этих социальных потрясений, провозглашающие на разные лады, манеры и наречия лозунги вроде «Liberté, Égalité, Fraternité», не были способны, да и не стремились устранить отношения личной зависимости.

Недостаток свободы внешней, формальной, ускользающей мог бы быть отчасти (и даже в значительной степени) компенсирован свободой внутренней, пониманием границ своих возможностей, своих реальных ценностей, «духовного» (в самом широком смысле) богатства, достойных целей. Но хотя внешнее и внутреннее в человеке связано неразрывно, лишь немногие способны границы эти обнаруживать и сосредоточиваться на ценностях внутреннего мира. Человек же «среднестатистический» чаще оказывается нацеленным именно на внешние параметры (как «личные», так и «общественные») и проявления активности, улавливающим соблазны материального характера, чувственные (и даже плотские) удовольствия. Он придает большое, а иногда и решающее значение «механическому», «вещественному» характеру участия в социальных отношениях, властно-финансовой роли в них субъектов, их статусу, месту в социальной иерархии. Он предпочитает руководство подчинению, свое личное участие в распределении ресурсов и продуктов – терпеливому потреблению отведенной кем-то другим их (продуктов) доли. Но вместе с тем настойчиво стремится к более «абстрактной», «чистой», «широкой» экономико-юридическо-административной деятельности, отчаянно отбиваясь от более конкретной трудовой, строго-служебной (военной). Человек чуть более «свободный» скорее выбирает более призрачную надежду и менее предсказуемые результаты в публично-демонстративной (спортивной, шоу, бизнес- и тому подобных видах карьеры) сфере, нежели занимается абсолютно необходимым производством (от технических устройств до продуктов и энергии)...

К тому же большинство членов общества, вероятно, ориентированы на сравнительно легко «читаемые» смыслы и ценности, что в немалой мере обусловлено объективными причинами. В погоне за формальными проявлениями как можно более прочного (высокого, комфортного, безопасного) положения в обществе, состоятельности, благополучия человек не видит (не успевает понять, не в силах разглядеть и оценить) своих реальных интересов. За поверхностной атрибутивностью «высокого качества» существования не все могут разглядеть *лишние* проблемы, понимание которых позволило бы избежать пустой суеты, ненужных забот, реальных опасностей. Очарованные мерцанием соблазна, ослепленные сиянием безответственно-безответных посулов, люди азартно-обреченно ввязываются в непримиримую конкуренцию друг с другом, ведут бескомпромиссную борьбу за нишу в пирамиде отношений (государственной власти, чиновничьего, актерско-

го, медийного, спортивного... статуса), а также и власти собственности, капиталов, кланов, информации, тайны, виртуозного мастерства (в сущности, высочайшего уровня владения ремеслом) и, наконец, за *власть* саму по себе...

Но *власть, положение, ремесло, собственность, тайна...* – это именно *ниша* (жестко ограниченное и довольно тесное пространство), пусть даже на самой вершине «социокультурной пирамиды», это ловушка, клетка, форма заточения. Да и любая «социально-иерархическая вершина» условна даже в привычном четырехмерном, включая время, мире, линейная однонаправленность которого сплетена из множества невообразимых процессуальных деятельностных и коммуникативных зигзагов, колец, спиралей, лабиринтов, тупиков. Сила и вязкость этого социально-психологического капкана обусловлена многими причинами, интересами, взаимодействиями – от меры, направленности, содержания активности субъекта до масштабов процессов, в которые ему удалось вплести свою активность, и степени участия в них. Конкретный, цементируемый объективными закономерностями и факторами, приправленный флуктуационными мелочами результат в каждом случае неповторим. В то же время любой из результатов погони (фактически из подражания, следуя не столько здравому смыслу, сколько «социальному инстинкту» – рудименту недостаточной, не соответствующей уровню актуальной культуры просвещенности) за внешними однозначно очевидными характеристиками собственной социальной идентичности знаменует утверждение *несвободы*, но на новом уровне, более строгой и многомерной зависимости.

Таким образом, не осознав собственных интересов, не разобравшись в коварстве соблазнов, не уяснив сущность мироустройства, субъект в борьбе за свободу обретает новый модус (тип, уровень, разновидность, качество) несвободы. Стремясь избавиться от одной зависимости, он неизбежно попадает в зависимость иную или видоизмененную. И в этом своем выборе сметливый, волевой, изобретательный с виду человек оказывается слепцом, а в лучшем случае – безропотным исполнителем, «винтиком» «безличных» объективных закономерностей, в худшем же – марионеткой таких же, как он сам, но формально более удачливых слепцов.

В такой метаморфозе нет ничего неожиданного.

Еще Платон пришел к выводу о том, что «...тирания происходила не из другого правления, а именно из демократии, то есть из высочайшей свободы...» [Платон, 1994, с. 352], которая, по мнению Аристокла (настоящее имя мыслителя, полученное им при рождении; Платон – прозвище, кличка, «ник» (nick), создающий сразу несколько отношений зависимости), и есть сильнейшее и жесточайшее рабство. Его наиболее яркий ученик и великий оппонент Аристотель, не обходя вниманием самой свободы и ее функциональной определенности как принадлежности свободному человеку, господину, более сосредоточен на добродетели, полагая, в частности, что «...искусство и добродетель рождаются всегда там, где труднее...» [Аристотель, 1983а, с. 82]. Свобода в его понимании – ответственность, труд. Эпикур считал свободу величайшим плодом «довольства своим», «ограничением желаний» [Соколов, В. В., и др., ред., 1969, с. 360].

Но люди, которым почти случайно (а нередко и скорее несправедливо, чем вполне заслуженно и обоснованно) достается лучшая, чем окружающим, доля, воспринимают это как должное и во многих случаях немедленно стремятся это свое положение оправдать и утвердить в какой-нибудь официальной форме (от мифа до подтверждения юридической нормой). Неумелое пользование правами (которые тоже неоднозначны с точки зрения свободы, но взыскательны по отношению ко всем, кто с ними так или иначе связан, порой до «злопамятства»; и потому всегда – рано или поздно, с одного поколения или с нескольких – требуют и добиваются «платы») каждый раз приводит к определенной развращенности, к физической, духовной, интеллектуальной, этической деградации. «Массы» (относительно свободных граждан, особенно жители крупных административных благоустроенных центров, столиц), достигая определенного уровня благополучия и обнаружив в своем распорядке излишек времени, не заполненного активностью, предопределенной продиктованной извне (со стороны общества и окружающей среды) или изнутри (обусловленной физиологической природой) необходимостью, – то, что, вероятно, и принимают за «овеществленную», «практическую» свободу, а потому и называемого «свободным временем» – настойчиво требуют «хлеба и зрелищ» (фактически – несвободы, одновременно интеллектуальной и нравственной). Недостаток пропитания и развлечений многие люди довольно наивно, почти по-детски воспринимают как кровную обиду (но отнюдь не детскую по таящимся в ней угрозам), притеснение, становясь орудием и ресурсом, если повезет, искренних последовательных реформаторов, а если не повезет – бессердечных фанатиков, психически неуравновешенных маньяков, казнокрадов... А многие из считающих себя избранными и потому более достойными всяческих благ, как героиня романа одного из самых популярных авторов последних десятилетий, признаются: «Я не хочу и никогда не хотела приносить пользу, я хочу свободы...» [Гэлбрейт, Р., 2019, с. 485]. Героиня не может получить свободу потому, что, вероятно, не понимая и не в состоянии понять ее сущность, в действительности ищет выход в попытках ограничить свободу других людей, отношения с которыми для нее то ли аттракцион, то ли вызов всему ее окружению.

Однако представления многих людей относительно своей мнимой или действительной независимости не отражают реальности точно (а то и совсем), хотя, как правило, и вполне ожидаемо «укладываются» в общий социально-эволюционный процесс. Реальность же в том, что «свобода» на протяжении столетий остается неясно очерченной совокупностью условий, не вполне понятным образом занимающих определенное место в общественном и индивидуальном сознании. В этом, с виду очевидном, а в действительности неясно очерченном и нечетко объяснимом значении «свобода» *всплывает* в информационном *обиходе*, обрамляющем социальную практику, то в эмоционально-художественной проекции как образ, то в пропагандистско-идеологической – как идеологема... В то же время вполне реальные процессы, связанные со стремлением к свободе в самом широком значении, – изменение параметров взаимосвязанности субъекта социальных отношений с внешним миром. В онтологической, научно-ис-

следовательской проекции «свобода» индивида (представителя социальной группы, профессии, сословия, слоя, класса...) в сравнении с «несвободой» отличается мерой доверия к нему общества, уровнем контроля со стороны его институтов...

Изменение характера и числа связей прослеживается в любых проявлениях воспроизводства культуры, любой активности человека (участника этих связей и процессов), осмысленно и обоснованно, как ему представляется, стремящегося к свободе.

«Идеи освобождения» (а может, *привычку* добиваться независимости) человек черпает в природе, формируя социальные сообщества, идеальные системы, вторую природу и другие элементы культуры – все то, что, в свою очередь, отражает кажущиеся и вполне реальные противоречия, подтверждающие непреодолимость законов бытия. Мера понимания разного рода зависимостей (в том числе зависимости характера своего стремления к «независимости» от поучений, провокаций иного субъекта, которому выгодны это стремление, актуализированная и *узконаправленная* социальная энергия) для большинства людей, как правило, остается ими самими не только не осознанной, но и не осознаваемой, *невидимой, несуществующей*.

Вместе с тем человек очень во многом усматривает по отношению к себе несправедливость (реальную или мнимую – не всегда важно для качества социальных связей). Он не может остаться равнодушным к ней. И конечно, он чувствует, что не все в хитросплетениях социальных процессов доступно для его понимания, а мириться с непониманием, даже лишь угадываемым, ему бы не хотелось. Поэтому он обращается к авторитету ученых, опытных политиков, психологов, предпринимателей... Иногда с плохо скрываемым недоверием, а иногда и с самой горячей надеждой он прислушивается к мнению вождей, пророков, исследователей, мудрецов. То есть он обращается к результатам целенаправленной работы специалистов.

Усилия самых продуктивных и последовательных исследований формируют теоретический уровень понимания свободы.

3. Сюжеты теоретического осмысления свободы

Сам факт отношений человека и мира, а также общественных связей не мог не привести людей к пониманию собственной зависимости от явлений природы, от общественных норм, друг от друга. Формы и интенсивность социальной зависимости различны и вызывают самые разнообразные реакции, при этом стремление снизить «давление зависимости», добиться большей свободы характерно для многих ситуаций. Не единодушны в своем понимании свободы и специалисты, исследующие общественные отношения.

И. Кант ставил свободу в центр (теоретической) системы смыслов. Он полагал понятие свободы доказанным аподиктически (т. е. с необходимостью), ключевым «замковым камнем» свода всего здания системы разума (как «чистого», так и «практического» и «спекулятивного»), а «...все другие понятия присоединяются к нему и с ним и благодаря ему приобретают прочность и объективную реальность, т. е. возможность их доказываться тем, что свобода действительна» [Кант, И., 2021, с. 7–8].

В Античности о свободе размышляли греки – самые пытливые из свободных граждан городов-полисов, основанных на юге Балкан, на западе Малой Азии, разбросанных по побережью Средиземного и Черного морей. Эти города-государства развивались, организуя и поддерживая торговые связи со многими известными культурами Средиземноморья и близких к нему территорий, непрерывно конкурируя между собой, подвергаясь угрозам захвата более сильными греческими государствами (Спарта, Афины, Македония) или еще более сильным врагами извне (Персия, Рим), разрешая различные внутренние противоречия.

Платон, подметив неизбежную противоречивость жизни людей, их заблуждения, отразил свое понимание принципиальной несвободы человека в мифе о пещере. Человек пребывает в своей пещере, сидя на ее пороге спиной к выходу, неспособный повернуться лицом к свету, довольствуясь тенями на стенах пещеры, которые принимает за истину и единственно возможную жизнь. Пещера – собственная духовная, познавательная ограниченность человека, его души – по Платону, бессмертного эйдоса, части более реального, чем косный материальный, мира идей; свет и есть этот божественный мир идей, а тени – это искаженные поверхностные нечеткие обрывки знаний об истине и реальном мире. При всем пессимизме оценки ситуации Платон видит выход из нее: свобода человека заключается в постижении истины о мире – стоит лишь повернуться к свету.

Достойный внимания и памяти подход, следы или новые модусы которого еще не раз возникнут по мере развития философской мысли. Однако это пример «античного уклона в теорию» о сущности человека, который отличается от более «практичных» решений той же поры.

В Древней Греции сложилось мнение о том, что свобода – это возможность действовать самостоятельно (в частности, такое мнение приписывают Аполлодору) [Соколов, В. В., и др., ред., 1969, с. 502], но при этом следует остерегаться удовольствия и того, что его доставляет [Аристотель, 1983а, с. 93], чтобы избежать ошибочных оценок, не попасть под влияние своих пристрастий, неоправданных обманчивых желаний. Зависимость от пристрастий – уже не свобода. Однако эпикурейцы видели счастье в том, чтобы свободно предаваться наслаждению (впрочем, предупреждая о необходимости меры в нем), а киники, напротив, стремились освободиться (не без противоречий) от всего довлеющего над природной сущностью человека: от всякой личной собственности, от правовых и этических норм, социальных обязанностей. Некоторые стоики, в свою очередь, руководствуясь принципом «проживи незаметно», довольствовались, по всей видимости, свободой внутренней, духовной, свободой мысли.

В Средние века мыслители-христиане объявляли всех одинаково свободными перед лицом Бога [Эразм Роттердамский, 2003, с. 40]. Помимо прочего это значит, что всесторонняя зависимость человека от Творца не препятствие свободе его главного творения, так как Бог наделил человека свободой выбора. Современник Декарта Эмерик де ла Круа (Эмирик Крюссе) связывал обеспечение безопасности государства и политической власти с тем, чтобы обеспечить подданным свободу совести и вероисповедания, считал, что мир – залог достижения тружеником свободы [Крюссе, Э., 2003, с. 86–87].

И. Кант противопоставляет свободу безрассудную свободе разумной, радуя за последнюю, отождествляя ее с законным организованным принуждением, нарушение которого считает «скотским унижением человечества» [Кант, И., 2003, с. 219]. Вслед за И. Кантом немецкий мыслитель Карл Краузе видит необходимость в объединении государств на принципах, исключающих нарушение «...свободы, свободной воли и свободного нравственного развития любого народа, не стремясь к опеке...», не прибегая к насилию [Краузе, К., 2003, с. 360].

Б. Спиноза формулирует широко известный тезис о свободе как осознанной необходимости, подхваченный Г. Гегелем и затем взятый на вооружение К. Марксом и большинством его последователей. Субъект, изучивший объективные законы, «...обретает способность со знанием дела, или, как говорят в таких случаях, свободно, сообразовывать свои собственные действия с действием законов внешнего мира. Отсюда – свобода обнаруживает себя как познанная необходимость» [Кедров, Б. М., 2006, с. 105]. И каждый раз стремление к свободе сталкивалось с необходимостью строго соблюдать открытые человеком естественные и сформулированные самим человеком искусственные законы.

Для свободного субъекта (по собственной его воле), согласно И. Канту, человек всегда – цель и никогда не может быть средством. Позже Л. Фейербах и другие гуманисты Новейшего времени подчеркивают центральное место человека в культуре, в системе общественных отношений, в эволюции. Вместе с тем для большинства мыслителей очевидно то, что, уже предвкушая свободу, почувствовав ее «ветер», возжелав ее, человек не смог и даже не удосужился ее узнать, рассмотреть, понять ее сущность, преимущества, меру достижимости.

Легисты в Древнем Китае были убеждены в порочности человека, который в связи с его отнюдь не самыми добрыми наклонностями требует постоянного контроля над собой и предельной строгости. Человек не может быть свободным; только страх перед жестким возмездием за проступки и упущения заставляет его держаться в системе социальных отношений, вынуждает стремиться к неукоснительному выполнению своих должностных обязанностей и законов. Т. Гоббс решение проблемы взаимодействия людей в целях безопасности и внутреннего порядка видел в добровольном отказе от существенной части свободы в пользу системы – Левиафана (потому что изначально «человек человеку – волк»). Ф. Ницше фактически отказывал человеку в праве на свободу, утверждал неприспособленность человека к свободе, которую он в силу своей природной ограниченности, слабости безвольно заменяет зависимостью от религии, морали, системы юридических норм; философ предрекал вытеснение человека сверхчеловеком – по настоящему свободным, не нуждающимся ни в каких навязанных кем бы то ни было нормам (в рассуждениях о судьбах людей «сверхчеловек» по меньшей мере ответвление либо полный отход от темы, поэтому в данном случае правильнее не отвлекаться на комментарии по данному поводу).

Теоретики анархизма, напротив, видят людей вполне способными обходиться без центральной государственной власти, без Левиафана, подавляющего человека. Однако мнящие себя анархистами «практики», возможно,

и не разобравшиеся ни в сущности анархизма, ни в закономерностях социальной эволюции, считающие решением проблем механическое уничтожение государства, на протяжении истории время от времени доводят дело до «практики», которая по большому счету не идет дальше грабежей, судов, малых и больших трагедий...

Государство же, получив в противостоянии бесшабашной вольнице очередную антидемократическую вакцину, пока остается незыблемым, ставаясь изобретательнее и изощреннее в мастерстве пренебрежения долгосрочными общественными интересами, интересами человека. Оно стремится использовать теоретические наработки ученых, но, тяготея преимущественно к практике, многое упрощает, примериваясь, с одной стороны, к «материальной реальности», с другой стороны, к многоголосице интересов субъектов общественных отношений.

4. Обнаружение противоречий на пути от «теории свободы» к практике

Представить себе и понять свободу как осознанную необходимость, интерпретированную так Б. Спинозой, или в виде растущего объема знаний об окружающем мире, как это не без оснований представлялось Г. Фихте, несложно. Однако совсем не просто реализовать это понимание, добиться практической выполнимости теоретических предписаний во всех (даже подобных друг другу, типичных) ситуациях.

Реализовать императив И. Канта, согласно которому «правилом всеобщей нравственности» должно стать отношение к человеку как к цели и никогда – как к средству, чрезвычайно сложно (хотя приблизиться к этому, глядя на опыт некоторых стран Европы, возможно). Непросто хотя бы потому, что человек-цель обладает своими интересами, далеко не всегда совпадающими с интересами тех, для кого он является целью. Требуется немало непрекращающихся усилий для соблюдения баланса этих многочисленных интересов, причем по собственной воле участников. Таким образом, непросто добиться того, чтобы свободным выбором взаимодействующих субъектов оказывался выбор кропотливого труда, терпения, жертвы, борьбы, настойчивости и даже, вероятно, определенного (осознанного, тщательно рассчитанного) насилия, принуждения, подобного принуждению родителями детей по различным поводам, учителя по отношению к ученику, врача, начальника, уставов, законов...

Свободный человек поступает так, чтобы его пример мог быть положен в основу всеобщей нравственности. Следовательно, субъект по своей воле находится под прессом ответственности за мораль всего человечества. Вполне вероятно, что в действительности пресс не столь уж тягостен и даже для самых ответственных является не прессом, не грузом, а нормой, атрибутивной необходимостью, миссией, которая и есть его цель и характер жизни. Тем не менее эта ответственность (императив) связывает субъекта тем больше, чем больше целей у человека, чем больше он старается быть образцом нравственности. Кроме того, немало субъектов, объявив идеи, подобные кантианской, сумасбродными сказками и оправдав свои уже совершенные и будущие промахи, выстраивают свою

линию поведения с учетом лишь собственных актуальных целей, стремясь не войти в открытое противоречие с интересами более «сильных» субъектов, и с полным или частичным пренебрежением к интересам всех остальных людей. Тем самым они реализуют на практике такое отношение к другим людям, какое к себе считают неприемлемым. В проекции на проблему свободы это выливается в то, что, стремясь к возможно большей личной свободе, люди не только отказывают в свободе другим, но и практически «отбирают» у них «столько свободы», сколько могут, для решения своих задач.

Создается и воспроизводится, трансформируясь по мере развития отношений и включения в них новых участников, возникновения новых условий (общее- и частно-) культурного характера, сложное соотношение предпочтений, интересов, противоречий.

Понять (принять) свободу как тип и меру осмысленности своего собственного существования в окружающем мире, глубины соотнесения способностей, возможностей, интересов человека и условий его существования в реальной динамичной среде обитания не очень сложно и в то же время недоступно. Противоречие, имеющее субъективные и объективные аспекты, возникает вследствие очевидной обусловленности бытия и развития общества и человека естественными законами, с одной стороны, и наивным (или жуликоватым) желанием обойти их... Все должно быть устроено «по закону», «по правилам», «по справедливости», но сам субъект нередко надеется обойти законы, и себе эти не-соблюдения хотел бы или пытается «простить».

Значительное число людей вне зависимости от их социальной принадлежности вольно или невольно отождествляют свободу с возможностью получать удовольствие (простое или сложное, грубое или утонченное, вполне пристойное или связанное с нарушением норм – в зависимости от воспитания, образования, кругозора, ситуации). Если это удовольствие (для людей определенного типа, жизненного уклада, нравственных установок) связано с творчеством, трудом, увенчанным результатом, вполне осязаемым буквально – органами чувств или сознанием, то, как правило, хватает устойчивого, основанного на соблюдении моральных и юридических норм социального порядка. Люди удовлетворяются размеренным развитием общества, совершенствующегося по мере усложнения его внутренних и внешних отношений, технико-технологического прогресса. Их устраивает возможность в интересах этого поступательного общественного развития и в своих собственных интересах реализовываться в труде, творчестве, восприятии результатов творчества других людей (также предполагающем труд – на строительной площадке, в концертном зале, лаборатории, мастерской, студии, театре, библиотеке, за письменным столом, компьютером...), в организации семейных, производственных, корпоративных отношений.

Когда же удовольствие видится исключительно в развлечении, человек ни за что не останется по-настоящему удовлетворенным. Какие бы диковинные края ему ни удалось увидеть, какие бы эксклюзивные и дорогие шоу в его персональную честь ни разыгрывались, насколько бы фантастически необычными ни казались «аттракционы», в которых ему довелось участво-

вать, веселость, чувства яркого возбуждения, новизны быстро проходят. Безудержное и «неиссякаемое» стремление проводить время в развлечениях – не что иное, как тяготение к «истерической» форме праздности. Примером ее сравнительно дешевого варианта может служить глубокое погружение в мир it-иллюзий (игровых, коммуникативных, псевдоинформативных...). Потребность в искусстве – т. е. в лучших образцах художественного творчества, которые делают человека нравственнее, сложнее, формируют высокий уровень эстетического вкуса, – стремление другого рода. Произведения искусства не только от авторов, но и от зрителя (читателя, слушателя) требуют глубокой работы, искренних переживаний, определенной жертвы. Такая *работа* имеет мало общего с пустым весельем, безудержной тягой к развлечениям.

Страсть к развлечению, особенно к организации и созданию которого человек не прикладывает рук, головы, сил, нервов, но испытывает необходимость в нем, постоянное влечение – это уже болезнь, зависимость, подобная наркотической. Потребность личного обладания все новыми материальными или художественными ценностями, по всей видимости, одна из ее форм. С нею трудно справиться, потому что выздоровление требует признания меры собственной несостоятельности, никчемности или малой значимости, а увеличение «дозы» (а значит, и затрат) ведет к разрушению личности, ее связей с реальным миром. Вследствие неизбежной принадлежности (физической, ресурсной, административно-организационной...) такой личности к общему для всех миру нарушение, т. е. искажение, ухудшение ее связей с этим миром, ведет и к разрушению личности. Это значит, что и «уход в свой мир», «в виртуальную действительность», «в свою систему ценностей» отдельных субъектов корежит, ломает мир реальный, общий.

Ж. Бодрийяр, рассматривая терроризм как форму *трансполитического* – части реализуемой фатальной стратегии трансформации современного общества, – утверждает его атрибутивность в сложившихся условиях. Сам характер социальных отношений и направленность их изменений делают терроризм неизбежным, «объективным состоянием системы» [Бодрийяр, Ж., 2019, с. 54]. Бодрийяр связывает феномен терроризма со свободой и безопасностью.

«Проблема безопасности, как известно, преследует наши общества и уже давно заменила проблему свободы. Это не столько изменение морали, сколько эволюция объективного состояния системы:

- относительно шаткое, диффузное, экстенсивное состояние системы порождает *свободу*;
- другое (более плотное) состояние системы порождает безопасность (саморегулирование, контроль, *feed-back* и т. д.);
- последующее состояние системы, состояние пролиферации и переполненности, порождает панику и террор» [Бодрийяр, Ж., 2019, с. 54]

С такими выводами, как это ни тревожно и неприятно, приходится отчасти согласиться. Цепочка «свобода – безопасность – террор» прослеживается в некоторых примерах социальных отношений. Например, так происходит «на практике», формирующейся вследствие напористого довероломства и истеричности «продавливания» собственных интересов далеко не самыми нравственными, просвещенными, ответственными (наконец,

невоспитанными) субъектами общественных отношений. Но нужно учесть, что автор пишет о «фатальных стратегиях». Однако вряд ли возможно безоговорочно принять фатальность самой этой схемы. Есть немало примеров социальных систем, в которых удастся избежать социальных катастроф, находить баланс интересов государства, общества, личности, баланс свободы и безопасности, прав и порядка (каким способом, ценой, в каких масштабах – отдельный разговор). В любом случае, пусть и в самые тяжелые времена, стоит отстаивать культуру, человеческое в человеке.

Человечество в начале третьего тысячелетия в некоторых чертах напоминает большие, разросшиеся нации прошлого, доминирующие в регионе (например, Древний Рим). В их процессы пролиферации (разрастания «культурной» ткани «социального организма» в его материальной и идеальной составляющей) всегда вкладывался смысл, который нередко предшествовал самой пролиферации. И эти смыслы, как показал социальный опыт, можно корректировать. Несколько тысячелетий социального развития и, как минимум, научно-образовательного и технико-технологического прогресса вселяют оптимизм. Однако просчеты, допущенные в ходе этого развития, и жертвы, которые стали одним из их результатов, требуют большой ответственности, общего внимания, труда.

Вряд ли судьба цивилизации давно и жестко предопределена извне (как, например, в гегелевском тезисе о «хитрости мирового разума»). В этом случае проблема свободы теряет значение. Но если бы даже так и было на самом деле, человек все равно остается *внутри* детерминированной извне системы. Он продолжает искать большей свободы в разных направлениях и сферах своего бытия.

5. О проблемах «достижения свободы» (на примере трех проекций)

Полной типологии «форм», «путей», «способов»... продвижения к свободе, усилий по обеспечению большей независимости человека от внешних обстоятельств представить невозможно. Попытка добиться определенной системности подобной активности тоже сложна: слишком много на этот счет мнений; трудна демаркация содержания этой активности по времени, пространству, целям. Вместе с тем от стремления человека к освобождению, к повышению уровня собственной независимости, к свободе нельзя отмахнуться. Оно, вероятно, неистребимо и, совершенно точно, многогранно.

Как только открывается малейший ожидаемый или внезапно обнаруженный промежуток в плотной ткани взаимозависимых процессов бытия, «среднестатистический» человек пытается осуществить очередной шаг за пределы своей естественной ограниченности. Не всегда он замечает эти «узкие места» природы, замедление или уязвимость естественных процессов и связей или искусственных систем, конкурирующих социальных образований. Но почти всегда надеется добиться использования преимущественного выигрышного положения, если оно возникает с очевидностью или представляется ему таковым. И человечество в лице наиболее талантливых, смелых, целеустремленных своих представителей грезит научными, когнитивными, творческими прорывами и периодически совершает их. Насколько успешно это удастся, показывает время. А самыми общими примерами этой чело-

веческой активности могут служить (названные так условно) *механическая* (или *техническая*), *социально-организационная*, *идеальная* (или *интеллектуально-духовная*) проекции «движения к свободе».

Первая, *механическая* (или *техническая*) проекция наиболее простая и очевидная.

Чисто механическое или иное усложнение технических устройств (например, увеличение числа кинематических пар, а значит, и их соединений) прибавляет конструкции «гибкости», добавляет новые «степени свободы», «возможности». «Свободы» тем больше, чем больше соединений. Но чем больше соединений, тем больше точек фиксации (несвободы), сложнее конструкция. Она становится все более хрупкой и уязвимой, что также снижает ее возможности и надежность. В процессе преимущественно механического, физического, химического и всякого другого (с использованием самых последних достижений техники, технологий) усложнения происходит приблизительно то же самое. В конечном счете вся вторая природа помимо огромной помощи человеку требует пристального внимания, большой заботы и таит в себе опасность техногенных катастроф.

Большие возможности влекут большую ответственность, более разнообразные усилия по воспроизводству достигнутого уровня независимости от внешних условий, от подстерегающих проблем. Тем более в этот процесс вмешивается с разными целями и с различной мерой конструктивности социальная конкуренция.

Вторая проекция, *социально-организационная*, менее однозначна по смыслам и более сложна по осуществлению.

Процесс реализации (повышения степени) «социальной свободы» – свободы субъекта (субъектов) общественных отношений – противоречив. Одна из трактовок такой свободы объясняет ее как возможность субъекта определять направленность своих устремлений, формы и способы достижения своих целей, реализации своих интересов в условиях отсутствия внешнего давления на него (и в его выборе). Процесс освобождения человека (и/или народа, всецело зависящего от государства – Левиафана, большинства социальных систем – подвластных меньшинству, обладающему большими правами, более образованному, владеющему ресурсами) растянулся на несколько тысячелетий, от узаконенного рабства дофеодалных эпох до сложной системы взаимной зависимости участников социальных связей в третьем тысячелетии.

За этот период менялось представление о сущности и необходимости свободы как в обыденном сознании (которое уже с появления государства не могло быть однородным, а по мере развития общества усложнялось, обзаводясь новыми уровнями, модусами), так и в понимании рассуждающих о свободе «специалистов» (во многих смыслах, многих сферах деятельности, профессионалов в той или иной области и степени) – художников, теологов, хиромантов, политиков, военачальников... Наиболее беспристрастными и относительно более детальными по глубине осмысления проблемы принято считать рациональные выводы ученых, мыслителей, хотя и они всегда подвержены воздействию конкретной социокультурной среды, ограничены личным опытом конкретного субъекта, насколько бы широко он ни мыслил

и какими бы широкими и глубокими знаниями ни обладал. Авторитетнейший Аристотель был убежден, что свободных людей и рабов едва ли не при рода наделяет различными качествами. Свободные люди, по его мнению «...держатся прямо и не способны для выполнения... работ», под которыми подразумевал физический труд [Аристотель, 1983b, с. 384].

Некоторые «благополучные» молодые люди, родившиеся в третьем тысячелетии, не читавшие Аристотеля и мало интересующиеся такой «безнадежной древностью», размечтавшись, порой грезят о собственных оборудованных аэродромах и причалах, напичканных всевозможной высокотехнологической и природной экзотикой замках на райских островах или (а лучше «и») вблизи самых ярких и значимых центров передовой части цивилизации. При этом они отдают себе отчет в том, что большинству их соотечественников (и населения планеты) подобные блага не положены, да и не требуются в силу того, что... у этого большинства нет и не может быть амбиций, которые самоназначенные избранные зачислили в свои атрибутивные качества. Однако это лишь мнение существующих во все времена людей (но никогда не большинства), которые, вероятно, уверены, что мир создан исключительно для удовлетворения их личных капризов, и при этом привыкли – порой до нелепости, до неприличия, не замечая ни нелепости, ни неприличия, – в любых ситуациях оправдывать себя. К пониманию свободы это не имеет прямого отношения.

А вот стремление подчинить своим интересам как можно больше социальных ресурсов, ухищрения заставить как можно больше индивидов работать на себя, ограничить в своих целях, *своими* рамками *иные* человеческие судьбы из социальной практики не исчезает несколько тысячелетий. Формы, технологии манипуляций и подчинения чем дальше, тем более изощренные. Обратная сторона этого же стремления – не подчиняться общепринятым правилам, пренебрегать социальными нормами, интересами и чаяниями других людей. Эра «милосердия» – когда исчезнет преступность, наступит надежный социальный порядок, воцарится справедливость – не только не приближается (определенно, обнадеживающе, ощутимо; т. е., конечно, определенный прогресс очевиден, иначе у человечества не было бы будущего, но разнонаправленный процесс совершенствования неравномерен, неоднозначен, не на всех направлениях одинаково динамичен), но и усилиями значительного числа людей намеренно отдалается. Без справедливости и порядка свобода вряд ли возможна; напротив, на каждом шагу человека будет подстерегать опасность нового типа несвободы, зависимости, ограничений, угроз жизни...

Физические возможности человека ограничены. Объединившись в общество, человек становится сильнее, но опять-таки не безгранично; да и свободы, по крайней мере личной, это не прибавляет. Вероятно, наибольшей степени свободы можно достичь в идеальной сфере, за пределами материальных ограничений.

Третья проекция: *идеальная (или интеллектуально-духовная)*.

Человек всегда рисовал в своем воображении этот заветный ковчег – как правило, представляя его вполне реальным, даже предельно материальным; человеку всегда хотелось от мира, общества, от других людей кон-

кретности и даже вещественности, возможности «держат в руках». И не останавливался на одних идеях! Человек строил эти самые ковчеги, лепил и выплавлял сосуды, выдумывал хитроумные шкатулки и целые потаенные хранилища... Он писал на папирусе, пергаменте, телячьих лопатках, бумаге, сырой штукатурке, бетонной стене, возводил храмы, театры, дворцы, мосты, виадуки, арены для политической, юридической, спортивной борьбы, для всепроникающих торжищ... Он конструирует водные, воздушные и межпланетные суда, пускаясь в них путешествовать, открывать новые возможности, пищу для новых идей. И все это человек продолжает совершать! Однако нередко и разочаровывается, когда идея оказывается нереализуемой, и свобода так и не достигается...

Другое дело – свобода «духовная», «идеальные» результаты свободного творчества.

Материализованное, овеществленное, но не находящееся в свободном доступе вместилище самой древней и устойчивой мечты (фактически о духовной свободе) существовало (для кого-то продолжает существовать) непременно в интенсивном сакральном обрамлении, становясь в чаяниях-фантазиях человека средоточием желанной трансценденции – спасением и целью, методологией, инструментом освобождения. То есть материальная составляющая (древние священные книги, иконы, статуи, алтари, жертвенники, храмы, священные деревья и т. д.) мысли о сакральном и о свободе духа – лишь знак, вещественная привязка (особенно важны для человека маловерного, с бедным воображением, скудным сознанием).

Поэтому речь *не о материальном*, а о том, что оно *обозначает*.

От чего освобождение, для чего, как – не всегда вполне ясно; но, вероятно, мечтающему большинству кажется, что ясно. Прежде всего потому, что эта модель мечты – не предмет личной глубокой аналитики, а принятый на веру готовый «смысловой продукт», традиционный или вновь синтезированный (например, идеологический, «политтехнологический») ориентир – проста, а потому доступна пониманию (люди любят считать себя понимающими). Для одних это скрижали, священные (географические, ландшафтные) места или тексты священных книг; в других случаях достаточно высказываний авторитетного члена общества, конфессии, должностного лица. А иногда ожидания удовлетворяются нарисованным ящиком с дырочками (для доступа воздуха), в котором любой мечтательный принц с неумной фантазией может найти именно то, чего ему не хватает для счастья или светлой грусти...

Впрочем, оставим в стороне явную религиозность и откровенный романтизм, которые играют (в историческом прошлом это было особенно актуально) свою вполне положительную роль в становлении культуры, в социальном воспроизводстве, но решают скорее частные вопросы, особенно в третьем тысячелетии так называемой нашей эры. Продуктивнее ставить вопрос более широко. Поэтому стоит вести речь о «вообще-системах-смыслов» – завершенном в своем *искусственном* становлении (творческом акте) идеальном образовании (творении автора), облеченном в форму, позволяющую отразить и преподнести его сторонним субъектом – исполнителем (артистом, инженером, техником, мастером, рабочим, критиком...) рецепи-

енту (зрителю, слушателю, читателю, посетителю, прохожему), способному эти смыслы воспринять.

В сфере *идеального* человек может получить самую большую свободу, широчайшие полномочия. Ученые, мыслители, художники, репортеры, изобретатели, а также зрители, слушатели, читатели, учащиеся в самых разных формах выстраивают системы смыслов различного уровня сложности, объема, направленности. Если исключить из безбрежного информационного океана совокупности этих систем смыслов все деструктивные, заведомо и целенаправленно созданные для введения в заблуждение человека (на практике это не так просто), останется то, что необходимо для формирования духовности, внутреннего мира человека, самой *человечности* в самом широком значении, выделяющей людей из животного мира. Однако в данном случае в центре внимания – не функции духовности (а также различные ее проявления, элементы культуры) как таковой, а ее инструментальные возможности в интересах повышения уровня свободы человека.

Вполне очевидно, что человек и общество не могут обходиться без материального компонента своего воспроизводства. С точки зрения некоторых религиозных конфессий, выводов мыслителей прошлого, тело и в целом «материальная оболочка» – не более чем временное «заточение» души на период ее «испытательного срока» перед встречей с Вечностью. Справедливость подобных утверждений выходит за рамки проблем, рассматриваемых в этой части рассуждений. Причем материальная сторона в *этом* нашем мире (а не некоем потустороннем), актуальном для большинства людей, очевидна, поэтому правильнее ее воспринимать как данность, атрибут бытия человека. Такой же атрибут – и мир идей (но не в платоновском смысле, а в качестве системы идей, сформированных и упорядоченных человеком). Но *идеальная сторона* жизни людей в большей степени способствует (приспособлена к) освобождению человека, чем материальная, уже вследствие того, что идеальная составляющая и есть важнейший признак человека.

Преимущества идеальных систем и в том, что почти все они доступны любому человеку, тогда как с материальными объектами, системами, энергией дело обстоит не просто сложнее; конкуренция по поводу пользования ими, не говоря о владении, нередко порождает опасные конфликты. Мера свободы конкретного человека в освоении идеального определяется уровнем его владения языком. Точнее, языками: и естественными – национальными, жестов, мимики... и искусственными, специальными – музыкальным, научным, программирования и т. д. Другими словами, свобода субъекта познания, освоения и, одновременно, своеобразного «потребления», присвоения «идеального объекта» (фрагмента всей необъятной совокупности смысловых систем) ограничивается тем, насколько глубоко и полно субъект владеет различными системами знаков, с помощью которых создаются те или иные духовные ценности. Чем более человек образован, чем больший эстетический, аналитический, коммуникативный, когнитивный опыт он получил ранее, тем большими возможностями он обладает, при этом не только в идеальной или духовной сфере, но очень часто и в практической, материальной. Однако и духовная свобода не лишена противоречий. Обратим внимание лишь на некоторые.

Каждый человек в силу локальных субкультурных, производственно-профессиональных, индивидуальных психологических, мировоззренческих, когнитивных и иных особенностей обладает неодинаковыми возможностями и в освоении языков (в широком смысле духовного опыта, вкуса). У людей формируются различные специфические «техники» восприятия смыслов того или иного типа: члены одного и того же общества не имеют равного и беспрепятственного доступа ко многим идеальным ценностям (от важной информации, имеющей статус тайны, до новейших результатов интеллектуального труда или лучших образцов художественного творчества).

Попытка овладеть дополнительными знаниями, языками, навыками, желает или не желает того овладевающий ими, требует немало ресурсов – от времени до определенного опыта, способностей. Следовательно, процесс подобного освоения вполне можно расценивать и как потерю определенной части свободы. Важно понимать и то, что положительный результат в рассматриваемом процессе овладения духовными ценностями, достигнутая тактическая цель могут не привести к повышению уровня свободы субъекта, тем более свободы в ее первоначальном понимании (до начала освоения новых форм активности, усвоения нового знания), а, напротив, ограничат независимость. Так, Ф. Руда, развивая выводы К. Маркса, рассуждал о свободе рабочего, участника капиталистического способа производства, для которого свобода – это та часть существования, когда он не зарабатывает на жизнь; то есть свобода для него – отсрочка от труда [Руда, Ф., 2020, с. 103]. Для значительной части наемных работников двадцать первого века, в том числе и для некоторых представителей профессий, где используется не физический труд, а, например, организаторские способности или знание определенного сектора регионального или мирового рынка, принципиально мало что изменилось. Свобода их связана с досугом, отпуском, с «отсроченной необходимостью трудиться», а интеллектуальное развитие, получение нового опыта, постижение новых идеальных систем, безусловно, труд. Следовательно, не-свобода?

Другой аспект заключается в том, что искушенность в мире идеального, духовного, умение ориентироваться в смысловом пространстве – когда человек не ограничивается набором несложных этических норм, религиозных знаний (зачастую исключительно мифологического, императивно-догматического характера) или/и довольно ограниченного, минимально необходимого в профессиональной деятельности объема специальной информации (в экономике, праве, фармакологии, машиностроении, логистике...) – неизбежно требует развития этого знания, роста числа «эпистемологических объектов», открывая *бездну идеального*, указывает на обязательность *расширенного воспроизводства смыслов, идей, связей между ними*. Возникает принуждение ко все «более высокому» уровню свободы, движение к которому обязывает субъекта участвовать в системном целенаправленном познании, сотворчестве, творчестве, повелевает постоянно соизмерять апперцептивную, нарративную, императивную составляющие процесса.

В такой строгой и цепкой детерминированности процесса воспроизводства знания свобода как цель отдалается «на второй план» в прямом и переносном смысле. Проще говоря, кому-то из участников этого процесса уже

«не до свободы», кто-то в свободе больше и не нуждается, а для кого-то, «без остатка» погрузившегося в работу, эта погруженность в труд становится своеобразным проявлением свободы (или ее заменителем?).

Можно ли (в качестве отступления, уместного в силу специфики современного характера развлечений и образа жизни) увлеченного специалиста, творческую личность сравнить, например, с геймером, погрузившимся в «виртуальную реальность» (или погрязшим в ней)? Такое сравнение допустимо лишь с формальной, внешней стороны этих явлений, а потому и не стоит их отождествлять.

Третий аспект противоречий, сопутствующий поискам свободы в *идеальном*, связан не столько с процессом познания, сколько с формой идеального (систем смыслов), средствами его существования (бытия). Не стоит забывать атрибутивной зависимости: мысль о действительности – проекция самой действительности. То есть *идеальное* связано с *материальным* (возможны варианты – с идеальным более высокого порядка, ноуменальным, трансцендентным, сакральным). Однако идеальное отражение воспроизводит материальную реальность (и все, что представляет, репрезентирует) с определенными погрешностями, обусловленными состоянием культуры вообще, специальных (регулярных, организованных) форм освоения природы и некоторых других параметрах конкретной социальной системы.

Становится очевидной необходимость повышения строгости и точности передачи смыслов и значений, за которыми скрывается действительность. Понятия доводятся до статуса терминов, термины по возможности подкрепляются категориями или сами выполняют функции категории. Повышается весомость отдельного слова, надежность и стройность всего тезауруса. Вместе с тем растет прочность рамок понятийно-категориальной основы идеальной конструкции, крепнет непроницаемость смысловых барьеров и рамок, чаще требуется (например, организатором процесса) непререкаемость запретов на новации, что в общем-то напоминает догматизм. А он не ассоциируется со свободой.

На противоположном полюсе – рост элементов и модусов тезауруса (значений, смыслов), что усложняет смысловую конструкцию, в которой становится больше соединений и связей, а следовательно, увеличивается число возможных проблемных точек, сомнений, повышается вероятность критики. Чем выше продуманность системы смыслов (например, научной теории), тем меньше свободы в этих смыслах. Они так тщательно подогнаны друг к другу, что их сложно использовать иначе, как в этой системе, не нарушив ее. Чем смелее и свободнее конструкция, тем меньше в ней обоснованности, весомости, обязательности, конкретности. Повышение уровня свободы в обоих вариантах данной проекции оказывается под вопросом.

Ничего не поделаешь. В конце концов, и *степень безумия* – уровень разума, его качество, форма, стадия. Непривычный «тип разума» (характера связи смыслов), вероятно, тоже воспринимается как некая аномалия, девиантность? Во всяком случае, великие научные догадки и открытия, шедевры искусства не создавались среднестатистическим здравомыслящим человеком, практичным и осмотрительным в своей повседневной жизни (что, разумеется, его очевидный плюс и организационный капитал).

Впрочем, ничто не лишает права любого из людей на стремление к свободе и творчеству. Тем более если это опытные мастера, образованные в своей профессиональной области (лучше, когда и в самых общих проблемах и нормах социально-гуманитарной сферы) специалисты.

По результатам своей деятельности человек в лице самых наблюдательных, объективных, самокритичных давно догадался о том, что свобода есть условность. Вместо понятия «свобода», обладающего недостаточно высокой мерой конкретности, инженеры, например, с большей охотой и пониманием оперируют понятиями «надежность», «сложность», «эффективность», «эргономичность», «материалоемкость»...

Так или иначе, научное, интеллектуальное, инженерное, художественное творчество требует времени, ресурсов, определенного, хотя бы минимального, материального физического комфорта. А это уже ограничения и зависимость. Но зависимость другого рода: не тягостная, не подневольная, не болезненная, а напоминающая зависимость любящих друг друга близких людей, зависимость автора от его гениального творения, зависимость преданного патриота от своей родины, зависимость матери от ее ребенка, окутанного нежной неустанной ее заботой.

Впрочем, свобода в любом своем проявлении влекла к себе обывателей и правителей, романтиков и прагматиков, несмышленных учеников и мудрецов, наделяющих сознание человечества определенностью. И каждый из них мог бы обосновать необходимость такого стремления и ценность свободы (хотя бы в своем понимании).

Обсуждение и заключение

При всей сложности понимания сущности свободы, ее практической условности, а в некоторых случаях – и иллюзорности есть все основания смотреть на группу вопросов, вытекающих из этих проблем, с оптимизмом.

Свобода остается своеобразным социальным горизонтом, этико-теоретическим ориентиром, культурной доминантой, от чего ее значение ничуть не умаляется. Напротив, попытки приблизиться к ней становятся дополнительным стимулом усложнения человека, совершенствования его отношений с обществом и природой.

В стремлении обрести свободу реализуется важнейшее свойство человека и одновременно его технология освоения действительности – познавательная активность. Общество аккумулирует и интегрирует устремления и усилия отдельных людей в сложные процессы, национальные и цивилизационные интересы, как коллективный субъект вырабатывает свои цели, планы, инструменты их выполнения. Понимание и ценность свободы в них занимает ключевое место, а познание остается атрибутом решения любых социальных задач, необходимой чертой человеческой жизни (ее образа и стиля, процесса, теории и практики) и социального бытия. Это неотъемлемая часть адаптационного механизма цивилизации к изменениям развивающейся определенным образом природы и к своему собственному усложнению.

Механизм этот сложен бесконечно: и потому, что не поддаются учету все его элементы, фазы, этапы, детали, модусы, и еще в большей степени вследствие того, что он не может не усложняться. Нет и не может быть завершения

этого процесса, достижения идеала. Да и нет такого идеала на *этом свете* (о трансцендентном же можно рассуждать лишь настолько, насколько оно в качестве совокупности понятий усвоено и объяснено людьми со всем их богатым воображением в их же действительности). Это означало бы прекращение движения, смерть, завершение бытия. Свобода человека и общества не может выйти за рамки этого процесса, значит, она и в пространственно-временном вещественном физическом варианте недостижима. Но она необходима как ориентир, как цель, детерминирующая активность и стиль жизни, социальный прогресс в самых разных его проявлениях. А уровень и качество свободы зависят от способности (мастерства, искусства, виртуозности) пользоваться знаниями естественных законов, формировать на их основе и непременно с их учетом правила социальных отношений, взаимодействий, целей и методологию социального развития в самых различных его проявлениях.

Развитие культуры (воспроизводство человеческого, человека, человечества) непременно подразумевает прогресс, совершенствование параметров социума – и как отдельного условно-национального или условно-мультикультурного общества, и как макросоциума – единой человеческой формы существования, его внутренних и внешних связей, элементов и компонентов. Прогресс невозможен без возрастания рационального и этического компонента человеческой активности, без совершенствования социальных отношений, обеспечивающих справедливость, торжество разума, высокую эффективность взаимодействия людей во всех областях конструктивной и позитивной социальной активности общества, без бережного отношения к природе, которую нужно сохранить для будущих поколений. И все это человеком должно совершаться осознанно, добровольно, с интересом, полной ответственностью. С радостью! Всего это стоит добиваться!

Не в этом ли и заключается самое верное проявление свободы...

Список использованной литературы

- Антология мировой философии : в 4 т. Т. 1. Философия древности и средневековья / редкол.: В. В. Соколов, В. Ф. Асмус, В. В. Богатов и др. М. : Мысль, 1969. 576 с.
- Аристотель. Никомахова этика // Сочинения : в 4 т. Т. 4. М. : Мысль, 1983а. С. 53–293.
- Аристотель. Политика // Сочинения : в 4 т. Т. 4. М. : Мысль, 1983б. С. 375–644.
- Бодрийяр Ж. Фатальные стратегии / пер. с фр. А. Качалова ; науч. ред. текста Д. Дамте. М. : РИПОЛ классик ; Панглосс, 2019. 319 с. ISBN: 978-5-386-12457-1.
- Гэлбрейт Р. Смертельная белизна / пер. с англ. Е. Петровой. М. : Иностранка ; Азбука-Аттикус, 2019. 672 с. ISBN: 978-5-389-16029-3.
- Кант И. К вечному миру // Трактаты о вечном мире / сост. И. С. Андреева, А. В. Гулыга. СПб. : Алетейя, 2003. С. 205–241.
- Кант И. Критика практического разума / пер. Н. М. Соколова. М. : Юрайт, 2021. 177 с. ISBN: 978-5-534-14258-7.

Кедров Б. М. Единство диалектики, логики и теории познания. 2-е изд., стереотип. М. : КомКнига, 2006. 296 с. ISBN: 5-484-00427-6.

Краузе К. набросок проекта союза европейских государств в качестве основы всеобщего мира и правового средства предотвращения любых посягательств на внутреннюю и внешнюю свободу Европы // Тракаты о вечном мире / сост. И. С. Андреева, А. В. Гулыга. СПб. : Алетейя, 2003. С. 351–364. ISBN 5-89329-608-7.

Крюссе Э. Новый Киней // Тракаты о вечном мире / сост. И. С. Андреева, А. В. Гулыга. СПб. : Алетейя, 2003. С. 60–114. ISBN 5-89329-608-7.

Платон. Государство // Собрание сочинений : в 4 т. Т. 3 / под общ. ред. А. Ф. Лосева, В. Ф. Асмуса, А. А. Тахо-Годи. М. : Мысль, 1994. С. 79–420. ISBN: 5-244-00385-2.

Руда Ф. Маркс в пещере // Читать Маркса / Ж. Славой, Ф. Руда, А. Хамза ; пер. с англ. Д. Кралечкина ; под науч. ред. С. Щукиной. М. : Изд. дом Высш. шк. экон., 2020. С. 74–125. ISBN: 978-5-7598-2138-0.

Эразм Роттердамский. Жалоба мира, отовсюду изгнанного и поверженного // Тракаты о вечном мире / сост. И. С. Андреева, А. В. Гулыга. СПб. : Алетейя, 2003. С. 29–59. ISBN 5-89329-608-7.

References

Aristotle, 1983a. [Nikomakhova ethics]. In: Aristotle. *Sochineniya* = [Essays]. In 4 vols. Vol. 4. Moscow: Mysl'. Pp. 53–293. (In Russ.)

Aristotle, 1983b. [Politics]. In: Aristotle. *Sochineniya* = [Essays]. In 4 vols. Vol. 4. Moscow: Mysl'. Pp. 375–644. (In Russ.)

Baudrillard, J., 2019. *Fatal'nye strategii* = [Fatal Strategictans]. Transl. from Fr. by A. Kachalov; D. Erase, ed. Moscow: RIPOL Classik; Pangloss. (In Russ.) ISBN: 978-5-386-12457-1.

Erasmus of Rotterdam, 2003. [Complaint of the world, exiled and defeated from everywhere]. In: I. S. Andreeva and A. V. Gulyga, comp. *Traktaty o vechnom mire* = [Treatises on the Eternal World]. St. Petersburg: Aleteya. Pp. 29–59. (In Russ.) ISBN 5-89329-608-7.

Galbraith, R., 2019. *Smertel'naya belizna* = [Deadly Whiteness]. Transl. from Eng by E. Petrova. Moscow: The Inostranka; ABC-Attikus. (In Russ.) ISBN: 978-5-389-16029-3.

Kant, I., 2003. To the eternal world. In: I. S. Andreeva and A. V. Gulyga, comp. *Traktaty o vechnom mire* = [Treatises on the Eternal World]. St. Petersburg: Aleteya. Pp. 205–241. (In Russ.)

Kant, I., 2021. *Kritika prakticheskogo razuma* = [Critique of practical reason]. Transl. by N. M. Sokolova, Moscow: Yurayt. (In Russ.) ISBN: 978-5-534-14258-7.

Kedrov, B. M., 2006. *Edinstvo dialektiki, logiki i teorii poznaniya* = [Unity of Dialectics, Logic and Theory of Cognition]. 2nd ed., stereotyp. Moscow: KomKniga. (In Russ.) ISBN: 5-484-00427-6.

- Krause, K., 2003. [Outline of the project of the Union of European States as a basis for universal peace and a legal means of preventing any encroachments on the internal and external freedom of Europe]. In: I. S. Andreeva and A. V. Gulyga, comp. *Traktaty o vechnom mire* = [Treatises on the Eternal World]. St. Petersburg: Aleteya. Pp. 351–364. (In Russ.) ISBN 5-89329-608-7.
- Kruss, E., 2003. [Novy Kiney]. In: I. S. Andreeva and A. V. Gulyga, comp. *Traktaty o vechnom mire* = [Treatises on the Eternal World]. St. Petersburg: Aleteya. Pp. 60–114. (In Russ.) ISBN 5-89329-608-7.
- Plato, 1994. State. In: A. F. Losev, V. F. Asmus and A. A. Takho-Godi, gen. eds. *Sobranie sochinenij* = [Collected works]. In 4 vols. Vol. 3 Moscow: Mysl'. Pp. 79–420. (In Russ.) ISBN: 5-244-00385-2.
- Ruda, F., 2020. Marx in the cave. In: Zh. Slavoy, F. Ruda and A. Hamza. *Chitat' Marksa* = [Read Marx]. S. Shchukina, ed.; Transl. from Eng. by D. Kralechkin. Moscow: Publishing House of the Higher School of Economics. Pp. 74–125. (In Russ.) ISBN: 978-5-7598-2138-0.
- Sokolov, V. V., Asmus, V. F., Bogatov, V. V., et al., eds., 1969. *Antologiya mirovoj filosofii. V 4 t. T. 1. Filosofiya drevnosti i srednevekov'ya* = [Anthology of World philosophy. In 4 vols. Vol. 1. Philosophy of antiquity and the Middle Ages]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Антюшин Сергей Сергеевич, доктор философских наук, профессор кафедры философии и социально-гуманитарных дисциплин ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, Москва, Новочеремушкинская ул., д. 69).

Sergey S. Antyushin, Dr. Sci. (Philos.), Professor of the Department of Philosophy and Social and Humanitarian Disciplines of the Russian State University of Justice (Moscow, Novocheremushkinskaya St., 69, 117418, Russian Federation).

E-mail: Serg.Ant@list.ru

ORCID: 0000-0001-9341-1834

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 23.08.2021; дата одобрения после рецензирования: 10.09.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 03.11.2021.

Submitted: 23.08.2021; reviewed: 10.09.2021; revised: 03.11.2021.



Freedom of Speech and Freedom of Expression – Where are the Boundaries?

Charles Goddard

*Kutafin Moscow State University of Law, Moscow, Russian Federation
For correspondence: chagoddard@msal.ru; casgoddard@gmail.com*

Abstract

Introduction. We are all too aware of people freely expressing their opinions, often via social media, on other media channels, and in public. Often such opinions are unpalatable to others, and when challenged, the speaker defaults to well-worn phrases along the lines of “but I have the right to free speech” or “I can say what I want, I have the freedom of expression”. However, these are not absolute rights without limit, and the purveyors of such opinions publicly expressed would be well advised to consider the legal boundaries to so called “free speech”. Notwithstanding this advice, however sound, there remains the practical problem of where exactly those boundaries lie.

Theoretical Basis. Methods. The research was based upon comparative and analytical methods of law in the European and American jurisdictions.

Results. An advocate appearing before a Court, arguing either for a party who claims this right has been infringed, or for a state party attempting to justify why there should be a restriction on their ability to speak their mind – has to be able to grapple with where the boundary is and how it should be defined. That “it depends” as to where this boundary is almost goes without saying – dependent for example upon the internal laws of a given State. Yet such laws can be in conflict with wider principles adopted by that State.

The ability to explore the boundaries of a rule or law – and not simply know the wording of the law or rule – and to be able to present persuasive arguments to a decision maker or a decision-making panel is a key skill for an advocate. Our students need to acquire this, and its absence may be easily discerned by asking what they think about a particular matter – and noting whether the opinions are backed up with reasons or whether they are simply personal subjective views with no rationale.

Discussion and Conclusion. As regards Freedom of Expression, two main cases are currently used to teach this skill amongst students undergoing preparation for participation in English language moot court competitions. One is from a European perspective and the second from a comparative law perspective from the USA. These cases (and the principles involved) are discussed in this article. A third European case shows how the European Court might have itself made a mistake. In conclusion there are remarks about how this might be useful in a context that is rather wider than student education.

Keywords: freedom of expression, freedom to receive information, freedom to impart information, duties and responsibilities, interference by public authority, licensing of broadcasting, safeguards against abuse in a democratic society, national security, territorial integrity, public safety, prevention of disorder, prevention of crime, protection of health, protection of morals, protection of the rights of others, authority and impartiality of the judiciary

For citation: Goddard, Ch., 2021. Freedom of Speech and Freedom of Expression – where are the boundaries? *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 68–93. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.68-93.

Свобода слова и свобода самовыражения – где же границы?

Ч. Годдард

*Московский государственный юридический университет имени
О. Е. Кутафина, Москва, Российская Федерация
chagoddard@msal.ru; casgoddard@gmail.com*

Аннотация

Введение. Мы все хорошо знаем, что люди свободно выражают свое мнение через социальные сети, по каналам СМИ. Содержащаяся в таких выступлениях информация может вызывать споры. Тогда тот, кому высказали претензии, заявляет: «У меня есть право на свободу слова» или «Я могу говорить, что хочу, у меня есть свобода выражения». Тем не менее это не абсолютные права без ограничений, и все, кто публично высказывает какие-либо мнения, должны знать о существовании юридических границ так называемой «свободы слова». Остается практическая проблема: где именно лежат эти границы?

Теоретические основы. Методы. Исследование основывалось на сравнительных и аналитических методах права в европейской и американской юрисдикциях.

Результаты исследования. Адвокат, выступающий в суде на стороне, которая утверждает, что это право было нарушено, либо за государство-участника, пытающееся обосновать, почему должно быть ограничение способности выражать свое мнение, должен уметь установить, где граница и как она должна быть определена. То, что «это зависит» от того, где проходит эта граница, почти само собой разумеется, например, зависит от внутренних законов данного государства. Однако такие законы могут противоречить более широким и общим принципам, принятым этим государством.

Способность исследовать границы нормы или закона, а не просто знать формулировку закона или правила, и иметь возможность представить убедительные аргументы лицу, принимающему решение (судье), или группе, принимающей решение, является ключевым навыком для адвоката. Будущим юристам необходимо усвоить это, поэтому в процессе обучения необходимы тренинги по конкретным вопросам с оценкой того, подкреплены ли их мнения доказательствами, или это лишь личные субъективные взгляды, не имеющие четкой аргументации.

Обсуждение и заключение. В настоящее время используются два основных случая для обучения навыку свободы выражения мнения студентов, готовящихся к участию в учебных соревнованиях по английскому языку: с европейской точки зрения и с точки зрения сравнительного права США. Третий случай – европейское дело, показывающее, как Европейский Суд мог совершить ошибку. Эти ситуации (и соответствующие принципы) обсуждаются в статье.

Ключевые слова: свобода выражения мнения, свобода получения информации, свобода распространения информации, обязанности и ответственность, вмешательство органов государственной власти, лицензирование вещания, гарантии от злоупотреблений в демократическом обществе, национальная безопасность, территориальная целостность, общественная безопасность, предотвращение беспорядков, предупреждение преступности, защита здоровья, защита нравственности, защита прав других лиц, авторитет и беспристрастность судебной власти

Для цитирования: Годдард Ч. Свобода слова и свобода самовыражения – где же границы? // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 68–93. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.68-93.

Introduction

Two recent cases have examined the concept of being able to say what you want – in America this is usually referred to as the “Freedom of Speech” and in Europe as “Freedom of Expression.” At a time when the world is more and

more connected than ever before, with media such as social internet platforms, people's opinions can be widely shared almost without restriction. Further, the sharing of certain opinions can inflame situations and polarise viewpoints to extreme positions. Political considerations can weigh in – with views as to what is allowable in a given society – which is perhaps dangerous.

The Rule of Law¹ surely demands that laws are properly made by persons truly accountable to those who elected them – and arguably also that there should be mechanisms to challenge laws where reasonable to do so, and to challenge the decisions of those empowered to make decisions under those laws where those decisions have been made unlawfully. This begs the question, as to whether there should be limits to what people can say and if so where do those limits lie?

These two main cases – *Baldassi v France* (in the European Court of Human Rights) and *Amawi v Pflugerville Independent School District* (in the Texas District Court) – explore these ideas. The judgements – respectively in French and English – offer insights into judicial thinking around this topic, and are worth studying. The European Court has considered Freedom of Expression many times – and a contrasting contemporary (third) case from the European Court is also important (*Willems v France*) because it highlights a possible mistake in judicial thinking. Courts after all are not infallible and this should not be forgotten when reading judgements.

Before turning to the facts of these two cases, some general words on this so called “Right” are worthwhile.

Freedom of Expression under the UN Declaration of Human Rights

The United Nations Declaration of Human Rights (UDHR), in article 19 recognises the right of freedom of expression as a human right:

“Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.”

Few people seem to challenge this wide-ranging statement. Should there really be a complete absence of interference in seeking, receiving and imparting information and ideas? Politically, the Allies² during the Great Patriotic War,

¹ The Rule of Law, by Lord Thomas Bingham [Bingham, T., 2010], former Lord Chief Justice of the United Kingdom is a paperback sized book, highly readable, and arguably the most important law book ever published. The Bingham Centre for the Rule of Law at Cambridge University continues the work espoused in this book. It contains Lord Bingham's view of what the Rule of Law means, and how we recognise it – and also how we can recognise its absence. For anybody considering a career related to justice this book gives much food for thought.

² The Soviet Union of Socialist Republics, United Kingdom, America, (the big three), another eleven allied combatants with governments-in exile (including France, Greece, and the Philippines), and another nine other combatant states (including China, Canada, Australia and New Zealand)

(or Second World War as it is known outside the former Soviet Union territories) adopted as their basic war aims the so called “Four Freedoms.” These were Freedom of Religion, Freedom from Fear, Freedom from Want, and finally, Freedom of Speech. These grand ideas found their realisation in the UHDR, arguably without too much thought as to where boundaries might exist.³ The UHDR is of course not a binding legal document on the signatories.

Freedom of Expression under the International Covenant on Civil and Political Rights

Later, the Right to Freedom of Expression was also recognised in the International Covenant on Civil and Political Rights, (ICCPR)⁴ adopted by the United Nations General Assembly on 16 December 1966, (entering force on 23 March 1976). This document binds its signatories to respect political and civil rights of individuals – which includes the Right to Life, Freedom of Assembly, Electoral Rights, Rights to a Fair Trial, and Freedom of Speech. Currently, this is signed by 173 parties. Russia is a signatory, thanks to the Soviet Union signing it on 18 March 1968, and ratifying it on 16 October 1973 (with it entering force on 23 March 1976 when the requisite number of signatories had ratified it). Articles 18, 19, and 20 cover the field of Freedom of Expression, namely:

Article 18

1. *Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.*

2....

3. *Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.*

4....

Article 19

1. *Everyone shall have the right to hold opinions without interference.*

2. *Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.*

³ In passing it is worth noting that the UHDR was signed at the Palais de Chaillot in Paris, France. The location has never been, to my knowledge, explained or thought about. This is the building that stands behind the camera in the iconic photograph of Hitler in Paris where we see the Eiffel Tower in the background. Hitler of course only visited France once, so this photograph in one of the capitals of Europe is particularly powerful. I think it might well have been chosen as a location for signing a document which stands so fundamentally against everything that Hitler espoused.

⁴ The ICCPR is part of the International Bill of Human Rights, otherwise known as UN General Assembly Resolution 217. Thus It consists of the Universal Declaration of Human Rights (adopted in 1948), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR, 1966) with its two Optional Protocols and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR, 1966). The two covenants entered into force in 1976, after a sufficient number of countries had ratified them.

3. *The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:*

(a) *For respect of the rights or reputations of others;*

(b) *For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.*

Article 20

1. *Any propaganda for war shall be prohibited by law.*

2. *Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.*

We see here the more sensible provisions, almost twenty years later, almost certainly brought about the exigencies of the world order at the time. There is a recognition that the freedom of expression is not without boundaries, yet the articulation of reasons for curtailing this right are arguably rather broadly and vaguely drawn – with words such as “special duties and responsibilities” and thus may “be subject to certain restrictions.”

Freedom of Expression under The European Convention on Human Rights

The European Convention on Human Rights (ECHR)⁵ sees perhaps the strongest encapsulation of the ideas in the UHDR. It was first drafted in 1950 by the Council of Europe which had just been formed. It entered force on 3 September 1953. It is currently signed by the original ten states, and a further 37 including Russia (which signed on 28 February 1996). Those critical of any state’s reputation or record on democratic and human rights standards amongst these 47 states would do well to remember that membership of the Council is open to any European country, provided that they meet specific democratic and human rights standards⁶ – failure to do so can bring sanctions under Chapter 2 Article 8.⁷ Whilst the Council of Europe is by its very nature political, there can sometimes be strong disagreements between alliances.⁸

⁵ Formerly the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁶ See Statute of the Council of Europe, Chapter 2 – Membership, Article 3 “*Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aim of the Council as specified in Chapter I.*”

⁷ “*Any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with this request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine.*”

⁸ A notable example is was the suspension of Russia by the Council of Europe following what was in some circles referred to as Russia “seizing” Crimea and in other circles, known as the voluntary decision of the Crimean people to exercise their right to

Perhaps the most notable provision of the Convention was the establishment of the European Court of Human Rights (ECtHR). This is a well known institution, where any citizen of a Member State can take their case to this Court if they believe their rights under the Convention have been violated by a State party. In the event that the Court finds that a violation has taken place, then the judgement is binding on the state concerned and the State is obliged to execute it. Naturally, all judicial options in the citizen's home country must be exhausted⁹ before an application to this Court can be made – which usually means their case being heard in the relevant domestic Supreme Court.¹⁰

The provisions regarding Freedom of Expression are found in Article 10(1), with the grounds allowing a State to restrict those rights covered in Article 10(2), namely:

“ARTICLE 10 Freedom of expression

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

The Court helpfully publishes what it calls “case law guides” on specific articles. The latest guide for Article 10 was published on 31 December 2020.

rejoin Russia. It is notable that for the latter group, this was clearly an exercise by the Crimean people of Freedom of Expression in so stating this wish. Other Members of the Council disagreed, resulting in Russia's suspension – with readmission to full voting rights only occurring after a five year suspension had concluded on 25 June 2019, despite predictable stalling motions by Ukraine and Georgia.

⁹ Rules of the European Court of Human Rights, Rule 47 clause 3.1(b) requires an applicant to submit with their application *“copies of documents and decisions showing that the applicant has complied with the exhaustion of (the) domestic remedies requirement and the time-limit contained in Article 35 § 1 of the Convention.”*

¹⁰ A useful direction of further research would be to examine cases which were submitted for appeals to relevant Supreme Courts, but which were not accepted due to there being an absence of a point of law which the Court felt demanded its attention. Correspondingly, was the (allegedly) injured party denied an opportunity for redress in the ECtHR? For example, the circumstances of whether a party can appeal to the United Kingdom Supreme Court is covered in the document “A guide to bringing a case to the Supreme Court” which summarises various statutory provisions which themselves may be found in the Administration of Justice (Appeals) Act 1934, the Administration of Justice Act 1960, the Administration of Justice Act 1969, the Judicature (Northern Ireland) Act 1978, the Court of Session Act 1988 and the Access to Justice Act 1999.

Within its 132 pages, one will find the key principles which the Court follows, and includes case law from the leading major cases and recent judgements and decisions. It is worth noting that the decisions of the Court not only decide the cases brought before it, but also clarify, develop rules and safeguard the Convention provisions. This of course supports the entire body of the Contracting Parties – raising the standards of the protection of human rights throughout the community of the Convention States as well as extending human rights jurisprudence within this community.¹¹

In passing, it should be noted that the United Kingdom, through its Human Rights Act 1988 Schedule 1 has incorporated, verbatim, the provisions of Article 10 of the ECHR.

There is a general view in the ECtHR that Article 10 is important, and is applicable not only to “information” or “ideas” that are received favourably or regarded as being inoffensive, or even a matter of indifference. The Article also applies where such communications can offend, shock or disturb. This might come as a surprise, yet the Court firmly opines that a “democratic society” demands broadmindedness, tolerance and pluralism.¹²

The Case-Law Guide to Article 10 is well worth reading for its depth and breadth of judicial thinking on this topic. It covers topics such as applicability and admissibility, and the steps that are considered in coming to a decision. These include:

1. Whether there was an interference with the exercise of the right to freedom of expression and the forms of interference.
2. The “three tests”, namely the lawfulness of the interference, its legitimacy and its necessity in a democratic society.
3. Whether there is any conflict between two rights protected by the Convention and the exercise of balancing here – the leading case being *Perinçek v Switzerland*¹³.
4. The protection of rights of others.
5. The role of any public “watchdog” and any increased protection, duties and responsibilities thereby accruing.
6. Protection of journalistic sources.
7. Preventing disclosure of information received in confidence.
8. Specific protections for so called “whistle-blowers” and for reporting on alleged irregularities by public officials.
9. Freedom of expression and the right of access to State held information.

¹¹ Three cases are particularly noteworthy in this regard: *Ireland v. the United Kingdom*, § 154, 18 January 1978, Series A no. 25, and, more recently, *Jeronovičs v. Latvia* [GC], no. 44898/10, § 109, ECHR 2016, and *Nagmetov v. Russia* [GC], no. 35589/08, § 64, 30 March 2017).

¹² See *Handyside v. the United Kingdom*, [1976] ECtHR 5493/72, § 49; and *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, [1991] 51/1990/242/313 § 59. (Spycatcher case)

¹³ 15 October 2015 (27510/08).

10. Protection of the authority and impartiality of the justice system and freedom of expression. The right to freedom of expression in the context of judicial proceedings and the participation of judges in public debate.

11. Freedom of expression and the legitimate aims of national security, territorial integrity or public safety, and the prevention of disorder of crime.

12. Freedom of expression and the protection of health or morals.

13. Freedom of expression and the Internet.

14. Pluralism and freedom of expression.

15. Article 10 and its relationship to other provisions of the Convention and its Protocols and related issues of interdependency and overlapping.

The American Right of Freedom of Speech

This predates the UN Declaration of Human Rights by some 159 years, and is one of Lord Bingham's "important historical milestones" in the development of the Rule of Law.¹⁴ His reasons are insightful and incisive. He notes that whilst it was not the first attempt to create a document which defined the powers of the different branches of government, it was the first where we see – as the product of high-quality debate and democratic processes – an "enlightened" attempt at creating a strong and effective central government whilst at the same time preserving each State's individual autonomy and the fundamental rights of every citizen within the United States.

The history of the evolution of the American Constitution need not concern us here¹⁵, save to note that a guiding principle was to establish a government with sufficient power for operation on a national level, without infringing fundamental rights. This included the separation of governmental power into three divisions, each with so called checks and balances on those powers to be sure that no one division of government attained supremacy over another. It entered legal effect on the 4th of March 1780, together with ten amendments.¹⁶

The First Amendment to the US Constitution reads:

"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances."

Thus the government is not only prohibited from making any law which establishes an official religion, but also from making any law which prefers one

¹⁴ Discussed: [Bingham, T., 2010, p. 32].

¹⁵ An interesting introduction to its genesis can be found on the White House website <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/the-constitution/>.

¹⁶ The opening words of the US Constitution – "*We the People*" is an affirmation that the government of the United States exists to serve its citizens. The Russian Constitution is similar, and arguably better drafted, encompassing as it does the diverse, yet unified, nature of its citizens "*We, the multinational people of the Russian Federation, united by a common fate.*"

religion over another – or even over an absence of religion.¹⁷ The Pledge of Allegiance to the Flag of the United States – including reference to “under God” is not without controversy, because many Americans in positions of authority – mostly over young schoolchildren and themselves possessing a petty dictator mentality – believe it to be a legal requirement to make it.¹⁸

As regards Freedom of Speech, Cornell Law School has this to say:

“Freedom of speech may be exercised in a ‘direct’ (words) or a ‘symbolic’ (actions) way. Freedom of speech is recognized as a human right under article 19 of the

¹⁷ The Pledge of Allegiance to the Flag, is itself controversial as regards the First Amendment. This pledge, made every day by schoolchildren across America, was first introduced by Colonel George Balch in 1887 *“We give our heads and hearts to God and our country; one country, one language, one flag!”* By 1892, thanks to the Reverend Francis Bellamy, this had been amended to the arguably more reasonable *“I pledge allegiance to my Flag and the Republic for which it stands, one nation, indivisible, with liberty and justice for all”*. Legal requirements for the Pledge first entered force in Public Law 77-623, enacted by the 77th Congress of the United States June 22, 1942. Section 7 reads *“That the pledge of allegiance to the flag, ‘I pledge allegiance to the flag of the United States of America and to the Republic for which it stands, one Nation indivisible, with liberty and justice for all be rendered’....”* God is absent, here, although it had periodically been proposed by various parties, starting with Louis Bowman, in the late 1940s, supported by the lineage-based society “The Daughters of the American Revolution”. Bowman argued that including the words “under God” originated from Lincoln’s Gettysburg Address although not every manuscript version of this Address contains these words. Various religiously connected groups started to use the words “under God”, but the first governmental move to do so came with Representative Rabaut introducing a resolution in 1953 to include these words. No such push had previously succeeded, but President Eisenhower (recently baptised as a Presbyterian in 1953) heard a sermon from the Scottish minister George MacPherson Docherty on the 7th of February 1954. Docherty maintained that the Pledge could be a sentiment of any nation, opining *“There was something missing in the pledge, and that which was missing was the characteristic and definitive factor in the American way of life.”* He cited Lincoln’s words “under God” as defining words that set the US apart from other nations. The result was an Amendment to the Pledge of Allegiance to the Flag by the 83rd Congress, Public Law 83-396, which was signed into law by President Eisenhower on Flag Day, June 14, 1954. Section 7 reads *“The following is designated as the pledge of allegiance to the flag, ‘I pledge allegiance to the flag of the United States of America and to the Republic for which it stands, one Nation under God, indivisible, with liberty and justice for all’”*.

¹⁸ It is not, ever since the case of *West Virginia State Board of Education v Barnette* (1943) where the Supreme Court ruled that students could not be forced to salute the US flag or say the Pledge because it would violate their First Amendment Rights. *“If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion, or force citizens to confess by word or act their faith therein,”* – (Justice Robert Jackson). Further notable cases include *Frazier v. Winn*, (1976) and the arrest of an 11 year old Florida schoolboy in 2019 for refusing to say the Pledge in a Polk County School (charges were subsequently dropped, arguably due to robust social media campaigning and the realisation by the authorities that there were incorrect).

Universal Declaration of Human Rights. The right to freedom of speech allows individuals to express themselves without government interference or regulation. The Supreme Court requires the government to provide substantial justification for the interference with the right of free speech where it attempts to regulate the content of the speech. Generally, a person cannot be held liable, either criminally or civilly for anything written or spoken about a person or topic, so long as it is truthful or based on an honest opinion.....

*The Supreme Court has also recognized that the government may prohibit some speech that may cause a breach of the peace or cause violence. ... less protected categories of speech (include) advocacy of illegal action, fighting words, commercial speech and obscenity. The right to free speech includes other mediums of expression that communicate a message. The level of protection speech receives also depends on the forum in which it takes place.*¹⁹

As might be imagined there is a considerable case law built up over the subject of Freedom of Speech under the First Amendment. The well-known media layer, Ian Rosenberg, in his recent book has outlined a number of the principal cases which define First Amendment freedoms²⁰.

This round up highlights the principle sources of the concept of Freedom of Speech and Freedom of Expression and gives a basic outline of some of the issues which can bear upon and restrict this right. This forms the backdrop to the discussion of the two cases.

Background to the Freedom of Expression cases

As is well known, there is a long-established conflict between Arab people and Jewish people, notably in – but not limited to – the Middle East. Humans have an unpleasant tendency to categorise people by some defining characteristic – for example by nationality, colour, gender, sexual preference, race, or religion – and then to apply discriminatory practices to those people who are different to themselves. One nadir, of many, (and sometimes thought with good reason to be the worst example) is the Holocaust which befell the Jewish people of Europe under Hitler. Quite rightly, the modern State of Israel and various Jewish groups ensure that this is not forgotten.²¹ A notable figure here is Avner Shalev, Chairman of the Yad Vashem Directorate, who has said:

“The presence of witnesses – the remnant who survived – has always ensured a certain moral strength; their increasing absence creates a moral, cultural and educa-

¹⁹ See https://www.law.cornell.edu/wex/first_amendment.

²⁰ [Rosenberg, I., 2021]. For Russian students, learning legal English as an entry point into professional working in the English language, it ranks with Tom Bingham's book as a powerful and incisive insight into concepts such as the value of liberty, the price of freedom, and what it means to be a lawyer championing the rights of those who stand up to be counted. Highly recommended.

²¹ There are two notable examples. The first is the Auschwitz Memorial and Museum (see <http://auschwitz.org/en/>) (*“There is no way to understand post-war Europe and the world without an in-depth confrontation between our idea of mankind and the remains of Auschwitz”*). This organisation tells the story and provides education of the Nazi extermination camp. The second is Yad Veshem, the World Holocaust Remembrance Centre. (see <https://www.yadvashem.org>)

tional vacuum. How will Holocaust commemoration remain relevant to members of the fourth and fifth generations, both Jewish and non-Jewish? What place will it occupy when the survivor generation is no longer with us? Will remembrance be meaningful in the context of contemporary events?.....

We live in an age of instant communication and progressive technology. The world is rapidly advancing through the third millennium under the pressure of an open-market economy, hyper-consumerism, a world communications revolution and a flood of boundary-reducing tourism. However, the benefits to be garnered from the free flow of diverse information are counterbalanced by an unavoidable side effect: the creation of short memories. Many youths today regard history not in the sense of where they have come from, but rather as a bygone series of events that are 'past', while they themselves are living 'post'. This viewpoint is dangerous in that it is disjunctive rather than connective."²²

These insightful comments have much to do with the responsibilities that Freedom of Expression demands. No sane person can have anything but revulsion for the Holocaust and the Nazi regime which operated it. The stain of anti-semitism, discrimination (and worse) against Jewish people, is abhorrent to any right-thinking person who values their position in a pluralistic, democratic, and respectful world society where true human values and rights applicable to all such as described above are considered essential to the Rule of Law.

It should also be mentioned that any such right thinking person must *also* espouse the full range of rights within the documents described above, including the Freedom of Expression. This perhaps finds its sharpest and arguably most emotional difficulty when we consider whether the State of Israel can be legitimately criticised by a person or body without that person (or body) making such a criticism being labelled as being anti-semitic. In certain cases this can lead to being liable to civil or criminal sanction for making these criticisms. Such criticisms can be verbal, written, or physical such as when protesting.

The Israeli – Palestinian conflict is surely one of the world's most enduring conflicts, and there has been an occupation by Israel of the Gaza Strip and West Bank for some 54 years. For those of us who are not from this region, it is probably impossible to fully understand the depth and ramification of this conflict, let alone try to contribute meaningfully to any process which might help bring peace to this part of the world. This year's outbreak of further violence, on Qadr Night (observed by Muslims on 8 May) and Jerusalem Day (9–10 May, an Israeli national holiday) was perhaps more widely reported and covered than ever before with worldwide reactions in all the mainstream media and on social media platforms.

Unsurprisingly, for those from this part of the world, or who have their heritage roots there (both physical familial, and/or on religious grounds), this conflict is a permanent part of their life (and those of their parents and grandparents), and not simply an episode on the news. Palestinians, whose State is

²² These insightful comments surely highlight a major drawback to the modern interconnected world, and the negative effects it can bring.

economically and militarily less strong than Israel, have created a group, called the BDS movement²³ which states:

“The Boycott, Divestment, Sanctions (BDS) movement works to end international support for Israel’s oppression of Palestinians and pressure Israel to comply with international law.”

The BDS movement is based upon the example of the opposition movement which arose against the South African apartheid regime, and it compares the plight of Palestinians to those of apartheid era black South Africans.

By resolution ES-10/14, adopted on 8 December 2003 at its Tenth Emergency Special Session, the General Assembly of the United Nations decided to “urgently” request the International Court of Justice for an advisory opinion on the following question:

“What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the Report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?”

The full text of the Advisory Opinion – which found Israel to be in breach of international law – is a sobering read.²⁴ Whilst it is a very well known opinion, what is perhaps less well known is that there was one judicial dissentment by Dr. Thomas Buergenthal – which does not form part of the main ICJ judgement. What is even less well known is that he was himself a Holo-

²³ See <https://bdsmovement.net>.

²⁴ See <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. The court found a) by fourteen votes to one, that the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, and its associated régime, are contrary to international law, and b) by fourteen votes to one, epe Israel is under an obligation to terminate its breaches of international law. Moreover, that it is under an obligation to cease forthwith the works of construction of the wall being built in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, to dismantle forthwith the structure therein situated, and to repeal or render ineffective forthwith all legislative and regulatory acts relating thereto, in accordance with paragraph 151 of this Opinion; c) by fourteen votes to one, Israel is under an obligation to make reparation for all damage caused by the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem; d) All States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall and not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction; all States parties to the Fourth Geneva Convention [...] have in addition the obligation, while respecting the United Nations Charter and international law, to ensure compliance by Israel with international humanitarian law as embodied in that Convention; e) by fourteen votes to one, The United Nations, and especially the General Assembly and the Security Council, should consider what further action is required to bring to an end the illegal situation resulting from the construction of the wall and the associated régime, taking due account of the present Advisory Opinion.

caust survivor before becoming one of the foremost human rights lawyers of his time.²⁵

Where there are BDS supporters, there are also opponents, who frame laws against them, so called anti-BDS laws the specific provisions of which vary widely. That there should be such widespread provision of such laws strongly suggests that the BDS movement is succeeding in its goals, at least partially, to the point where Israel feels the pressure and pro-Israel supporters feel galvanised to act.

Anti-BDS laws are designed to make it difficult for people and organisations to participate in boycotts of Israel whilst elsewhere anti-BDS resolutions are symbolic and non-binding parliamentary condemnations, either of boycotts of Israel or of BDS itself. Generally, such condemnations accuse BDS of being anti-Semitic and are often followed by laws targeting boycotts of Israel.

Proponents of anti-BDS laws claim that BDS is a form of anti-Semitism, and therefore such laws legislate against hate speech. However, is it *really* anti-Semitic to support a movement whose peaceful goals find their foundation in an ICJ Advisory Opinion, the content of which was largely supported by a distinguished Judge who was also a Jewish Holocaust survivor? Opponents of anti-BDS laws claim that Israel and its supporters are engaging in so called “lawfare” by lobbying (very powerfully) for anti-BDS laws that infringe upon the right to free speech. It is against this background that I now turn to two very interesting cases.

Baldassi v France

On September 26th, 2009 and May 22nd, 2010, eleven Palestinian activists led by a Mr Baldassi, of the so called “*Palestine 68 Collective*”, a group supporting BDS, took part in peaceful and non violent demonstrations using supermarket trolleys filled with Israeli goods. They did so inside and outside the Carrefour supermarket in Illzach, France. They urged customers not to buy these goods imported from Israel, and handed out leaflets which said:

²⁵ Some might consider it predictable that the one Judge, with Jewish roots (and himself being a Holocaust survivor), would cast a dissenting vote to the Opinion of the Court. That would be a great disrespect to the Judge. His Declaration (surprisingly and inexplicably not part of the ICJ document noted above) can be found at <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-178825/>. One his phrases stands out: “*Since I believe that the Court should have exercised its discretion and declined to render the requested advisory opinion, I dissent from its decision to hear the case. My negative votes with regard to the remaining items of the dispositif should not be seen as reflecting my view that the construction of the wall by Israel on the Occupied Palestinian Territory does not raise serious questions as a matter of international law. I believe it does, and there is much in the Opinion with which I agree.*” His famous, and jaw droppingly staggering autobiographical book, “*A Lucky Child*” [Buergenthal, T., 2010] describes how as a nine year old child he witnessed great cruelty and executions. Many acts of bravery on the parts of the victims gave rise to his conviction that “*moral resistance in the face of evil is no less courageous than physical resistance.*” This is surely part of the foundation for non violent Freedom of Expression.

“You can oblige Israel to respect human rights. Boycott Israeli imports. Buying imported Israeli products amounts to legitimising the crimes in Gaza and endorsing Israeli government policy.”

They also wore shirts with the words *“Long live Palestine, boycott Israel”* written on them.

In line with a number of other governments around the world, President Macron sought to outlaw the BDS movement, undoubtedly as a result of pro-Israeli lobbying by strong pressure groups. In 2011, the French Minister of Justice Michèle Alliot-Marie issued an internal memorandum instructing French prosecutors to prosecute any citizens calling for boycotts of Israeli products. So far, the reasons for this memorandum – including any lobbying – do not appear to be in the public domain.

Following this memorandum, prosecutors charged the BDS activists with inciting discrimination under article 24 (8) of the Law on the Freedom of the Press of 1881. Article 24 of the 1881 Act imposes criminal penalties on *“those who, by one of the means set forth at Article 23, incite hatred or violence against a person or group of persons on account of their origin or membership or non-membership of a given ethnic group, nation, race or religion, or his true or supposed sexual orientation or gender identity.”* The purpose of the incitement must be to cause those to whom it is addressed to behave in a discriminatory way against the protected persons. The means referred to in Article 23 are *“speeches, shouts or threats expressed in public places or meetings, or by written words, printed matter, drawings, engravings, paintings, emblems, pictures or any other written, spoken or pictorial aid, sold or distributed, offered for sale or displayed in public places or meetings, either by posters or notices displayed for public view, or by any means of electronic communication.”* (This last item was no doubt a much later amendment to the 1881 law).

The trial court of first instance, the *Tribunal Correctionnel de Mulhouse*, actually acquitted the defendants. But the ruling was appealed by four powerful pro-Israeli groups – The France-Israel Chamber of Commerce, *Avocats sans Frontières*, *L'Association France-Israel* and the *Bureau National de Vigilance Contre l'Antisemitisme* (the Simon Wiesenthal Centre's French associate), to the appeals court, *Cour d'appel de Colmar*. The Court of Appeal convicted the defendants in November 2013 and fined them each 1000 Euros. They were also ordered to pay the court expenses of 28,000 Euros.

They appealed to the Supreme Court, the *Cour de Cassation*, which in October 2015 upheld their conviction. They did so, citing a law that prescribes imprisonment or a fine for parties that *“provoke discrimination, hatred or violence toward a person or group of people on grounds of their origin, their belonging or their not belonging to an ethnic group, a nation, a race or a certain religion.”* In other words, the protesters, including Mr Baldassi, were held to not have the right to freely express their opinions.

Baldassi and others then, having exhausted their domestic remedies, appealed this decision to the European Court of Human Rights (ECtHR). This had to decide whether it was justified to restrict the defendants right to freedom of expression as defined by article 10(1) of the European Convention on Human

Rights. As we saw before, Article 10(2) of the Convention allows for such restrictions if they are “in accordance with law” and “*necessary in a democratic society*.”

Baldassi v France – European Court Decision²⁶

The main issue that the Court had to consider was whether the clear interference by the French State with the applicants’ ECHR Article 10(1) right to freedom of expression (the imposition of criminal penalties) was “necessary in a democratic society” (and therefore justified) for the protection of the “rights of others” under Article 10(2) of the ECHR.

The clear interference referred to was the French law under which they were convicted, namely article 24, subparagraph 8 of the 29 July 1881 Press Law. It is often regarded as the foundational legal statement on freedom of the press and freedom of speech in France, inspired by Article 11 of the (French) Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 26 August 1789.

At the same time, the law imposes legal obligations on publishers and criminalises certain specific behaviours (called “press offences”), particularly concerning defamation. One of the most important reforms instituted by the Press Law was a major reduction in the previously extensive range of activities deemed libelous.

Libel (actually economic libel in this context) is defined therein as “any allegation or imputation of fact striking a blow at the honour or the consideration of a person or a body to which that fact is imputed.” It is generally possible to defend oneself from a libel accusation by demonstrating that the libelous facts are true, though this is not accepted in all cases. An insult (*in-jures*) is defined as “an outrageous express, terms of despise or invectives that do not charge any fact to the insulted person.”²⁷ The Court unanimously found that under the French Law they had been convicted under a law which applied to them.

However, was the interference *legitimate* by reference to the European Convention on Human Rights? The Court, applied its three-part test according to which an interference is justified only if it is prescribed by law, it pursues a legitimate interest and it is necessary in a democratic society – so as to make it lawful within the meaning of Article 10(2) of the ECHR. The test which is generally used is the so called *Perinçek*²⁸ 3 stage test.

²⁶ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-202756%22%5D%7D>.

²⁷ It is difficult to equate the peaceful protest actions and statements of Mr Baldassi with an “outrageous express, terms of despise or invectives that do not charge any fact to the insulted person.” That is, they are not scurrilous statements which have no basis in fact. A prosecution which alleges that it was, and a conviction that confirms this in the eyes of the State is arguably inconsistent with the Rule of Law.

²⁸ *Perinçek v. Switzerland* is a 2013 judgment of the European Court of Human Rights concerning public statements by Doğu Perinçek, a nationalist political activist and member of the Talat Pasha Committee, who was convicted by a Swiss court for publicly denying the Armenian genocide. The judgement was praised by some legal schol-

1. *Prescribed by law*

With regard to the first condition, the Court found that French law contained such a restriction recalling its previous findings of non-violation of Article 7 (a parallel submission by Baldassi, which was unanimously rejected, that he should not have been punished because there was no applicable law). It is not the task of the Court to substitute itself to the competent national authorities, but it falls within its role to assess whether the reasons adduced were proportionate, relevant, and sufficient to justify a restriction of a right protected by the Convention.

2. *Pursuance of a legitimate restriction*

The French measure was in pursuance of a legitimate aim, namely protecting commercial rights – in this case the rights of the producers or the suppliers of products coming from Israel. In Baldassi's case, the Court observed that as interpreted and applied in this case, French law prohibits *any* call for a boycott of products because of their geographic origin, whether Israeli or not. The Court observed that a boycott is above all a means to express political opinions, and that a call for a boycott is aimed at communicating these opinions while calling for specific actions related to them.

3. *Is the restriction necessary in a democratic society?*

However, when looking at this question, the Court considered that such a restriction was *not* necessary in a democratic society, and thus amounted to a violation of Article 10 (despite it being necessary in French eyes for its own internal rules). To come to this conclusion, the Court used the principles in the *Perinçek v. Switzerland* judgement and held the following for Baldassi:

i) Freedom of expression also applies to information and ideas that can offend, shock or disturb. The Court noted that political discourse (as in this case) is by its very nature, a source of controversial arguments and can be acrimonious, and

ii) The adjective “necessary” implies that there is a pressing social need, which leaves Contracting States some leeway in deciding where the boundary lies, but that the Court can ultimately review this in order to assess its compliance with the requirements of the Convention, and

iii) Nonetheless, despite the heated temperatures that can exist in making arguments, it is of public interest – and lawful – that these arguments should take place and exist, except where it degenerates into a call for violence, hate, or intolerance. That is the limit not to be crossed – and where the boundary lies. Crucially, inciting by protest for someone to treat differently is not necessarily the same as inciting to discriminate, and

ars for strongly upholding the freedom of speech. On the other hand, it was widely criticised for overlooking anti-Armenianism and making a double standard between the Holocaust and other genocides. See <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22perincek%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-158216%22%5D%7D>.

iv) The Court firmly rejected the argument put forward by the French Government that Mr Baldassi's actions (and those of his colleagues) could fall into a category where they were calling for hate, violence, discrimination, or intolerance. It was noted that the actions of protest and the words on the leaflets and tee-shirts for which the applicants were criticised concerned a subject of general interest, namely that Israel should respect public international law and the human rights situation in the occupied Palestinian territories. This was, and remains a major contemporary debate, both in France as in the whole international community. These actions and words were a form of political and activist expression;

v) However, where such a call to boycott is joined with an expression of a protesting opinion together with an incitement to differential treatment, that can constitute a call for discrimination against others. If so, any such call for discrimination is instead a form of calling for intolerance. This is, similar to a call for violence or a call for hate, is one of the limits not to be crossed in exercising freedom of expression. Furthermore, with regard to the distinction between incitement to a differential treatment and incitement to discrimination, the Court highlighted that the applicants were never convicted for racist or anti-Semitic remarks, and that their actions did not cause any violence or damage in the supermarket;

vi) In addition, since the actions and statements of the applicants were political and militant in nature, they were particularly protected by Article 10 and could be limited only in exceptional circumstances. In light of the above, the Court concluded that the conviction of the applicants, and thus the restriction on their right of freedom of expression, was not based on a relevant and sufficient ground, and that Article 10 had thus been violated. The Court observed that Article 10(2) leaves very little room for a State restriction on freedom of expression in the area of political discourse or questions of general interest. This must be a key part of the judgement which Member States should take note of.

Finally, France was ordered to pay each applicant 7380 EUR²⁹ in compensation for breaching their Article 10(1) rights under the European Convention on Human Rights.

A third case was mentioned at the beginning of this article. This was a contemporaneous case in the European Court, namely *Willem v. France*.³⁰ This concerned the criminal conviction of a French mayor who had asked the municipal restaurant services to boycott Israeli products. It was held that there was no breach of Article 10.

In this regard, the Court highlighted that a public servant such as a mayor has particular duties and responsibilities, including maintaining a degree of

²⁹ It should be recalled that each one of the litigants in Baldassi was fined 1000 Euros and ordered to pay 28000 Euros costs, some 29000 Euros in total. The damages award thus leaves them rather out of pocket – which given the magnitude of the moral victory is perhaps disappointing.

³⁰ *Willem v. France* – EctHR – 10883/05 Judgment 16.7.2009 [Section V] see <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22002-1409%22%5D%7D>.

neutrality and reserve with regard to the territorial community which he represents as a whole. The Court further noted that the mayor had not promoted a debate or a vote on the matter, thus not encouraging a free discussion on a matter of general interest. The Court stated that ordinary citizens are not bound by the same duties and responsibilities of public authorities, and thus the outcome of *Willem* could not have been analogically applied to this case.

Was *Willem v France* wrongly decided? This is an interesting question to debate within discussion groups on the basis of law, not least on the basis of how a regional mayor comes to office, who are the voters, and the legitimacy of an opinion both as a private citizen and as a public elected official. This exercise is fruitful in encouraging students to expand their ability to forensically dissect judgements and make differentiations and arguments.

Amawi v. Pflugerville Independent School District

This 2019 case involved a lady, Bahia Amawi, who together with a number of other people, found themselves unable to receive Texas State contracts without the requirement to first sign a document certifying that they would not participate whatsoever in any BDS activities. For convenience and brevity, whilst the case involved other parties, I restrict my narrative to Ms Amawi. She is a United States citizen of Palestinian origin, with family members living in Palestine.

Bahia Amawi is a speech therapist, and provides speech therapy for three- to five-year-old children in a school district under contract to the Pflugerville Independent School District. She had been doing this for nine years, and her contract came up for its ten-year renewal. However, before she could renew her contract, Texas State authorities told that she had to sign an addendum which required her to certify that she does not boycott Israel and furthermore will not boycott Israel during the term of her employment.

She refused to sign this addendum because she believed that the “No Boycott of Israel” paragraph “violate[d] [her] First Amendment right protecting her right to advocate for human rights in Palestine.” She was therefore forced to terminate her contractual relationship with the school district. She sued – like any good American.

The root cause was Texas State Senate House Bill 89, passed in 2017. This prevents state entities, such as a school district, from contracting with companies that “boycott Israel”. It states:

A governmental entity may not enter into a contract with a company (or person) for goods or services unless the contract contains a written verification from the company (or person) that it:

- (1) does not boycott Israel; and*
- (2) will not boycott Israel during the term of the contract.³¹*

The term “boycott Israel” is defined to mean

“refusing to deal with, terminating business activities with, or otherwise taking any action that is intended to penalize, inflict harm on, or limit commercial relations

³¹ Tex. Gov. Code § 2270.002.

*specifically with Israel, or with a person or entity doing business in Israel or in an Israeli-controlled territory.*³²

The term “company” includes

*“a for-profit sole proprietorship, organization, association, corporation, partnership, joint venture, limited partnership, limited liability partnership, or any limited liability company, including a wholly owned subsidiary, majority-owned subsidiary, parent company or affiliate of those entities or business associations that exist to make a profit.”*³³

It was referred to as an “Anti-BDS bill” by both Representative King, the Bill’s sponsor and by Governor Gregg Abbott. Representative King described the BDS movement as “economic warfare” and stated that H.B.89 reflects Texas’s disapproval of the movement because “[t]he BDS movement is directed at harming and destroying Israel, pure and simple.” Upon signing the bill, Governor Abbott proclaimed that

“[a]nti-Israel policies are anti-Texas policies, and we will not tolerate [boycott] actions against an important ally.”

Similarly, King stated that

“[t]he bill sends a strong message that Texas stands with its friends,”
and Abbott responded to a news report about this litigation by tweeting
“Texas stands with Israel. Period.”

When asked by a media outlet what motivated him to introduce H.B.89, King provided four reasons:

“First, as a Christian, my religious heritage is intrinsically linked to Israel and to the Jewish people. Second, as an American, our national security is dependent in great part on a strong Israel, often our only friend in the Middle East. Third, as a Texas legislator, our state has a substantial Jewish population and this issue is important to them. Texans have historical ties and do a lot of business with Israel. Fourth, it’s just the right thing to do.”

On the other hand, Ms Amawi said that she took part in the BDS movement because she

“advocate[s] for Palestinian human rights and justice”, and to that end, “support[s] peaceful efforts to impose economic pressure on Israel, with the goal of making Israel recognise Palestinians’ dignity and human rights”.

In court documents she stated that she has “seen and experienced the brutality of the Israeli government against Palestinians.” She testified that the Israeli government cuts off main roads for Palestinians but not Israelis in the West Bank, imposes “curfews that last for weeks” despite the need to obtain groceries or health treatments, closes schools, subjects Palestinians to constant searches, and takes Palestinian children into custody during the night. She noted that she “frequently make[s] economic decisions on the basis of [her] support for Palestine and [her] ethical objections to Israel’s mistreatment of

³² Tex. Gov. Code § 808.001.

³³ Tex. Gov. Code § 808.001.

Palestinians”, including buying Palestinian olive oil and refusing to buy the Sabra brand of hummus because of the company’s connections to Israel.

**Amawi v. Pflugerville Independent School District 2019,
District Court of Texas Decision³⁴**

At trial in the District Court, Ms Amawi (and others) applied for a Preliminary Injunction against the enforcement of H.B.89, alleging that it violated the First and Fourteenth Amendments to the United States Constitution. The First Amendment of course provides that there shall be no Congressional Law abridging the freedom of speech. The Fourteenth Amendment binds the State of Texas to the First Amendment. The State of Texas filed to dismiss the case which under US law is subject to the same standard of review. I will concentrate on Ms Amawi’s motion and the court’s consideration. (Before moving to Ms Amawi’s motion, the court had to consider whether it had so called “subject matter jurisdiction” – which is outside the scope of the topic of this paper, being largely procedural in nature).³⁵

As to the motion, under US Law, in order to grant a preliminary injunction (which is considered an extraordinary remedy), the Court has to consider a number of matters – specifically, the likelihood of success on the merits, whether there is the suffering of harm, considers the balance of equities, and finally has regard to public interest. In this case, the court gave extensive consideration to the first criteria, which is where law on freedom of speech in their jurisdiction can be found.

Firstly the Court looked at whether Ms Amawi has a likelihood of success on the merits of her case. To do this, it considered whether her boycotts are a

³⁴ The full judgement can be accessed at https://casetext.com/case/amawi-v-pflugerville-indep-sch-dist?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_XKFENklrGLHRBPIMm8ZXeDm-6l2esMmuTJkUtsQbW6M8-1633195985-0-gqNtZGzNAjujcnBszQg9.

³⁵ The consideration of “subject matter jurisdiction” involved the Court determining whether it can hear these claims. Firstly does the Court have “standing” under Article III of the Constitution (which limits the jurisdiction of federal courts to “cases” and “controversies.” To meet the Art III standard a plaintiff must demonstrate that she has “(1) suffered an injury in fact, (2) that is fairly traceable to the challenged conduct of the defendant, and (3) that is likely to be redressed by a favorable judicial decision.” Secondly, is there Eleventh Amendment Immunity where an unconsenting State is immune from suits brought in federal courts by her own citizens as well as by citizens of another state. This sovereign immunity, however, does not extend to suits brought against state officers in their official capacities for alleged violations of federal constitutional rights and seeking only prospective and injunctive relief. doctrine allows federal jurisdiction over a suit against a state official in certain situations where that suit seeks only prospective injunctive relief in order to end a continuing violation of federal law. Thirdly, the court considered “ripeness”, which enforces the Constitution’s limit of federal court jurisdiction to ‘cases or controversies’ by preventing premature litigation. A claim is not ripe for adjudication if it rests on contingent future events that may not occur as anticipated, or indeed may not occur at all. Fourthly, the court considered causation showing a causal link between the actions of the School District and the Claimants.

First Amendment protected activity (by reference to whether they are speech, and then whether they are protected speech)?

As to whether Amawi's boycott's were speech, the court considered what students and advocates will undoubtedly encounter, namely dueling precedents.³⁶ The court concluded that Ms Amawi's boycott – her refusal to sign – was indeed speech as it was political. This was the central issue in *Claiborne* (refer below) due to the express holding in that case that the “*non violent elements of petitioners activities are entitled to the protection of the First Amendment.*” Moreover, it did not support the pleadings of Texas that Amawi's boycott was a “mere refusal to buy things” because *Claiborne* recognised that that

“...boycotts are ‘deeply embedded in the American political process’ – so embedded not because ‘refusing to buy things’ is of paramount importance, but because in boycotts, the ‘elements of speech, assembly, association, and petition ... ‘are inseparable’ and are magnified by the ‘banding together’ of individuals ‘to’ make their voices heard.”

However, just because Amawi's boycott was speech, does not necessarily mean it is protected speech – which is what the Court had to consider next. The Court opined that as Amawi's BDS boycotts as they were a form of expression on a public issue rested on what they called the “*highest rung of the hierarchy of First Amendment values.*” Texas challenged Amawi on this issue, citing two cases, one of which interestingly covered political protest by longshoremen (dockside freight handlers) in protest against the Soviet Union's invasion of Afghanistan.³⁷ The court held that *Longshoreman* represented the exception, not the rule on carefully distinguished grounds.³⁸ Texas then tried

³⁶ *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* [1982] 458 US 886 regarding black activists, support the proposition that it is, where a boycott sought to achieve “racial equality and integration” – and the other precedent is *Rumsfeld v FAIR* [2006] 547 US 47 involved several law schools' challenge to the Solomon Amendment, which conditioned the receipt of federal funds on permitting military recruiters to enter campuses. After a lengthy review, the Court considered *Claiborne*, not *FAIR* governed the case. The reasons will be interesting to more advanced students.

³⁷ *International Longshoremen's Association v. Allied International, Inc* [1982] 447 US 455, 467. This involved a secondary boycott under § 8(b)(4) of the National Labor Relations Act was not protected by the First Amendment. Under that statute, a “secondary boycott” is an “unfair labor practice by [a] labor organization,” in which a “union ... induc[es] employees to refuse to handle goods with the object of forcing any person to cease doing business with any other person.” The secondary boycott in *Longshoremen* took the form of a union directive “to stop handling cargoes arriving from or destined for the Soviet Union.” The Court in that instance held that the secondary boycott, though political, was not protected by the First Amendment because it “threaten[ed] neutral parties with ruin or substantial loss” and was “conduct designed not to communicate but to coerce.”

³⁸ The view was held that government may prohibit secondary boycotts “by labor unions... as part of Congress' striking a the delicate balance between union's freedom of expression and the ability of neutral employers, employees, and consumers to remain free from coerced participation in industrial strife.” In Amawi's case,

to argue that Amawi's boycotts were not protected speech because their interpretation of *Claiborne* was that the First Amendment protection extends only to boycotts that vindicate a Constitutional right. The Court did not accept this argument³⁹, and tellingly held that to have Constitutional protection does not turn upon "*the truth, popularity, or social utility of the ideas and beliefs which are offered.*"

Texas then tried another rather cleverer differentiation, namely that Claiborne was not in relation to a boycott directed at a foreign nation. The Judge gave this short shrift, saying that not only was there no authority whatsoever to support the notion that speech has to be concerned only with domestic matters – but went to add that the Supreme Court had held just the opposite.⁴⁰

In doing so, the Judge was referring to a landmark decision by Justice Sandra Day O'Connor (the first woman to sit on the US Supreme Court bench), whose analysis started by explaining that protests at governments were "at the core of the First Amendment" as it was "classically political speech." The Court clearly had no difficulty in holding that Amawi's boycott was indeed a political boycott falling within the ambit of protected speech.

Next, the Court had to consider both content and viewpoint-based discrimination. (When the government engages in content discrimination, it is restricting speech on a given subject matter. When it engages in viewpoint discrimination, it is singling out a particular opinion or perspective on that subject matter for treatment unlike that given to other viewpoints). In doing so, it referred to a 1972 case where it was held that

"...the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content."⁴¹

On this citation, the Judge noted that content-based laws are presumptively unconstitutional and may be justified only if the government proves that they

her BDS boycotts are not a labor union practice coercing participation in industrial strife – thus rendering *Longshoreman* as inapposite

³⁹ Specifically, the Court in Amawi noted that in *Claiborne*, nowhere did the Court suggest that the vindication of a constitutional right is a necessary condition of bringing a boycott within the ambit of First Amendment protection. It further noted that such a requirement would in fact contradict the Supreme Court's recognition that "constitutional protection does not turn upon '*the truth, popularity, or social utility of the ideas and beliefs which are offered*' " – referring to *NY. Times Co. v. Sullivan* [1964] 376 US 254, 271. This is a key point.

⁴⁰ See *Boos v Barry* [1988] 485 US 312, 318-19. The Supreme Court struck down a District of Columbia law as being unconstitutional that prohibited the display of signs criticizing a foreign government within 500 feet of an embassy. The display clause prohibited signs from being displayed if the signs tended to bring the government of the embassy's country into "public odium" or "public disrepute." The congregation clause banned any gathering of three or more people within 500 feet of an embassy, in this case, the Chinese embassy.

⁴¹ *Police Dept. of the City of Chicago v Mosley* [1972] 408 US 92, 95.

are narrowly tailored to serve compelling state interests – and pointed to an even more explicit judgement which said

“If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the Government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable.”⁴²

The political nature of the BDS boycotts was explicitly noted by the Court, who said

“...BDS boycotts express a view on a matter of serious public concern. ‘The relationship between Israel and Palestine is an internationally significant political conflict’ and is ‘the subject of intense international debate.’; see generally (the) United Nations Report on the Israel-Palestine Conflict..... Only two years ago, the United Nations Security Council unanimously adopted a resolution condemning Israeli settlements in Palestinian territory as ‘a flagrant violation under international law’ ”.

Texas tried to point out that some twenty-five states have, since 2015, adopted prohibitions on boycotts against Israel, and on the other hand Amawi submitted that this – specifically H.B.89 – licences one side of the contentious Israeli – Palestinian debate by singling out those who participate in boycotts against Israel for disfavoured treatment. However, the Court found that H.B.89 in this case (it did not consider the other 25 states upon which there was apparently no submission) did not amount to government speech advancing permissible goals. In particular, it found H.B.89 to be

“...presumptively unconstitutional and may be justified only if (Texas) proves that it is narrowly tailored to serve compelling state interests.”

To establish a compelling state interest, Texas maintained that H.B.89 served a compelling interest in prohibiting national-origin discrimination and prohibiting state contractors from violating anti-discrimination principles. The Judge gave this even shorter shrift:

“...It is not....., the Court finds that H.B.89’s plain text, the statements surrounding its passage, and Texas’s briefing in this case reveal the statute to be a viewpoint-based restriction intended not to combat discrimination on the basis of national origin, but to silence speech with which Texas disagrees.”

The statements of Representative King and Governor Abbott were clearly evidence of the intention to silence speech with which they (and their supporters and lobbyists) disagree.⁴³ In a clear unpicking of the statements of King and Ab-

⁴² *Texas v Johnson* [1989] 491 US 397 414.

⁴³ Further comments of the lawmakers were noted, including “Its purpose in enacting it (H.B.89) was to ‘prevent taxpayer resources from supporting businesses which work to isolate Israel from global trade *because Israel is a key ally and trading partner of the United States and Texas.*’” Further, King describes the BDS movement as “*economic warfare that is not something most Texans approve of when it’s aimed against a friend of Texas.*” King reiterates that the nation of Israel is a “*friend*” of Texas when he states that H.B. 89 “*sends a strong message that Texas stands with its friends.*” Although King does state that “[w]e will not tolerate national-origin discrimination

bott, the most essential point stands out – namely that there is a clear difference between a state (in this case Israel) and national-origin (in this case Jewish).

On the other points needed to find in favour of Amawi, there was a need for irreparable harm to have been caused to her. This is clear under US Law⁴⁴, and by reference to the timetable of key events, the Court found that Ms Amawi had injuries which had lasted far longer than a “minimal period of time.” The question of balance of equities lay firmly with Amawi because of the findings that there was prima facie complete violation of Ms Amawi’s First Amendment rights. As to the final point – public interest – thanks to clear case law,⁴⁵ injunctions protecting First Amendment freedoms are always in the public interest.

Discussion and Conclusion

Concluding comments of the Judge in Amawi strike to the heart of the issue of the Freedom of Speech (or Expression), namely

The Court reiterates that this case is about whether Texas may prohibit boycotting the State of Israel as a condition of public employment. It is not about the merits of the significant and contentious public debate surrounding the relationship between Israel and Palestine. In coming to its conclusions, the Court is guided by first principles.

“At the heart of the First Amendment lies the principle that each person should decide for him or herself the ideas and beliefs deserving of expression, consideration, and adherence. Our political system and cultural life rest upon this ideal.”

This is surely not the whole story though. The individual choice as the ideas and beliefs deserving of expression, consideration and expression takes no account of the individual within society, especially a pluralistic society where polarised opinions exist, and a spectrum of intermediate opinions also co-exist between the poles. As with much in the law, there is very little that is “black or white” – yet there are what I call “tipping points” which can persuade one to a view for, or against a certain proposition.

I am unconvinced by the conclusion in Amawi above as the litmus test for such a tipping point, yet I find much in the Judge’s analysis – especially his reference to the landmark judgement of Justice Day O’Connor and his clear disavowal of the content and viewpoint unconstitutionality of Abbott and King’s “justifications” – that gives comfort that the Rule of Law is alive and well.

However, it is in the Baldassi judgement that I find the essence of where the boundary in freedom of expression or free speech to lie. A pluralistic society with all of its advantages also has its darker side where the human tendency to discriminate can flourish. Particularly where we have differences of race and/or religion, we can all too often see heated discussions and conflict. It is here –

against Israel,” it is clear he is referring to the nation of Israel, not the characteristic of Israeli national origin.

⁴⁴ “The loss of First Amendment freedoms, for even minimal periods of time, unquestionably constitutes irreparable injury.” *Elrod v. Burns*, 427 US 347, 373 [1976].

⁴⁵ *Texans for Free Enterprise v Texas Ethics Committee* [2013].

for the Rule of Law to flourish – that the greatest tolerance perhaps needs to be shown and the greatest degree of self-control exercised. Thus, the observations of the ECtHR in *Baldassi* that the boundary not to be crossed is one where arguments remain lawful – that is that there is an absence of calls for violence, hate or intolerance. Inciting others by protest for someone to treat differently is not necessarily the same as inciting to discriminate. That is – it is possible to peacefully protest against the actions or policies of a State without being discriminatory or odious to the people of that nation state (either by heritage, religious connection or direct citizenship).

In general, this review and associated research points the way to further investigations and research topics. Notably this would be those based upon the cases of the ECtHR and the UK and USA, where comparative analysis can highlight similar, and different approaches to one of the most pressing problems of pluralistic society in a Social Media enabled world where too many voices seek to impose their own view of the world upon others.

References

- Bingham, T., 2010. *The Rule of Law*. London: Penguin Press. ISBN: 10014103453X.
- Buergenthal, T., 2010. *A Lucky Child*. New York: Little, Brown and Company. ISBN: 9780316043403.
- Rosenberg, I., 2021. *The Fight for Free Speech: Ten cases that define our First Amendment Freedoms*. New York: Pub NYU Press. ISBN: 978-1479801565.

Список использованной литературы

- Bingham T. *The Rule of Law*. London : Penguin Press, 2010. 213 p. ISBN: 10014103453X.
- Buergenthal T. *A Lucky Child*. New York : Little, Brown and Company, 2010. 218 p. ISBN: 9780316043403.
- Rosenberg I. *The Fight for Free Speech: Ten cases that define our First Amendment Freedoms*. New York : Pub NYU Press, 2021. 312 p. ISBN: 978-1479801565.

Information about the author / Информация об авторе

Charles Goddard, Professor of Law, Department of Legal Modelling and Moot Competitions, Kutafin Moscow State University of Law (MSAL) (9 Sadovaya-Kudrinskaya St., Moscow, 123001, Russian Federation).

Годдард Чарльз, профессор права кафедры правового моделирования Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) (Российская Федерация, 123001, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9).

Email: chagoddard@msal.ru; casgoddard@gmail.com

The author declares no conflict of interests.

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Submitted: 20.10.2021; reviewed: 29.10.2021; revised: 03.11.2021.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 20.10.2021; дата одобрения после рецензирования: 29.10.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 03.11.2021.



Пандемия как драйвер совершенствования законодательства и правоприменения в цифровой среде

М. М. Карелина, Н. В. Бузова

*Российский государственный университет правосудия, Москва,
Российская Федерация
ip_laboratory@mail.ru*

Аннотация

Введение. Внедрение цифровых технологий в жизнь общества и его масштабы требуют адаптации законодательных актов, регулирующих соответствующие отношения. Пандемия, охватившая весь мир, ускорила внедрение цифровых технологий в сферу экономики, здравоохранения, образования и т. д. Технологические изменения учитываются не только в законодательстве, но и в процессе правоприменения.

Теоретические основы. Методы. В статье проводится анализ зарубежных и российских нормативных правовых актов, регулирующих использование цифровых технологий. Рассматриваются статьи зарубежных исследователей, посвященные осуществлению судебной деятельности в период пандемии.

Результаты исследования. В статье отмечаются преимущества внедрения цифровых технологий, а также резкое ускорение внедрения новых телекоммуникационных технологий при осуществлении судебной деятельности, обращается внимание на проблемные вопросы, связанные с совершенствованием законодательства об интеллектуальной собственности и процессуального законодательства, требующие дополнительного мониторинга и исследования действующего законодательства и практики правоприменения.

Обсуждение и заключение. Применение цифровых технологий позволило не останавливать судебную деятельность в период неблагоприятной эпидемиологической обстановки. Однако представляется, что использование цифровых технологий в отношении всех процессуальных действий не должно быть безальтернативным, поскольку в отдельных случаях отсутствие прямого контакта судей и участников процесса не будет способствовать качеству и объективности рассмотрения, что может негативно сказаться на результате рассмотрения дела. Участникам процесса должен быть предоставлен выбор между применением процедур с использованием цифровых технологий и осуществлением процессуальных действий традиционными способами.

Ключевые слова: видеоконференц-связь, законодательство, правоприменение, суд, судебная система, цифровизация, цифровые технологии, электронное правосудие

Для цитирования: Карелина М. М., Бузова Н. В. Пандемия как драйвер совершенствования законодательства и правоприменения в цифровой среде // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 94–115. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.94-115.

The Pandemic as a Driver of Improving Legislation and Law Enforcement in the Digital Environment

Marina M. Karelina, Natalia V. Buzova

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation

For correspondence: ip_laboratory@mail.ru

Abstract

Introduction. The introduction of digital technologies into the life of society and its scale require the introduction of, and adaptation of, legislative acts regulating the relevant relations. The pandemic that has swept the whole world has accelerated the introduction of digital technologies in the economy, healthcare, education, etc. Technological changes are accounted for not only in legislation, but also in the process of law enforcement.

Theoretical Basis. Methods. The article analyses foreign and Russian regulations governing the use of digital technologies. The article considers articles by foreign researchers devoted to the implementation of judicial activities during a pandemic.

Results. The article notes the advantages of introducing digital technologies, as well as a sharp acceleration in the introduction of new telecommunication technologies in the implementation of judicial activities, and also draws attention to problematic issues related to the improvement of intellectual property and procedural legislation, requiring additional monitoring and research of current legislation and law enforcement practice.

Discussion and Conclusion. The use of digital technologies made it possible not to stop judicial activity during an unfavorable epidemiological situation. However, it seems that the use of digital technologies in relation to all procedural actions should not be left unchallenged, since in some cases the lack of direct contact between judges and participants in the process will not contribute to the quality and objectivity of the consideration. This may negatively affect the outcome of the case. Participants in the process should be given a choice between applying procedures using digital technologies and carrying out legal proceedings in traditional ways.

Keywords: video conferencing, legislation, law enforcement, court, judicial system, digitalization, digital technologies, e-justice

For citation: Karelina, M. M. and Buzova, N. V., 2021. The pandemic as a driver of improving legislation and law enforcement in the digital environment. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 94–115. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.94-115.

Введение

Современная ситуация характеризуется экспоненциальными изменениями как в экологии, так и в социальном развитии, при этом данные изменения носят глобальный характер и показывают, насколько уязвима и неустойчива современная среда обитания человека. Появившись более 200 тысяч лет назад [Cavalli-Sforza, L. L. and Feldman, M. W., 2003], человек сосуществовал достаточно гармонично с окружающей средой. Однако с началом технологических революций взаимопонимание начало разрушаться, и в настоящее время мы уже живем в эпоху антропоцена, когда человек оказывает на природу серьезнейшее давление. Условной точкой отсчета новой эпохи предлагается считать 1784 г., когда совершенствование шотландским инженером Джеймсом Уаттом паровой машины Ньюмена позволило использовать ископаемое топливо и положило начало промышленной

революции¹, которая привела к фиксируемым сейчас глобальным изменениям климата и иным техногенным катастрофам.

В то же время XX и XXI вв. характеризуются переходом от социально-экономической ситуации, где доминировало материальное производство, к информационной, где особую ценность приобретает человек и создаваемые им нематериальные объекты, включая результаты интеллектуальной деятельности и информацию. Как указал Ф. Уэбстер, информация является базовым ресурсом взаимодействия между людьми [Уэбстер, Ф., 2004, с. 55].

Все это время мы жили с законодательством, основанным на принципах римского права, основной доминантой в котором являлась вещь как реальный материальный объект. Но современные условия, связанные с «цифровой трансформацией», создают предпосылки для осмысления и совершенствования подходов в правовом регулировании. Место материальных отношений все больше занимают нематериальные, в этой связи современную экономику называют «экономикой знаний». Если обратиться к ретроспективе развития законодательства об интеллектуальной собственности, то можно увидеть, что она четко связана с технологическим и культурным развитием общества. Как уже отмечалось, новая эпоха началась с появлением новых высокоэффективных технологических решений, обусловленных интеллектуальной деятельностью человека, и это поставило перед юристами вопрос, как регулировать то, что не имеет вещественной природы, но кардинально влияет на социально-экономическое развитие.

Еще в XIX в. известный физик Андре-Мари Ампер в своей последней книге «Опыт философии наук, или Аналитическое изложение естественной классификации всех человеческих знаний», вышедшей в 1834 г., говорил, что кибернетика – это наука о социальном и государственном управлении [Поваров, Г. Н., 1977]. Важно, что Ампер считал, что теория законов должна «исследовать происхождение законов, их влияние на общество и выбирать наилучшее право»². Являясь одним из основателей современной физики, он прекрасно понимал важность глубокого анализа социальных отношений при решении вопросов законодательного регулирования.

В настоящее время эти вопросы становятся актуальными, так как мир вступает в новую эру, в которой человек становится важнейшим фактором изменений экосистемы планеты Земля и его влияние уже не может ограничиться конкретной территорией.

Появившийся в последнее время и серьезно обсуждаемый специалистами термин «антропоцен» был придуман для обозначения эпохи, в которую человек стал главным двигателем изменений окружающей среды, влияющим не только на социальные процессы, но и на климат, растительный покров вследствие эксплуатации земель, что приводит к утрате биоразнообразия в результате исчезновения видов (шестое вымирание) и биогеохи-

¹ URL: <https://ru.unesco.org/courier/2018-2/antropocen-nauchnye-spory-realnye-ugrozy>.

² Цит. по: URL: <https://www.computerra.ru/227929/den-rozhdeniya-amperazabyitaya-nauka-o-schaste-chelovecheskom/>.

мическим изменениям. При этом отмечается, что эти негативные изменения за последнее столетие имеют тенденцию к постоянному ускорению³.

Характерно, что подобное развитие связано с ускоряющимся промышленным ростом, и в зависимости от влияния на него инновационных механизмов – негативного либо позитивного – можно строить те или иные модели.

Например, по мнению академика В. А. Садовниченко, «инновационная и циклическая теория экономического развития Шумпетера-Кондратьева ценна тем, что предлагает эффективный механизм преодоления глобального циклического кризиса с последующей депрессией через “запуск и все-стороннее стимулирование штурма нового поколения высокоэффективных базовых технологических инноваций” с целью замещения устаревших производственных технологий и форм организации производства» [Акаев, А. and Sadovnichiy, V., 2021]. Таким образом, принцип цикличности социально-экономического развития связан с развитием инновационной сферы, а в современных условиях это в значительной степени именно информационные технологии, и именно инновации могут оказать влияние на функционирование общества.

Пандемия COVID-19 явилась тестом на адаптацию общества к экстремальным условиям и показала, что четкая регламентация и обеспечение функционирования правовой системы в условиях вынужденной изоляции является существенным фактором минимизации последствий ковидного кризиса. Наряду с этим опыт многих государств показал, что сложившаяся форс-мажорная ситуация может выступить катализатором перехода даже такой консервативной системы, как судебная, к новым технологиям и существенно ускорить процесс цифровой трансформации судебной системы.

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования при написании данной статьи являются российские и зарубежные нормативные правовые акты, касающиеся использования цифровых технологий, в том числе в процессе судебной деятельности, которые были приняты преимущественно после изменения эпидемиологической обстановки. В качестве основного метода при написании данной статьи использовался метод сравнительного правоведения, который позволил сравнить национальные подходы в различных государствах и выявить общие тенденции и особенности использования цифровых технологий в отдельных странах.

Результаты исследования

Факторы, влияющие на правоприменение

Пандемия в определенном смысле стала катализатором изменений законодательства. Так, в Российской Федерации за период с апреля 2020 г. по

³ Подробнее см.: Курьер Юнеско. URL: <https://ru.unesco.org/courier/2018-2/antropocen-nauchnye-spory-realnye-ugrozy>.

сентябрь 2021 г. было принято более 800 законодательных актов⁴, большая часть которых направлена на совершенствование уже известных категорий правоотношений, ряд же актов связан непосредственно с возникшей эпидемией.

Например, Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) дополнен ст. 1360¹, касающейся использования изобретения для производства лекарственного средства в целях его экспорта в соответствии с международным договором Российской Федерации.

Другие законы направлены на учет внедрения новых технологических решений. Современное развитие общества и технологий вынуждает решать многие проблемы в ускоренном порядке, но можно ли это экстраполировать на законодательную деятельность? В последнее время появилось много законов, связанных с цифровыми технологиями, однако очевидна тенденция, при которой технологические аспекты становятся доминирующими. В качестве примеров можно привести Федеральный закон от 24 апреля 2020 г. № 123-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона “О персональных данных”»⁵, Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации»⁶, Федеральный закон от 24 апреля 2020 г. № 122-ФЗ «О проведении эксперимента по использованию электронных документов, связанных с работой»⁷, Федеральный закон от 23 мая 2020 г. № 152 «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования в городе федерального значения Москве»⁸, Федеральный закон от 20 июля 2020 г. № 211-ФЗ «О совершении финансовых сделок с использованием финансовой платформы»⁹, Федеральный закон от 30 декабря 2020 г. № 491-ФЗ «О приобретении отдельных видов товаров, работ, услуг с использованием электронного сертификата»¹⁰, Федеральный закон от 20 июля 2020 г. № 215-ФЗ «Об особенностях исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц, а также возврата просроченной задолженности в период распространения новой коронавирусной инфекции»¹¹ и др.

⁴ См.: Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 2020. № 17. Ст. 2701.

⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5017.

⁷ Собрание законодательства Российской Федерации. 2020. № 17. Ст. 2700.

⁸ Российская газета. 2020. 25 мая.

⁹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2020. № 30. Ст. 4737.

¹⁰ Официальный интернет-портал правовой информации. URL: www.pravo.gov.ru, 30.12.2020, № 0001202012300026.

¹¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2020. № 30. Ст. 4741.

В настоящий момент условный термин «цифровое законодательство» рассматривается в контексте законодательства об информации, информационных технологиях, законодательства о средствах массовой информации и законодательства об интеллектуальных правах [Терещенко, А. К., 2013].

Изменение технологий и отношения к ним не может не отражаться на правовом регулировании правоотношений, связанных с применением таких технологий. Однако в отдельных случаях, несмотря на кардинальные изменения, общий подход сохраняется, а в других можно говорить об изменении правопонимания тех отношений, на регулирование которых направлено меняющееся законодательство. В качестве примера можно привести Закон Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. № 2124-I «О средствах массовой информации», который уже 30 лет определяет базовые положения регулирования правоотношений в сфере массовой информации, несмотря на множественные частные изменения, а также Федеральный закон от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации», претерпевший кардинальные изменения в 2003 и 2006 гг., и сейчас по сравнению с 1995 г. фактически это новый закон, в котором заложены другие принципы, – Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹².

Следуя основополагающему принципу законности, закон должен исполняться – это базовое положение. Но законы, основанные не на реальной оценке общественных отношений, а только на учете технологий, особенно в судебной деятельности, обречены на неисполнимость. Рудольф Иеринг подчеркивал: «...чтоб понимать и применять право, для этого недостаточно одного здравого разума, а необходимы еще: 1) приобретаемая лишь многолетними усилиями и упражнениями своеобразная способность воспринимания, особая искусность отвлеченного мышления, юридическая интуиция, воображение, 2) уметость в обращении с юридическими понятиями, способность легкого перевода понятий из области отвлеченного в область конкретного и наоборот, верный глаз, безошибочность при раскрытии правового понятия в данном правовом казусе (юридический диагноз), словом – юридическое искусство» [Иеринг, Р., 1905, с. 6].

При этом принятие огромного массива норм, как это имеет место в последнее время в сфере «цифровизации», не всегда позволяет признать наличие правовой определенности в этой сфере. В то время как специалисты, например В. В. Ершов, справедливо относят определенность права к важнейшим правовым категориям [Ершов, В. В., 2018, с. 337].

Усиленное внимание к проблеме цифровизации права может оказаться деструктивным и заменить необходимый анализ формирующихся отношений принятием актов *ad hoc* (по конкретному случаю), причем с определением технологических объектов в качестве субъектов правоотношений [Бостром, Н., Кристианини, Д. и Грэм-Камминг, Д. 2019]. Хотелось бы отметить, что еще И. Кант в работе «Основоположения к метафизике нравов»

¹² Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3448.

провел разделение между предметами (*die Wesen*), если они не наделены разумом, представляют только относительную ценность как средства и называются поэтому вещами, и разумными существами называемыми лицами, так как их природа уже выделяет их как цели сами по себе [Кант, И., 1994, с. 204–211]. Поэтому вопрос о правосубъектности искусственного интеллекта вряд ли актуален в настоящее время, а вот ответственность и определение субъектов правоотношений, связанных с его использованием, нуждается в серьезной проработке и научной дискуссии.

В последнее время активно публикуются статьи про цифровые права, искусственный интеллект, экспериментальные правовые режимы в сфере цифровых инноваций, однако в них мало уделяется внимания тем социальным и экономическим процессам, которые возникают в связи с цифровой трансформацией. К обязательным элементам принципа правовой определенности относят ясность и точность нормативных актов¹³. Но, определив, что цифровые права являются обязательственными правами (ст. 141¹ ГК РФ), законодатель практически не раскрывает существа возникающих по их поводу правоотношений. Мнений юристов и вариантов толкования этих норм множество, но можно ли говорить об эффективном правоприменении и правовой определенности в данном случае? Отсутствие должной правовой определенности не будет способствовать единообразному принятию судами решений при рассмотрении одинаковых ситуаций, поскольку правотворчество, правопонимание и правореализация являются взаимосвязанными категориями [Ершов, В. В., 2017]. Принятие законов, применение которых в судебной практике будет затруднено из-за их неопределенности, не может быть оправдано быстрой цифровизацией. В 90-е годы прошлого века подобная ситуация имела место с законодательством об информатизации, но реальное применение этих норм стало возможно только после пятнадцатилетней дискуссии и существенной доработки норм.

Правовая определенность способствует не только лучшему пониманию участниками правоотношений, на какой именно эффект они могут рассчитывать, вступая в такие правоотношения, но и более эффективному применению судебными органами соответствующего законодательства для объективного принятия решения в случае возникновения споров между участниками правоотношений. Учет цифровой трансформации при совершенствовании законодательства должен позволять судам однозначно толковать используемые в законах термины и нормы, отягощенные техническими составляющими, и применять положения «цифрового» законодательства.

Пандемия – естественный ускоритель внедрения современных технологий

Учитывая экстремальную скорость развития событий, особенно в связи с пандемией, и осознавая важность обеспечения деятельности судов как важнейшего института защиты прав граждан, многие государства при-

¹³ Решение Суда Евразийского экономического сообщества от 10 июля 2013 г. по делу № 1-6/1-2013. Доступ из справочной правовой системы «Консультант-Плюс».

няли специальные законы ограниченного срока действия, устанавливающие порядок дистанционного функционирования судов. При этом следует учесть, что судебные системы развитых стран начали переход к использованию цифровых технологий значительно раньше. Например, представители высших судебных органов 12 стран обсуждали вопросы адаптации судебных процедур к новым технологическим реалиям еще в 2018 г. на International forum on online courts¹⁴. В странах Западной Европы уже в середине прошлого века задумывались над применением «электронно-вычислительных методов для решения сугубо правовых профессиональных задач» [Афанасьев, С. Ф., 2021, с. 4].

Деятельность судов – это прежде всего формализованные процедуры, закрепленные законом, что является гарантией справедливого судопроизводства. Непосредственное участие сторон или их представителей в процессе всегда рассматривалось как возможность донесения до суда всех значимых доказательств. В то же время современные технологии предоставляют возможность взаимодействия сторон и суда в дистанционном режиме, что существенно упрощает и ускоряет судебный процесс. Использование информационных технологий в целом направлено на оперативность и гласность [Кайль, Я. Я. и Усанова, В. А., 2021], «повышение качества, доступности и открытости правосудия» [Гриценко, Е. В. и Ялунер, Ю. А., 2020].

При этом применение технологий порождает новые вопросы: возникают проблемы с идентификацией личности, представлением и оценкой доказательств и т. д.

Российская Федерация, как и другие ведущие страны, взяла курс на создание электронного правосудия. Еще до начала пандемии элементы электронного правосудия активно внедрялись в судебную систему. Так, Федеральной целевой программой «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы»¹⁵ было предусмотрено внедрение цифровых технологий в деятельность судов и формирование электронного правосудия [Ярошенко, Т. В., 2021]. Концепция развития информатизации судов до 2020 года определяет электронное правосудие через процессуальные действия, основанные на использовании информационных технологий (п. 1.3)¹⁶. В Российской Федерации электронное правосудие предполагает возможность подачи в судебные органы документов в электронном виде, получение в электронном виде извещений, в частности о проведении судебных заседаний, отслеживание информации в электронном виде о статусе рассмотрения дела, представление доказательств в электронном виде, аудиопрото-

¹⁴ URL: <https://www.gov.uk/guidance/international-forum-on-online-courts-3-and-4-december-2018#forum-reflections-and-summary>.

¹⁵ Постановление Правительства Российской Федерации от 27 декабря 2012 г. № 1406 «О Федеральной целевой программе “Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы”» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 1. Ст. 13.

¹⁶ Концепция развития информатизации судов до 2020 года, утвержденная постановлением Президиума Совета судей Российской Федерации от 19 февраля 2015 г. № 439. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

коирование в процессе заседания, использование видеоконференц-связи, изготовление судебных актов в электронном виде и удаленный доступ к судебным документам в электронном виде [Ярошенко, Т. В., 2021]. Как отмечает В. В. Момотов, «дополнительный импульс использованию и развитию новых технологий» в судебной системе Российской Федерации придала пандемия [Момотов, В. В., 2021, с. 2].

Процесс цифровизации судов активно обсуждается в профессиональном сообществе последние 10 лет. Перспективы развития цифровой юстиции неоднократно рассматривались в научных публикациях. Вопросы электронного правосудия обсуждаются, например, в статьях С. Ф. Афанасьева [Афанасьев, С. Ф., 2021], Л. В. Борисовой [Борисова, Л. В., 2020], В. Е. Вязовцевой и А. А. Миронова [Вязовцева, В. Е. и Миронов, А. А., 2020], Ю. А. Канцера [Канцер, Ю. А., 2021], В. В. Момотова [Момотов, В. В., 2021], Н. А. Петухова [Петухов, Н. А. и Чижов, М. В., 2015], В. И. Поправко [Поправко, В. И., 2020], Н. И. Соловяненко [Соловяненко, Н. И., 2019], А. Е. Солохина [Солохин, А. Е., 2019], А. П. Фокова [Фоков, А. П., 2021] и других.

Однако реальные, обусловленные COVID-19 события внесли новые решения в формирование «цифровых» судов. Экспоненциальный рост влияния сети «Интернет» на жизнь общества привел к тому, что суды, особенно рассматривающие дела, связанные с нарушениями в сфере интеллектуальной собственности, оказались вынуждены обратить на цифровые технологии особое внимание.

Пандемия серьезно отразилась на деятельности судов во всем мире. С одной стороны, она значительно ускорила процессы внедрения цифровых технологий, с другой стороны, многие страны в режиме изоляции были вынуждены принимать специальные меры, издавать специальные нормативные правовые акты либо расширять сферу применения цифровых технологий в судебном процессе. Широкое распространение в условиях пандемии получает видеоконференц-связь.

Следует отметить, что государства с хорошо функционирующими авторитетными судами не совершали каких-либо экстренных действий по изменению законодательства, в то время как страны с переходной экономикой принимали активные меры по созданию условий для применения информационных систем и создания условий для дистанционного рассмотрения дел.

В законах ряда зарубежных государств, принимаемых в связи с пандемией, специально оговаривались особенности деятельности судов, в других странах решения о порядке функционирования судов были отнесены к компетенции региональных судов, но во всех случаях основной упор был сделан на дистанционное рассмотрение дел и, соответственно, внедрение цифровых технологий в судебный процесс. В этом смысле за последние полтора года цифровизация судебной деятельности в мире перешла на качественно новый уровень. Активное обсуждение внедрения цифровых технологий в судебную деятельность и создание интернет-судов началось только в последние годы, и в большинстве стран информационные технологии применялись для оптимизации документооборота и в порядке исключения для видеоконференц-связи. В этом смысле судебная система серьезно от-

ставала от развития современных интернет-технологий и трансформации гражданских правоотношений в цифровую сферу.

Попытки создания новых судов в рамках традиционной системы отмечались еще до начала пандемии.

Так, в феврале 2001 г. Палата представителей штата Мичиган внесла законопроект о создании «киберсуда» в рамках существующей судебной системы штата [Freetan, E. H., 2005, p. 5]. Создание такого суда предполагало привлечение специализированных судей и технологически продвинутых процедур и методов для ускорения судебных разбирательств. Слушания в таком суде проводятся с применением электронных средств связи, включая, но не ограничиваясь видео- и аудиоконференциями и интернет-конференциями. Информация может быть подана онлайн, доказательства могут быть просмотрены с помощью потокового видео, устные заявления возможны с помощью телеконференций, и допускается представление информации по электронной почте [Freetan, E. H., 2005, p. 6].

Эпидемия заставила все судебные системы адаптироваться к новым условиям и принять цифровую эпоху как данность, которая формирует и одновременно трансформирует окружающий нас мир. В целом форс-мажорные обстоятельства оказались катализатором интеграции интернет-технологий в достаточно консервативную судебную деятельность. В основном это коснулось осуществления гражданского процесса.

Так, в *Австрии, Великобритании* и ряде других стран были приняты специальные законы о COVID-19, положения которых внесли изменения в деятельность судов.

В *Австрии* вступивший в силу 22 марта 2020 г. Закон о COVID-19¹⁷, среди прочего, внес поправки в процедуры гражданского судопроизводства в связи с борьбой с пандемией COVID-19. Этот Закон предусматривает, что, если устное слушание строго необходимо, оно может проводиться без личного [физического] присутствия сторон с использованием соответствующих технических средств связи [видеоконференц-связь].

До пандемии коронавируса гражданские суды в *Англии и Уэльсе* требовали в большинстве случаев от тяжущихся лиц лично явиться. Общие правила гражданского судопроизводства, регулирующие практику гражданских судов Англии и Уэльса, разрешают использование видеоконференц-связи, чтобы свидетели могли давать показания удаленно. 26 марта 2020 г. судебные органы Англии и Уэльса выпустили Протокол о дистанционных слушаниях в ответ на пандемию коронавируса и поправки, внесенные Законом о коронавирусе 2020 г.¹⁸ В протоколе отмечается, что «дистанционные слушания следует использовать максимально с целью проведения как можно большего количества слушаний удаленно для минимизации риска заражения COVID-19»¹⁹.

¹⁷ 2. COVID-19-Gesetz // BGBl. I Nr. 16/2020. URL: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2020_I_16/BGBLA_2020_I_16.html.

¹⁸ Coronavirus Bill, Explanatory Notes. URL: <https://perma.cc/6TQC-R4Z4>.

¹⁹ Judiciary of England and Wales, Civil Justice in England and Wales Protocol Regarding Remote Hearings.

В целом в *Великобритании* в связи с пандемией Правила гражданского судопроизводства²⁰ были дополнены Практической директивой 51Y²¹, которая вступила в силу 25 марта 2020 г. В этой Директиве разъясняется, что суд может проводить удаленное слушание в закрытом режиме, если его нецелесообразно транслировать в здании суда и это необходимо для отправления правосудия. Только в случае невозможности дистанционного слушания и при принятии надлежащих мер безопасности допускаются слушания, требующие физического присутствия сторон и иных лиц, участвующих в деле²². В дополнение к имеющимся у судов полномочиям по использованию информационных технологий в Закон о коронавирусе 2020 г. было включено положение, позволяющее перейти к полностью виртуальным слушаниям²³. Дополнения Правил гражданского судопроизводства, касающихся видео- или аудиослушаний во время пандемии коронавируса, прекратят свое действие в связи с прекращением действия Закона о коронавирусе 2020 г.²⁴

В *Канаде* для судов были изменены процессуальные правила, а также установлены протоколы для решения «неотложных вопросов» посредством телеконференции или видеоконференции [Cseh, Ch., et al., 2020, p. 6]. Под неотложными понимаются вопросы:

- нерешение которых может привести к значительным финансовым потерям;
- об исполнении судебных приказов;
- связанные с выселением из коммерческих и жилых помещений;
- затрагивающие интересы детей и др. [Horkins, Ch., 2020].

В *Канаде в Британской Колумбии* в период пандемии получило распространение виртуальное разбирательство посредством аудио- и видеоконференц-связи (включая телефонную связь и платформу Microsoft Teams). При этом судебные органы проинформировали участников процесса о необходимости соблюдения «этикета удаленного присутствия».

В *Ирландии* вопросы, связанные с рассмотрением дел в условиях пандемии, отнесены к компетенции высшей судебной инстанции, на которую возложена ответственность за их реализацию и соблюдение в условиях дистанционной работы всех требований закона. В целом с момента начала пандемии COVID-19 суды Ирландии сократили количество рассматриваемых дел и установили критерии для определения приоритетности дел. Они

²⁰ The Civil Procedure Rules 1998. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/contents/made>.

²¹ Ministry of Justice, Civil Procedure Rules, Practice Direction 51Y – Video or Audio Hearings During the Coronavirus Pandemic 4. URL: <https://perma.cc/UX6C-6MBJ>.

²² Message from the Lord Chief Justice, Courts and Tribunals Judiciary, Review of Court Arrangements due to COVID-19 (Mar. 23, 2020). URL: <https://perma.cc/36KL-ECKT>.

²³ Coronavirus Act 2020. URL: <https://perma.cc/X6JV-UHK3>.

²⁴ Ministry of Justice, Civil Procedure Rules, Practice Direction 51Y, supra note 15; Coronavirus Act 2020. URL: <https://perma.cc/8NYT-WPUR>.

также внедрили процедуры, гарантирующие, что «значительная часть судебного администрирования упрощается в электронном виде, чтобы избежать необходимости посещать офисы суда»²⁵.

В *Сингапуре* с началом пандемии Верховный судья Сингапура дал указание судам расширить использование электронных средств для проведения слушаний в рамках «мер предосторожности»²⁶. Для реализации этих положений были опубликованы циркуляры, в которых подробно описывалось использование видеоконференц-связи и телефонных конференций для различных типов слушаний²⁷. Все слушания по гражданским делам должны проводиться с помощью видеоконференц-связи или электронной почты.

В *Российской Федерации* Постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации, Президиума Совета Судей Российской Федерации от 18 марта № 808 на период с 19 марта по 8 апреля 2020 г. российским судам также было рекомендовано «инициировать рассмотрение дел путем использования системы видеоконференц-связи» [Бурдина, Е. В. и Зуев, С. В., ред., 2021, с. 70]. Использование цифровых технологий, включая видеоконференц-связь, для осуществления судебных действий в Российской Федерации допускается Гражданским процессуальным кодексом Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ и Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ.

В части внедрения технологий в деятельность судов наиболее показательным является опыт *Китая*, который еще до пандемии, с 2017 г., начал создавать интернет-суды. В августе 2017 г. Верховный Народный Суд Китая (SPC) учредил первый интернет-суд в Ханчжоу. Выбор данного города не случаен, поскольку в нем находится основной офис Alibaba, являющейся крупнейшей в мире торговой онлайн-платформой. В связи с данной онлайн-платформой ежегодно рассматривается чрезвычайно большое количество споров в сфере электронной коммерции, и до учреждения специального суда эти споры приходилось рассматривать судам в Ханчжоу, что создавало дополнительную судебную нагрузку и негативно сказывалось на качестве рассмотрения споров. Затем интернет-суды были учреждены в крупнейших городах Пекине и Гуанчжоу. Интернет-суды занимаются рассмотрением споров, возникающих вследствие нарушений авторских прав

²⁵ Statement of the Chief Justice and the Presidents of Each Court Jurisdiction, Courts Service (Mar. 31, 2020). URL: <https://perma.cc/SH7Y-5D5Y>.

²⁶ Message from Chief Justice Sundaresh Menon, The Singapore Judiciary's Response to COVID-19 (Mar. 26, 2020). URL: <https://perma.cc/WA7T-DBHN>.

²⁷ In the Supreme Court of the Republic of Singapore Registrar's Circular No. 3 of 2020 (Mar. 27, 2020) (Supreme Court Circular). URL: <https://perma.cc/K5CE-9YW4>; In the State Courts of the Republic of Singapore Registrar's Circular No. 5 of 2020 (Mar. 27, 2020) (State Courts Circular). URL: <https://perma.cc/HLH6-A8U4>; In the Family Justice Courts of the Republic of Singapore Registrar's Circular No. 1 of 2020 (Mar. 27, 2020) (Family Justice Courts Circular). URL: <https://perma.cc/4W62-FXWJ>.

в сети «Интернет», прав на доменные имена, в связи с заключением договоров купли-продажи в сети «Интернет», договоров о предоставлении интернет-услуг, а также кредитных договоров в сети «Интернет».

В целях усиления судебной защиты прав интеллектуальной собственности и создания здоровой деловой среды 26 декабря 2020 г. учрежден Суд по интеллектуальной собственности порта свободной торговли Хайнань. К юрисдикции этого Суда относятся гражданские и административные дела об интеллектуальной собственности по первой инстанции, касающиеся патентов, ноу-хау, программного обеспечения, топологий интегральных схем, товарных знаков, а также рассмотрение споров о монополиях и других споров, касающихся применения современных технологий²⁸.

В дополнение к 3 трибуналу по рассмотрению гражданских дел в сфере интеллектуальной собственности Верховного Суда Китая создан Верховный Народный Суд по интеллектуальной собственности, который официально начал свою работу 1 января 2019 г.²⁹ Суды по интеллектуальной собственности в Китае создаются и на региональном уровне, например, 26 апреля 2020 г. в Синьцзяне открылся первый суд по правам интеллектуальной собственности³⁰.

Но если интернет-суд Ханчжоу в основном рассматривает споры в связи с заключением договоров купли-продажи в сети «Интернет», дела в Пекине более разнообразны, доминируют споры в связи с нарушением в сети «Интернет» прав в области интеллектуальной собственности. Основную специфику рассматриваемых споров в Гуанчжоу определяет тот факт, что данный город является центром компьютерной индустрии Китая. При этом общей характеристикой этих судов является рассмотрение дел в режиме онлайн.

Определяя процессуальные особенности рассмотрения дел в онлайн-режиме, Верховный Суд Китая требует, чтобы судебные процессы в сети «Интернет» соответствовали принципам личного судебного разбирательства и принципу «прямой речи», поэтому суд должен проводить судебное разбирательство с помощью онлайн-видеосистемы, а не полагаться исключительно на графическое или голосовое общение.

Основная часть доказательств по делам, рассматриваемым интернет-судами, представляет собой электронные данные и хранится в сети «Интернет». Таким образом, проверка их подлинности осуществляется с помощью технических средств. Например, если сторона собирает и фиксирует электронные доказательства с помощью электронных подписей, доверенных временных меток, проверки хэша и блокчейна, интернет-суд может полагаться на вышеупомянутые методы для проверки подлинности таких доказательств³¹. В качестве базовой эти суды используют платформу

²⁸ URL: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/ip-court-of-hainan-free-trade-port-established>.

²⁹ URL: <http://enipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-49.html>.

³⁰ URL: http://english.court.gov.cn/2020-04/28/content_37535482.htm.

³¹ URL: https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2020-03/02/c_240.htm.

China Judicial Process Information Online, управляемую Верховным Судом, а также свои платформы для судебных разбирательств, электронную почту, учетную запись мгновенных сообщений или другие электронные средства.

К моменту наступления пандемии в 2020 г. у китайских судов был накоплен значительный опыт по рассмотрению дел в онлайн-режиме.

Так, с 3 февраля 2020 г. по 4 сентября 2020 г. китайские суды в режиме онлайн зарегистрировали 4,543 млн дел, провели 0,606 млн судебных процессов, провели медиацию 2,032 млн раз³².

Китайская судебная система использует сложную ситуацию, возникающую в связи с пандемией, для дальнейшего развития и тестирования применения современных технологий в судебной деятельности. Поскольку в силу специфики экономического развития Китая крайне важно взаимодействие и обеспечение высокого уровня судебной защиты иностранных субъектов на территории Китая, предложена модель трансграничного онлайн-разрешения споров³³ в постпандемическую эпоху.

Отмечается необходимость дальнейшего развития интеграции интернет-технологий в судебную деятельность, причем не только на уровне специализированных судов. Верховный Суд Китая еще 14 января 2020 г. принял Акт № 49 «Уведомление Верховного Народного Суда об усилении и стандартизации судебных разбирательств в интернете в период предотвращения и контроля пандемии коронавируса»³⁴. В названном Акте устанавливался порядок проведения судебных разбирательств в режиме онлайн в период предотвращения и контроля эпидемии. В этих целях всем судам рекомендовано использовать в своей деятельности интернет-технологии, включая платформу микросудов China Mobile и другие онлайн-платформы, для судебных разбирательств. Дополнительно Верховный Суд Китая выпустил три руководящих заключения по вопросам, касающимся законного и надлежащего рассмотрения дел в условиях пандемии («Руководящие заключения Guiding Opinions» – аналог постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации) по вопросам применения понятий «форс-мажор», «трудовые», «контрактные» споры и другие споры, связанные с эпидемией коронавируса³⁵.

Отличительной чертой деятельности китайских судов в условиях пандемии по внедрению интернет-технологий является исключительно активная позиция Верховного Суда Китая, в результате которой большинство судов Китая, включая самые удаленные районы, могут использовать рассмотрение дел онлайн.

³² URL: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/supreme-court-promotes-cross-border-odr-in-post-pandemic-era>.

³³ Cross-border online dispute resolution ODR.

³⁴ URL: <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-220071.htm>.

³⁵ URL: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/supreme-court-s-response-to-covid-19-pandemic-in-2020>.

Во многих государствах Европы все вопросы адаптации судов к COVID-19 решались на уровне высших судебных органов, и только в нескольких странах были приняты специальные законы о деятельности судов в новых условиях. В странах, где судебная система еще до пандемии уделяла большое внимание интеграции новых технологий в судебный процесс и формированию процессуальных норм в соответствии с новыми условиями, таких как Израиль, Китай, Сингапур, форс-мажорные обстоятельства выступили мощным стимулом качественного перехода к новым условиям функционирования судов. В то же время в странах с достаточно эффективной традиционной судебной системой (большинство европейских стран) информационные технологии рассматривались только как технологическое средство (инструмент), обеспечивающий более эффективную работу судов.

Таким образом, активное внедрение цифровых технологий позволяет даже в условиях ограниченного личного участия в судебном процессе в связи с эпидемиологической обстановкой рассматривать дела в судебном порядке. Технические средства обеспечивают соблюдение эпидемиологических требований и создание более безопасных условий для отправления правосудия. Удаленный режим посредством видеоконференц-связи позволяет принимать участие в заседаниях лицам, находящимся в отдаленных регионах. Особенно удаленный режим участия актуален для государств, имеющих большую территорию.

В российских научных исследованиях высказаны мнения о том, что внедрение современных средств «электронного судопроизводства» в судебную деятельность предполагает замену существующей модели правового регулирования отношений в сфере использования систем видеоконференц-связи на новую информационно-правовую модель «Суд-Компьютер» [Чижов, М. В., 2013, с. 5]. Однако целесообразнее говорить скорее об интеграции технологий и их учете, а не о замене существующих правовых моделей. Несомненно, что использование цифровых технологий в ходе осуществления правосудия является одним из способов повышения эффективности судебной деятельности [Петухов, Н. А. и Чижов, М. В., 2015, с. 17].

В то же время использование технических средств, в том числе видеоконференц-связи, может иметь негативные аспекты. Для осуществления видеоконференц-связи судебные органы устанавливают особые требования к техническим средствам и программному обеспечению. Учитывая, что участники могут находиться в разной экономической ситуации (наиболее актуален данный аспект для физических лиц), не все лица могут соблюсти установленные технические требования.

При безальтернативном использовании цифровых технологий, в том числе видеоконференц-связи, может иметь место ущемление прав на судебную защиту, поскольку не всегда обеспечено справедливое судебное разбирательство в том, что связано с доступом к правосудию, ибо некоторые лица не имеют достаточно средств и возможностей для использования надлежащей видеосвязи. Доступность к правосудию в определенной степени является средством обеспечения права на судебную защиту [Колобашкина, С. С., 2010].

Кроме того, при рассмотрении некоторых категорий дел, при которых решение суда может зависеть от личности участника, ряд лиц в силу возрастных, психологических или иных особенностей могут оказаться не представленными должным образом при использовании видеоконференц-связи. При использовании удаленного режима теряется прямой контакт судей с лицами, участвующими в процессе, который для некоторых категорий дел является особенно важным для принятия объективного решения.

В ряде случаев участники процесса предупреждаются о запрете осуществления записи и фотосъемки, однако обеспечение должного контроля за выполнением этого запрета представляется проблематичным. В некоторых странах, например в *Великобритании* и *Канаде*, установлены санкции в виде штрафов за нарушение указанного требования. Вместе с тем такие санкции не являются абсолютной гарантией сохранения конфиденциальности при закрытых заседаниях.

Не исключены и технические неполадки со стороны информационных посредников: обрыв связи, помехи и т. п., которые могут не позволить лицу, участвующему в процессе, в полном объеме представить информацию или наблюдать за процессом.

В интернет-судах, в которых ряд процессуальных действий, в том числе по оценке доказательств, осуществляется в автоматическом режиме, с применением цифровых технологий, имеют место проблемы с качеством и объективностью восприятия судом представленных доказательств.

Таким образом, у участников процесса всегда должна оставаться возможность личного участия в процессе.

Можно предположить, что со временем технические средства станут более востребованы при разрешении споров между субъектами предпринимательской деятельности в арбитражных судах, где решающим для суда будет представление документов, а не психическое или эмоциональное отношение истца или потерпевшего к рассматриваемой ситуации.

Как справедливо отметила С. В. Василькова, «развитие современных информационных технологий закономерно ставит вопрос о пределах применения принципа дистанционности, нарушение которых может вызвать недоверие граждан к суду, качественности и объективности судебной деятельности, исказить в обществе представления о роли и значении судебной власти» [Василькова, С. В., 2018, с. 11].

Таким образом, представляется, что использование цифровых технологий в процессе правоприменения не должно быть безальтернативным. За лицами, участвующими в деле, должна быть оставлена возможность определения целесообразности и объема применения процедур с использованием цифровых технологий, а законодательно должны быть определены пределы применения цифровых технологий при осуществлении судебной и иной правоприменительной деятельности.

Обсуждение и заключение

Мир сейчас находится на изломе не только социальном, но и экономическом, климатическом, и ко всему этому добавилась ситуация с пандемией,

серьезнейшим образом повлиявшая на включение цифровых и интернет-технологий в жизнь большинства жителей планеты. Экстремальная ситуация, связанная с пандемией, явилась ускорителем процессов, которые в течение последних 30 лет происходили в мире.

Современные технологии позволили в кратчайшие сроки разработать вакцины против COVID-19, обеспечить дистанционное обучение и работу в условиях изоляции, создать систему интернет-услуг. За 2020 год в плане перехода к цифровым технологиям и в целом к обществу, где основу составляет интеллект, а не материальные ресурсы, мир продвинулся на целое десятилетие. Человеческий интеллект доказал, что он является основой нового социально-экономического устройства мира.

События последних лет показали, что процесс развития современных технологий приводит мир в совершенно новое состояние. Даже такие катастрофические явления, как мировая пандемия, не задерживают, а, наоборот, ускоряют все процессы – от выработки вакцин до изменения функционирования судов. Общество продолжает активно развиваться, и не всегда это идет на пользу человечеству. Процесс экспоненциального развития нуждается в разумном регулировании. Перед законодателями сейчас возникают вопросы, о которых еще 10 лет назад мы не могли и думать. Риски, связанные с бурным развитием технологий, нуждаются в серьезном анализе. Проявившаяся в последнее время тенденция технократизации правового регулирования вызывает серьезные опасения: одушевление технологий, превращение компьютерных программ в субъектов правоотношений могут привести к серьезным и непредсказуемым последствиям. Эти вопросы нуждаются в очень серьезном осмыслении и выработке четких и непротиворечивых правовых регуляторов.

Список использованной литературы

- Афанасьев С. Ф. О соотношении категорий «электронное правосудие» и «электронное судопроизводство» в контексте юриметрики // Администратор суда. 2021. № 2. С. 3–6.
- Борисова Л. В. Электронное правосудие как форма судебной защиты в России // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15, № 6. С. 105–111.
- Бостром Н., Кристианини Н., Грэм-Камминг Д. Искусственный интеллект. Что стоит знать о наступающей эпохе разумных машин. М. : АСТ, 2019. 352 с.
- Бурдина Е. В. и др. Электронное правосудие : моногр. / под ред. Е. В. Бурдиной, С. В. Зуева. М. : РГУП, 2021. 344 с.
- Василькова С. В. Электронное правосудие в цивилистическом процессе : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2018. 251 с.
- Вязовцева В. Е., Миронов А. А. Электронное правосудие – необходимое будущее или потенциальная угроза? // Вопросы российской юстиции. 2020. № 10. С. 110–117.

Гриценко Е. В., Ялунер Ю. А. Право на судебную защиту и доступ к суду в условиях информатизации и цифровизации: значение опыта стран общего права для России // Сравнительное конституционное обозрение. 2020 № 3. С. 97–129. DOI: 10.21128/1812-7126-2020-3-97-129.

Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 627 с.

Ершов В. В. Правопонимание, правотворчество и правореализация: совместные теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2017. № 8. С. 5–24.

Иеринг Р. Юридическая техника / пер. с нем. Ф. С. Шендорфа. СПб. : Типолит. А. Г. Розена, 1905. 106 с.

Кайль Я. Я., Усанова В. А. Проблемы осуществления правосудия с использованием цифровых (информационных) технологий // Вестник арбитражной практики. 2021. № 1. С. 35–44.

Кант И. Собрание сочинений : в 8 т. Юбилейное издание. 1794–1994 / под общ. ред. А. В. Гулыги. Т. 4. М. : Чоро, 1994. 629 с.

Канцер Ю. А. Электронное правосудие в арбитражном процессе: новые вызовы и адаптация судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2021. № 2. С. 36–40.

Колобашкина С. С. Обеспечение доступа к правосудию: правовая природа и проблемы реализации // Адвокат. 2010. № 7. С. 11–16.

Момотов В. В. Электронное правосудие в Российской Федерации: миф или реальность // Российская юстиция. 2021. № 7. С. 2–9.

Петухов Н. А., Чижев М. В. Соотношение понятий «правосудие» и «электронное правосудие» // Российское правосудие. 2015. № 6. С. 13–18.

Поваров Г. Н. Ампер и кибернетика. М. : Связь, 1977. 96 с.

Поправко В. И. Электронное правосудие // Судья. 2020. № 5. С. 16–19.

Соловяненко Н. И. Электронное правосудие для цифровой экономики: модернизация правового регулирования // Право и практика. 2019. № 2. С. 134–138.

Солохин А. Е. Электронное правосудие: особенности, проблемы и перспективы // Закон. 2019. № 6. С. 193–208.

Терещенко Л. К. Модернизация информационных отношений и законодательства. М. : Инфра-М, 2013. 227 с.

Уэбстер Ф. Теория информационного общества / пер. с англ. М. В. Арапова, Н. В. Малыхиной ; под ред. Вартановой. М. : Аспект Пресс, 2004. 400 с.

Чижев М. В. Применение информационных и коммуникационных технологий в судебной деятельности в условиях формирования информационного общества : автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 23 с.

Фоков А. П. Электронное правосудие в Китайской Народной Республике: цифровая реальность и организация «умного суда» // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2021. № 8. С. 119–124.

Ярошенко Т. В. Применение информационных технологий в гражданском и арбитражном процессе (электронное правосудие) // Мировой судья. 2021. № 3. С. 34–38.

Akaev A., Sadovnichiy V. Information Models for Forecasting Nonlinear Economic Dynamics in the Digital Era // *Applied Mathematics*. 2021. Vol. 12. P. 171–208.

Cavalli-Sforza L. L., Feldman M. W. The application of molecular genetic approaches to the study of human evolution // *Nature Genetics*. 2003. Vol. 33. P. 266–275.

Cseh Ch., Gorguoss S., May T. COVID-19 and the Courts: What You Need to Know. Davies Ward Philips & Vineberg LLP, 2020. P. 6. URL: <https://perma.cc/W6XB-3XAT>.

Freeman E. H. Cyber Court and the Future of Justice // *Legally speaking*. 2005. March/April. P. 5–9.

Horkins Ch. COVID-19 impact: the courts – navigating litigation under lockdown in Ontario. 2020. 3 April. URL: <https://perma.cc/BL5E-TJ8R/>.

References

Afanas'ev, S. F., 2021. [On the Correlation between the “Electronic Justice” and “Electronic Proceedings” Categories within the Framework of Jurimetrics]. *Administrator suda* = [Court's Administrator], 2 pp. 3–6. (In Russ.)

Akaev, A. and Sadovnichiy, V., 2021. Information Models for Forecasting Nonlinear Economic Dynamics in the Digital Era. *Applied Mathematics*, 12, pp. 171–208.

Borisova, L. V., 2020. [E-Justice as a Form of Judicial Protection in Russia]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava* = [Actual Problems of the Russian Law], 15(6), pp. 105–111. (In Russ.) DOI: 10.17803/19941471.2020.115.6.105–111.

Bostrom, N., Cristianini, N. and Graham-Cumming, J., 2019. *Iskusstvennyj intellekt. Chto stoit znat' o nastupayushhej epoxe razumnyx mashin* = [Machines that Think. Everything You Need to Know about the Coming Age of Artificial Intelligence]. Moscow: AST. (In Russ.)

Burdina, E. V., et al., 2021. *Elektronnoe pravosudie* = [Electronical justice]. Moscow: Russian State University of Justice. (In Russ.)

Cavalli-Sforza, L. L. and Feldman, M. W., 2003. The application of molecular genetic approaches to the study of human evolution. *Nature Genetics*, 33, p. 266–275.

Chizhov, M. V., 2013. *Primenenie informacionnyx i kommunikacionnyx texnologij v sudebnoj deyatel'nosti v usloviyax formirovaniya informacionno-*

- go obshhestva* = [The use of information and communication technologies in judicial activity in the context of the formation of an information society]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Cseh, Ch., Gorguos, S. and May, T., 2020. COVID-19 and the Courts: What You Need to Know. *Davies Ward Philips & Vineberg LLP*. P. 6. Available at: <<https://perma.cc/W6XB-3XAT>>.
- Ershov, V. V., 2018 *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshhestvennykh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of public relations]. Monograph. Moscow: Russian State University of Justice. (In Russ.)
- Ershov, V. V., 2017. [Understanding of Law, Lawmaking and Law Enforcement: Contemporary Theoretical and Practical Issues]. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 8, pp. 5–24. (In Russ.)
- Fokov, A. P., 2021. [Electronic justice in the People's Republic of China: digital reality and the organization of a "smart court"]. *Nauka i obrazovanie: xozyajstvo i ekonomika; predprinimatel'stvo; pravo i upravlenie* = [Science and Education: Economy and Economics; Entrepreneurship; Law and Management], 8, pp. 119–124. (In Russ.)
- Freeman, E. H., 2005. Cyber Court and the Future of Justice. *Legally Speaking*, March/April, pp. 5–9.
- Gricenko, E. V. and Yaluner, Yu. A., 2020. [Right to Judicial Protection and Access to Court in the Era of Digitalization: Value of Experience in Common Law Countries for Russia]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* = [Comparative Constitutional Review], 3, pp. 97–129. (In Russ.) DOI: 10.21128/1812-7126-2020-3-97-129.
- Horkins, Ch., 2020. *COVID-19 impact: the courts – navigating litigation under lockdown in Ontario*. 3 April. Available at: <<https://perma.cc/BL5E-TJ8R>>.
- Jhering, R., 1905. *Yuridicheskaya tekhnika* = [Legal writing]. St. Petersburg: Printing House of A. G. Rozen. (In Russ.)
- Kajl', Ya. Ya. and Usanova, V. A., 2021. Challenges in the Administration of Justice Using Digital (Information) Technology. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki* = [Bulletin of Arbitration Practice], 1, pp. 35–44. (In Russ.)
- Kant, I., 1994. *Sobranie sochinenij v 8 t. Yubileynoye izdaniye. 1794–1994* = [Collected works in 8 vols. Anniversary edition. 1794–1994]. Ed. A. V. Gulyga. Vol. 4. Moscow: Choro. (In Russ.)
- Kancer, Yu. A., 2021. [Electronic Justice in an Arbitration Procedure: New Challenges and Adaptation of Judicial Proceedings]. *Arbitrazhnyj i grazhdanskij process* = [Arbitrazh and Civil Procedure], 2, pp. 36–40. (In Russ.)
- Kolobashkina, S. S., 2010. [Securing Access to Justice: the Legal Nature and the Problems of Realization]. *Advokat* = [Lawyer], 7, pp. 11–16. (In Russ.)
- Momotov, V. V., 2021. [E-Justice in the Russian Federation: Myth or Reality]. *Rossiiskaya yusticiya* = [Russian Justice], 7, pp. 2–9. (In Russ.)

- Petukhov, N. A. and Chizhov, M. V., 2015. Correlatiion of Concepts of “Justice” and “E-Justice”. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 6, pp. 13–18. (In Russ.)
- Povarov, G. N., 1977. *Amper i kibernetika* = [Ampere and cybernetics]. Moscow: Svyaz'. (In Russ.)
- Popravko, V. I., 2020. [E-Justice]. *Sud'ya* = [Judge], 5, pp. 16–19. (In Russ.)
- Solovyanenko, N. I., 2019. [Electronic Justice for the Digital Economy: Modernization of Legal Regulation]. *Pravo i praktika* = [Law and Practice], 2, pp. 134–138. (In Russ.)
- Solokhin, A. E., 2019. [E-Justice In Russia: Features, Problems And Prospects]. *Zakon* = [Law], 6, p. 193–208. (In Russ.)
- Tereshchenko, L. K., 2013. *Modernizaciya informacionnyx otnoshenij i zakonodatel'stva* = [Modernization of information relations and legislation]. Moscow: Infra-M. (In Russ.)
- Vasil'kova, S. V. 2018. *Elektronnoe pravosudie v civilisticheskom processe* = [Electronic Justice in the Civil Process]. Cand. Sci. (Law) Dissertatioin. Saratov. (In Russ.)
- Vyazovceva, V. E. and Mironov, A. A., 2020. [Electronic Justice – a Necessary Future or a Potential Threat?]. *Voprosy rossijskoj yusticii* = [Issues of Russian Justice], 10, pp. 110–117. (In Russ.)
- Webster, F., 2004. *Teoriya informacionnogo obshhestva* = [Theories of the information society]. Moscow: Aspect Press. (In Russ.)
- Yaroshenko, T. V., 2021. [The Application of Information Technology in a Civil and Arbitration Procedure (Electronic Justice)]. *Mirovoj sud'ya* = [Magistrate Judge], 3, pp. 34–38. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Карелина Марина Максимовна, руководитель научного направления по исследованию теоретических и практических проблем судебной защиты интеллектуальной собственности Центра исследования проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Россия, 117418, Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69), заслуженный юрист Российской Федерации.

Marina M. Karelina, Head of the Research Direction for the Study of Theoretical and Practical Problems of Judicial Protection of Intellectual Property of the Justice Research Center, Russian State University of Justice (69 Novochemushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation), Honored Lawyer of the Russian Federation.

E-mail: ip_laboratiry@mai.ru

ORCID: 0000-0002-8982-3710

Бузова Наталья Владимировна, кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник Центра исследования проблем правосудия

ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69).

Natalia V. Buzova, Cand. Sci. (Law), Leading Researcher of the Justice Researcher Center, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

E-mail: nbuzova@yandex.ru

ORCID: 0000-0003-2268-0345

Заявленный вклад авторов / Contribution of the authors

Все авторы сделали эквивалентный вклад в подготовку публикации.
The authors contributed equally to this article.

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.
The authors declare no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 16.09.2021; дата одобрения после рецензирования: 23.11.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 25.11.2021.

Submitted: 16.09.2021; reviewed: 23.11.2021; revised: 15.11.2021.



Национальное правосудие и международное правосудие: современные доктрины взаимодействия

И. А. Умнова-Конюхова

*Российский государственный университет правосудия, Москва,
Российская Федерация
ikonyukhova@yandex.ru*

Аннотация

Введение. Рассмотрены современные доктрины взаимодействия национального и международного правосудия. В современную эпоху к ключевым из них относятся доктрины глобального конституционализма, конституционного судебного диалога, судебного активизма, свободы усмотрения и конституционной идентичности.

Теоретические основы. Методы. Анализируются доктринальные взгляды ученых в области конституционного права и международного права, реализуемые в практике органов конституционного правосудия и международного правосудия. Данные доктрины аналогично ранее возникшим и активно используемым в настоящее время доктринам государственного суверенитета, верховенства конституции, субсидиарности, пропорциональности, правовой определенности и некоторым другим должны приобретать общие черты публично-правового консенсуса в их судебном толковании и применении в международных и внутригосударственных отношениях. Сравнительно-правовой анализ и систематизация судебных решений, в том числе на примере взаимодействия Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека, позволил выявить общие подходы в понимании и реализации современных доктрин компромисса и урегулирования разногласий между органами международного и национального правосудия.

В основе методологии лежат общие и специальные методы, применяемые в юридической науке. Метод системного подхода позволил выявить основные структурно-функциональные связи в обосновании и вынесении решений органами конституционного и международного правосудия на основе рассматриваемых доктрин. Метод сравнительного правоведения помог установить общее и особенное в толковании и применении доктрин взаимодействия органов конституционного и международного правосудия. В исследовании применен также метод формально-юридического анализа источников конституционного права и международного права, решений конституционных судов и международных судов, включая Суд Европейского союза и Европейский Суд по правам человека.

Результаты исследования. Раскрыты основные научные подходы к обоснованию смысла, содержания и применения новых доктрин глобального конституционализма, конституционного судебного диалога, судебного активизма, свободы усмотрения и конституционной идентичности, активно используемых наряду с ранее возникшими доктринами государственного суверенитета, верховенства конституции, субсидиарности, пропорциональности, правовой определенности и некоторыми другими.

Обсуждение и заключение. На основе анализа сложившихся дискуссий обоснована необходимость совершенствования взаимодействия национального правосудия и международного правосудия. Применительно к Российской Федерации в плоскости взаимодействия Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека обращается внимание на актуальность учета принципа конституционной идентичности.

Ключевые слова: национальное правосудие, международное правосудие, конституционно-правовые отношения, доктрины, глобальный конституционализм, конституционный судебный диалог, судебный активизм, свобода усмотрения, конституционная идентичность, Суд ЕС, Конституционный Суд Российской Федерации, Европейский Суд по правам человека

Для цитирования: Умнова-Конюхова И. А. Национальное правосудие и международное правосудие: современные доктрины взаимодействия // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 116–139. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.116-139.

National Justice and International Justice: Modern Doctrines of Interaction

Irina A. Umnova-Konyukhova

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation

For correspondence: ikonyukhova@yandex.ru

Abstract

Introduction. The article examines the modern doctrines of the interaction of national and international justice in the sphere of constitutional and legal relations. According to the author, in the modern era, the key issues include the doctrines of global constitutionalism, constitutional judicial dialogue, judicial activism, freedom of discretion and constitutional identity. The author believes that these doctrines, similar to the doctrines of state sovereignty, the supremacy of the constitution, subsidiarity, proportionality, legal certainty (and some others that arose earlier and are actively used at the present time), should acquire common features of public-legal consensus in their judicial interpretation and application in international and domestic relations. Using the example of the interaction of the Constitutional Court of the Russian Federation and the ECHR, the problems of disagreements in the legal understanding of these doctrines are revealed and it is proposed to draw attention to the need for bilateral consideration of the principles of constitutional identity by national and international justice bodies.

Theoretical Basis. Methods. The author analyses the doctrinal views of scientists in the field of constitutional law and international law, as implemented in the practice of constitutional justice and international justice. Comparative legal analysis and systematisation of court decisions, (including by the example of the interaction of the Constitutional Court of the Russian Federation and the ECHR), allowed the identification of common approaches in understanding and implementing modern doctrines of compromise and settlement of differences between international and national justice bodies in constitutional and legal relations.

The methodology is based on general and special methods used in legal science. The method of the system approach allowed to identify the main structural and functional connections in the justification and decision-making by the bodies of constitutional and international justice on the basis of the doctrines under consideration. The method of comparative jurisprudence has helped to establish both general and special approaches in the interpretation and application of the doctrines of interaction between the bodies of constitutional and international justice. The study also uses the method of formal legal analysis of sources of constitutional law and international law, decisions of constitutional courts and international courts, including the Court of the EU and the ECHR.

Results. The paper reveals the main scientific approaches to substantiating the meaning, content and application of the new doctrines of global constitutionalism, constitutional judicial dialogue, judicial activism, freedom of discretion and constitutional identity. These are actively used in the interaction with the previously emerged doctrines of state sovereignty, the supremacy of the constitution, subsidiarity, proportionality, legal certainty and some others.

Discussion and Conclusion. Based on the analysis of the existing discussions on the topic of the article, the author presents arguments in favour of improving the interaction of national justice and international justice in constitutional and legal relations. In relation to the Russian Federation, in the sphere of interaction between the Constitutional Court of the Russian Federation and the ECHR, attention is drawn to the relevance of taking into account the principle of constitutional identity.

Keywords: national justice, international justice, constitutional law relations, doctrines, global constitutionalism, constitutional judicial dialogue, judicial activism, discretion, constitutional identity, EU Court, Constitutional Court of the Russian Federation, European Court of Human Rights

For citation: Umnova-Konyukhova, I. A., 2021. National justice and international justice: modern doctrines of interaction. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 116–139. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.116-139.

Введение

Стремление международных и национальных судов к интегративному правопониманию и выработке общих позиций по фундаментальным вопросам публичного и частного права – такова общемировая тенденция конца XX – начала XXI столетия. На фоне этой тенденции наблюдается заметное повышение роли судов в толковании права и правоприменении в системах международного и национального правосудия. В определенной мере возрастание значимости судов в правовом развитии обусловлено процессами глобализации и дифференциации права, взаимопроникновением правовых культур, конвергенцией норм международного права и национального права. Данные процессы постепенно стали выстраивать парадигму взаимодействия международного и национального правосудия, основанную на новых правовых доктринах.

Теоретические основы. Методы

1. Доктрины глобального конституционализма и конституционного судебного диалога в отношениях между национальными и международными судами

В современную эпоху тенденции конвергенции международного и национального права, интернационализации конституционного права обусловили возникновение доктрины глобального (международного) конституционализма. Очевидно, что глобализация конституционного права имеет пределы, формирующиеся под влиянием национальной и конституционной идентичности государств, условий жизни конкретной страны, правовой культуры и даже уровня развития цивилизации в целом. В этой связи интерес представляют попытки деидеологизации конституционализма и выхода на общечеловеческие гуманитарные и нравственные критерии общего глобального права. Получает развитие также и операционно-правовой подход диагностики глобальной интеграции права. Так, профессор Ульрих К. Прейс, допуская наряду с национальной конституцией международную конституционализацию, рассматривает четыре основных индикатора

тора данного процесса. Во-первых, это правовые обязательства государств по отношению к другим государствам и к международному сообществу. Во-вторых, это фундаментальные международно-правовые нормы *jus cogens*, которые относятся к сфере общих вопросов человечества, закрепленных в международном сообществе. В-третьих, это механизмы создания односторонних обязательств через гибриды договоров и законов, к которым относятся договоры мирового порядка или многосторонние международные договоры с «квазиуниверсальным членством» (Устав ООН, международные пакты о правах человека, Конвенция ООН о морском праве и др.). Они представляют широкие или даже всеобщие интересы и ценности и могут рассматриваться как воплощение коллективной воли человечества. В-четвертых, возникает институт независимой международной судебной власти как важный шаг на пути к конституционализации международного сообщества [Preuss, U. K., 2010].

Названные индикаторы для измерения международной конституционализации указывают на общность правил международного, межгосударственного и национального (государственного) уровней интеграции и взаимодействия.

Современные исследователи отмечают процессы судебной конституционализации на международном уровне аналогично тому, как это происходит в государствах. Так, А. Петерс в качестве одного из важнейших элементов глобальной конституционализации рассматривает повышение значения права в разрешении международных споров в результате появления международных судов и трибуналов с квазиобязательной юрисдикцией, осуществляющих судебный контроль за внутригосударственными актами [Peters, A., 2009]. К. Дж. Альтер выделяет категорию международных конституционных судов, противопоставляя их международным судам, лишь приводящим нормы права в исполнение (*international enforcement courts*) [Alter, K. J., 2014].

Признание международного конституционного правосудия не подразумевает полного поглощения конституционного пространства и конституционной судебной власти государств глобальным конституционным правом и правосудием международного уровня. Существуют четко выраженные пределы глобальной интервенции в национальную идентичность и государственный суверенитет. Мировая история реакции государств и их высших судов на попытки вторжения международных судов в конституционную национальную идентичность стран различных континентов тому свидетельство. Наиболее яркий пример – реальная картина противоречивых отношений между Европейским Судом по правам человека (ЕСПЧ) и целым рядом государств – участников Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на фоне самого продвинутого в мире межсудебного взаимодействия ЕСПЧ и национальных судов.

Наделение международных судов властью контроля над законодательством и правоприменительной практикой государств может рассматриваться как важный аспект конституционализации международного права лишь в пределах, устанавливаемых самими государствами. Дж. Улфстэйн в этом контексте резонно размышляет о том, что если международные

суды могут влиять на деятельность национальных законодательных, исполнительных и судебных органов, то это поднимает вопросы необходимости демократического контроля и конституционных гарантий [Ulfstein, G., 2014, p. 852].

Осуществляя контроль, международные суды наталкиваются на пределы внешнего вмешательства, определяемые высшими национальными органами конституционного судебного контроля. Конституционные суды и верховные суды формируют, образно говоря, конституционный щит собственной прерогативы и, базируясь на концепциях государственного суверенитета и верховенства национальной конституции, определяют, могут или не могут международные суды оценивать соответствие конституционных норм нормам международного права. Для решения обозначенных проблем взаимодействия современной мировой практикой найден алгоритм – доктрина конституционного судебного диалога, которая оправдывает себя как способ примирения национальных интересов и приоритетов государств, с одной стороны, и их стремления признавать себя частью международного сообщества, следовать общим международно-правовым стандартам цивилизационного развития, с другой стороны.

Доктрина конституционного судебного диалога широко востребована сегодня в отношениях между международными и национальными судами разных уровней и видов. В рамках европейского правопорядка эта доктрина тесно связана с механизмом взаимодействия между национальными и европейскими судами и возможным использованием процедуры предварительной ссылки [Claes., M., et al., eds., 2012]. А. Мейвезе и М. Снел дают рабочее определение конституционного диалога и предлагают различные подходы к анализу данной доктрины. По их мнению, конституционный диалог является «...продолжением имплицитно или эксплицитно сформированных коммуникаций между двумя или более субъектами, характеризующихся отсутствием доминирующего субъекта – или по крайней мере брекетингом доминирования – с общим намерением улучшить практику толкования, пересмотра, написания или внесения поправок в конституции» [Meuwese, A. and Snel, M., 2013]. Конечная цель конституционного диалога – обеспечение соответствия правотворчества и правоприменения конституционным нормам и имплементации конвенционных норм в конституции с целью их дальнейшего исполнения. Суть конституционного судебного диалога состоит, как представляется, в осуществлении правового режима взаимодействия: во-первых, основанного на паритете и разделении сфер конституционного регулирования и конституционного судебного контроля; во-вторых, подразумевающего использование средств мирного урегулирования споров и стремление минимизировать конфликт, проведение переговоров и достижение конституционных соглашений; в-третьих, базирующегося на единой методологии и выработке общих подходов путем конституционного компромисса и достижения конституционного консенсуса. При этом негативное реагирование государств может проявляться не только точечным образом в связи с фактическим неприятием актов международного суда, расходящихся с конституционными ценностями и интересами, но и путем формирова-

ния конституционно-правового механизма, ориентированного на обеспечение оценки и сдержанного восприятия решений международного суда в подобных ситуациях.

Таким образом, ключевая доктрина глобального конституционализма и судебной конституционализации, выдвигаемая современными правоведами, кроется в формуле «конституционный судебный диалог». На уровне принятия судами решений конституционные идеи перемещаются через границы и, дополняя феномен «судебной глобализации», способствуют «перекрестному опылению» разных правовых культур. Международные и региональные суды и трибуналы все чаще цитируют и ссылаются на решения друг друга. Судебный диалог развивается как в горизонтальном, так и в вертикальном направлениях [Vadi, V., 2015, pp. 557–558].

Как отмечает В. Вади, на горизонтальном уровне использование конституционных идей разными международными трибуналами позволяет предотвратить фрагментацию международного права: заимствуя концепции у других международных судов, они способствуют укреплению единства правосудия. Национальные суды также могут принимать во внимание точку зрения судов других государств при рассмотрении аналогичных споров [Vadi, V., 2015, p. 564]. Вертикальная миграция конституционных идей из конституционного права на региональный и международный уровни через усвоение общих принципов права или международного обычного права делает возможным диалог между национальными конституционными судами, с одной стороны, и международными судами – с другой. Этот диалог породил общую лексику, содействующую круговой миграции конституционных идей: от конституционных судов – в международные и обратно – в конституционные. Подобное использование конституционных идей отражает «дух века» – правовой плюрализм [Vadi, V., 2015, p. 565].

Доктрина конституционного судебного диалога, подразумевающая использование механизмов согласования и компромисса, активно внедряется сегодня во взаимодействии конституционных или иных высших судов и ЕСПЧ¹. В данном случае прослеживаются две противоборствующие тенденции: стремление конституционных, иных высших судов подчеркнуть вторичный характер права Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) по отношению к национальным конституциям и попытки ЕСПЧ подчинить национальное право, включая национальные конституции, положениям Конвенции. Конвенционно-конституционные конфликты свидетельствуют не о противоречии между Конвенцией как таковой и национальными конституциями, а о коллизии толкования конвенционного положения, данного ЕСПЧ в постановлении по конкретному делу, и положений национальных конституций, в том числе в их истолковании конституционными судами (или другими высшими судами, наделенными аналогичными полномочиями).

¹ Показательной в этом плане является практика высших судов европейских стран, приведенная в обзоре, представленном в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 г. № 21-П. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_182936/.

Эксперты отмечают, что в действующем субсидиарном механизме защиты прав человека урегулирование конфликта невозможно в одностороннем порядке толковательной деятельностью ЕСПЧ, приоритетным является развитие диалога между судами и взаимный учет правовых позиций [Исполинов, А. С., 2016, с. 133]. Среди ярких примеров успешного судебного диалога европейского и национального правопорядков экспертами выделяется серия дел ЕСПЧ и Верховного Суда Соединенного Королевства по вопросу о допустимости использования показаний отсутствующих свидетелей в уголовном процессе и их влияния на оценку справедливости судебного разбирательства.

В течение долгого времени ЕСПЧ в постановлениях по данной проблеме исходил из того, что использование свидетельских показаний в случае невозможности допроса свидетеля приводит к нарушению ст. 6 Конвенции в тех делах, где такие показания были «единственным или решающим» (sole or decisive) доказательством. К середине 2000-х гг. английские суды пришли к выводу, что столь однозначное правило не в полной мере соответствует гарантиям § 3(d) ст. 6 Конвенции ввиду своей излишней жесткости².

*В 2005–2006 гг. в ходе рассмотрения на национальном уровне дел **Аль Хавая и Тахери против Соединенного Королевства (Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom)** (No. 26766/05 and 22228/06) Верховный Суд Соединенного Королевства, детально и уважительно проанализировав последовательную практику ЕСПЧ, заключил, что, несмотря на использование показаний отсутствующих свидетелей как решающих или единственных доказательств, право заявителей на справедливый суд не было нарушено, поскольку справедливость процесса была защищена соответствующими процессуальными гарантиями, компенсирующими «ущемленную» позицию защиты. Несмотря на предложенную аргументацию, Четвертая Секция Суда установила в данных делах нарушение конвенционных положений³. Английские власти подали ходатайство о передаче дела в Большую палату, а Верховный Суд, рассматривая дело **Horncastle**, вновь проанализировав конвенционную практику, пришел к выводу, что ст. 6 Конвенции не предусматривает жесткого применения правила единственного или решающего доказательства, и призвал ЕСПЧ принять его сто-*

² Первоначальным источником подхода Верховного Суда стали решения Апелляционного суда (Court of Appeal), который в своих постановлениях анализировал конвенционную практику, последствия различных толкований ст. 6 Конвенции, а также предлагал собственное видение выхода из вставшей перед ним проблемы. См.: *R. v. Al-Khawaja* [2005] EWCA Crim. 2697, *R. v. Tahery* [2006] EWCA Crim. 529, *R. v. Horncastle and Others* [2009] EWCA Crim 964 // The European Court of Human Rights: *Al-Khawaja & Tahery v. United Kingdom* (Eur. CT. H. R.). Published online by Cambridge University Press: 20 January 2017. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/abs/european-court-of-human-rights-alkhawaja-tahery-v-united-kingdom/>.

³ См.: *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, No. 26766/05 and 22228/06. 20 January 2009 // The European Court of Human Rights: *Al-Khawaja & Tahery v. United Kingdom* (Eur. CT. H. R.). Published online by Cambridge University Press: 20 January 2017.

рону⁴. 15 декабря 2011 г. Большая палата Суда, повторно рассмотрев дела *Al-Khawaja and Tahery*, по сути согласилась с аргументами английских судов, отошла от предыдущей практики и установила подход, который исключает автоматический вывод о нарушении ст. 6 лишь в связи с правилом единственного или решающего доказательства без учета компенсирующих процессуальных гарантий в конкретном деле⁵. В 2014 году Суд, рассмотрев дело *Horncastle*, завершил данный судебский диалог и не нашел нарушения прав заявителей⁶.

На данном примере видно, что Верховный Суд Королевства и ЕСПЧ в ходе обмена решениями по вопросу использования показаний отсутствующих свидетелей не ограничились отсылками к практике друг друга, они признавали факт диалога. Это было продемонстрировано официальным пресс-релизом ЕСПЧ в деле *Horncastle*, заголовок которого был следующим: «Завершение судебного диалога ЕСПЧ и судов Соединенного Королевства по вопросу использования производных доказательств»⁷.

От описанного выше судебного диалога в условиях единой конвенционной парадигмы следует отличать диалог в рамках двойственной конституционно-конвенционной парадигмы, в котором суды стремятся к отысканию надлежащего соотношения конвенционных и конституционных (национальных) стандартов. Дело *Gorgulu*, рассмотренное Конституционным Судом Германии после принятия соответствующего постановления ЕСПЧ⁸, может служить примером поиска подхода, наиболее совместимого с конвенционными нормами, но при этом ограниченного приоритетом конституционных норм.

Конституционный судебный диалог подразумевает исполнение национальными судами решений ЕСПЧ. В этом контексте возникает вопрос, является ли обращение в Конституционный Суд признаком исчерпания средств внутригосударственной судебной защиты в тех случаях, когда это возможно? В европейских странах, включая Российскую Федерацию (Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 г. № 21-П), доминирует позиция, согласно которой суд конституционной юрисдикции в оценке национального законодательства стоит выше ЕСПЧ. При этом признаются конституционная юрисдикция ЕСПЧ, обязательность его решений, если это не противоречит конституции государства. Национальный

⁴ См.: *R. v. Horncastle & Others* [2009] UKSC 14 // The European Court of Human Rights: *Al-Khawaja & Tahery v. United Kingdom* (Eur. CT. H. R.). Published online by Cambridge University Press: 20 January 2017.

⁵ См.: *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], No. 26766/05 and 22228/06. 15 December 2011. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Cases_list_2011_ENG.pdf.

⁶ См.: *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, No. 4184/10. 16 December 2014.

⁷ См.: ECHR 376 (2014), 16.12.2014. URL: <https://european-court-help.ru/bazareshenii-evropeiskogo-suda-espch-na-russkom-iazyke/>.

⁸ См.: *Gorgulu v. Germany*, No. 74969/01, 24 February 2004. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/>.

конституционный суд может, однако, изменить свою правовую позицию, если посчитает решение ЕСПЧ в большей мере соответствующим основам конституционного строя и другим конституционным положениям.

К примеру, Конституционный Суд ФРГ отказался рассматривать конституционную жалобу заявителя в 2001 г. перед тем, как тот обратился в ЕСПЧ. Максимально избегая возможного конфликта правопорядков и стремясь обеспечить исполнение международных обязательств, Конституционный Суд ФРГ пришел к выводу, что исполнение постановлений ЕСПЧ является конституционной обязанностью немецких властей, а конвенционная защита прав человека аналогична системе защиты основных конституционных прав, но при этом приверженность конвенционным обязательствам не может приводить к нарушению фундаментальных основ конституционного правопорядка, созданного Основным Законом⁹. Пользуясь данной конструкцией, Конституционный Суд ФРГ смог отойти от собственной прежде выраженной позиции по делу и признать постановление ЕСПЧ подлежащим исполнению.

Независимо от уровня и характера норм права, подлежащих толкованию, в практике ЕСПЧ происходит процесс сближения или даже совпадения правил толкования как внутригосударственных, так и международно-правовых норм. Этот процесс следует признать естественным, поскольку такое сближение содействует цели защиты прав человека.

Обобщая изложенное, можно выделить следующие основные тенденции развития международного и национального правосудия в диалектике их взаимодействия: усиление влияния доктрины глобального конституционализма в международном и национальном правосудии; взаимопроникновение решений судов в международное и национальное конституционное пространство; ведение дискуссии в алгоритме доктрины конституционного судебного диалога в случае возникновения противоречий и разногласий с целью повышения авторитета судов; неуклонный рост взаимодействия международных и национальных судов на основе непрерывного и перекрестного заимствования опыта.

2. Доктрина судебного активизма в национальном и международном правосудии при толковании и применении общих принципов права

Расширение судебной практики применения и толкования общих принципов права – тенденция современности [Умнова, И. А., 2015b, с. 3–7]. При обосновании решений положениями конституционной или иной правовой нормы национальные суды наряду с традиционными правовыми нормами ссылаются на общепризнанные принципы международного права, на конституционные и иные общие принципы национального права. Аналогичным образом доктрина международного права единодушна в том, что принципы международного права подлежат применению в судебной практике [Галенская, А. Н., 2018, с. 52].

⁹ См.: BVerfG, Gorgulu, 2 BvR 1481/04, 14 October 2004. URL: <http://www.ejil.org/pdfs/23/2/2288>.

Отметим очевидную тенденцию возрастания в современную эпоху значимости принципов права в судебном толковании и правоприменении. Увеличивается число сторонников юридической природы общих принципов права [Керимов, Д. А., 2003, с. 348] и допустимости их формулирования, толкования и применения высшими национальными органами конституционного правосудия и другими судами. Это обусловлено повышением их роли как правовых регуляторов [Ершов, В. В., 2018, с. 255–310].

Формулирование судами при применении принципов права определенных юридических правил-требований или выведение ими новых принципов права вызвало широкую дискуссию о судебном активизме и спровоцировало постановку вопроса о формировании судебного права, формирующего, как представляется, фактически вторичный слой правовых норм, составляющих конституционно-правовое пространство [Умнова, И. А., 2015а, с. 59].

Считается, что судебный активизм (*judicial activism*) проявил себя как антитеза понятию «судебное ограничение» (*judicial restraint*) в рамках судебной системы США и других стран англосаксонской правовой семьи. В современную эпоху эта дилемма коснулась всех государств, признающих конституционную судебную юрисдикцию. Придерживающиеся идеи судебного ограничения утверждают, что роль судей должна быть строго ограниченной, их дело – «озвучивать» только то, что гласит закон, оставляя все связанное с созданием закона тем, кому его надлежит создавать: законодательной власти. Сторонники доктрины «судебного активизма» выступают за право судей быть арбитрами в коллизиях общественно-политического характера, «расширяя» нормы законодательства, в том числе конституции, в принимаемых ими решениях [Голдобина, З. Г. и Игнатенко, А. В., 2007].

Признание конституционного судебного активизма связано с эволюцией конституционного правосознания. В эпоху глобализации права изменяются представления о конституции и конституционном пространстве не только у теоретиков права, но и у правоприменителей, в особенности у судей, рассматривающих публично-правовые споры. Применяя конституцию, национальные суды расширительно воспринимают конституционное пространство, включая в него правовые позиции конституционных или иных высших судов, осуществляющих толкование конституции. Представители различных научных школ конституционного права признают в той или иной мере, что конституционное пространство современного государства не может обойтись без международно-правовых стандартов и конституционного судебного обоснования (судебного активизма) [Ku, J. and Yoo, J., 2012].

Активизм в процессе применения и толкования права неизбежен в том случае, когда суд выясняет содержание общих принципов права, интерпретирует и толкует их доктринальную сущность. На эту судебную функцию все более обращается внимание в современном правоведении. К примеру, У. Садло отмечает, что судебный орган избегает политических конфликтов, постепенно создавая собственные правовые доктрины. Этот подход получил название «судебный инкрементализм», т. е. решение сложной проблемы небольшими шагами путем нахождения баланса между социальными и правовыми аргументами [Sadlo, U., 2016]. Инкрементализм основывается

ся на широком использовании судебных решений сторонами спора и иными субъектами правоотношений. Однако сохранить подобную возможность международные и национальные суды могут только в том случае, если адресаты их решений продолжают признавать их в качестве обязательных.

Доктринальные решения международных судов могут как защитить, так и поставить под угрозу важнейшие политические, социальные и экономические ценности, права человека и интересы безопасности государств. Учитывая этот риск, международные суды должны быть осторожны в доктринальном правотворчестве. К примеру, Суд ЕС стремится избегать открытого использования созданных им принципов до тех пор, пока такие принципы постепенно не получат закрепление в последующих судебных решениях. Подобная практика превращает Суд ЕС в один из самых авторитетных судов в мире, который имеет возможность воздействовать на политические, экономические и финансовые кризисы, находить выходы из конституционных затруднений и реформировать международные соглашения.

Судебный активизм ЕСПЧ в отличие от Суда ЕС стал объектом критики. Эксперты заметили, что принцип эволюционного (эволютивного) толкования ЕСПЧ Конвенции придает суду некие функции нормотворчества [Сюдр, Ф., 2014]. Судебный активизм ЕСПЧ, с одной стороны, обеспечивает применение Конвенции в качестве «живого», гибкого инструмента, интерпретируемого в свете современных социально-экономических реалий. С другой стороны, появляется риск злоупотреблений ЕСПЧ в отношении собственной компетенции и усиления возможности вторжения в компетенцию государств. Чтобы сгладить отмеченные противоречия, 24 июня 2013 г. в Совете Европы был открыт для подписания Протокол № 15 к Европейской конвенции по правам человека¹⁰. Согласно ст. 1 Протокола № 15 к Конвенции в конце преамбулы добавлен новый абзац, в соответствии с которым стороны несут основную ответственность за обеспечение прав и свобод, закрепленных в настоящей Конвенции и Протоколах к ней, и, делая это, они пользуются некоторой свободой усмотрения, надзор за осуществлением которой производится ЕСПЧ. Фредерик Сюдр в связи с принятием Протокола № 15 к Конвенции отметил: «Субсидиарность подразумевает распределение ответственности между национальными властями и ЕСПЧ: в первую очередь ответственность за соблюдение и защиту прав и свобод возложена на государства, во вторую – на Суд» [Сюдр, Ф., 2014, с. 6–9].

10 июля 2013 г. Комитет министров Совета Европы одобрил Протокол № 16 к Конвенции и принял решение открыть его для подписания 2 октября 2013 г. Протокол № 16 касается права высших судов и трибуналов государств – участников ЕСПЧ запрашивать у ЕСПЧ консультативные заключения по вопросам интерпретации и применения прав, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней, в контексте дел, рассматриваемых указанными судами и трибуналами на национальном уровне. Данный Про-

¹⁰ См.: Протокол № 15 о внесении изменений и дополнений в Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (CETS № 213) (подписан в г. Страсбурге 24.06.2013). Протокол был подписан Министром юстиции Российской Федерации 19 сентября 2016 г. URL: http://www.echr.ru/news/msg.asp?id_msg=4052.

токол направлен на дальнейшее укрепление взаимодействия ЕСПЧ и национальных судов¹¹.

Таким образом, судебное, в том числе доктринальное, правотворчество составляет фундамент для других видов традиционного правотворчества и, в первую очередь, для законодательной деятельности. В этом нет противоречия при условии последующей трансформации результатов судебного правотворчества путем внедрения их в текст конституций национальных законов и в тексты международных договоров, иных источников в системе международного права. Поэтому важно не передержать паузу между судебными решениями и последующими изменениями в традиционных формах права. Необходимо при этом осознавать ответственность судей за цивилизованное развитие права и последовательно решать вопросы повышения их авторитета, уровня квалификации и гуманистического правосознания.

3. Доктрина свободы усмотрения в ограничении прав и свобод в национальном и международном правосудии

Особенностью современной судебной защиты прав человека является глубокая привязка к правозащитным доктринам. Среди них представляется важным выделить широко применяемую сегодня доктрину свободы усмотрения (*margin of appreciation*). Применение данной доктрины подразумевает, что некоторые ограничения прав и свобод могут варьироваться от государства к государству и даже от региона к региону в рамках одного государства.

Доктрина свободы усмотрения – один из основных инструментов ЕСПЧ в нахождении баланса между эффективной защитой прав человека на европейском пространстве и уважением к многообразию культур и правовых систем европейских государств. Эта доктрина была изначально выработана ЕСПЧ и затем получила признание и поддержку государств, подписавших Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод [McGoldrick, D., 2016, p. 22].

Конвенция возлагает на государства обязанность исполнения решений ЕСПЧ, но выбор средств исполнения этих решений остается на усмотрении самих государств. Как отмечают эксперты, «на государство возлагается “ответственность результата”, но национальные власти свободны выбирать соответствующие правовые установления, имея определенную свободу или поле усмотрения (*margin of appreciation*) в защите прав и свобод, предусмотренных Конвенцией. Главное, чтобы эта свобода усмотрения не выходила за рамки обязательств, добровольно принятых на себя государствами по Конвенции (*Lisica v. Croatia*, 25 мая 2010 г., § 52; *Miragall Escalano and Others v. Spain*, 25 января 2000 г., § 33–39; *Handyside v. UK*, 7 декабря 1976 г., § 48; *Chappel v. UK*, 30 марта 1989 г., § 54)» [Ковлер, А. И., 2013].

¹¹ Российская Федерация на данный момент не подписала и не ратифицировала данный Протокол. Протокол был внесен на ратификацию в Государственную Думу Российской Федерации письмом Президента Российской Федерации от 6 августа 1999 г. № Пр-1025. URL: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739062744461326038770_pointer.

Свобода усмотрения государства была выработана специально для того, чтобы дать возможность европейским странам принимать законодательство, соответствующее их правовой традиции, социальным обстоятельствам и культурной специфике. В частности, ЕСПЧ многократно использовал данную доктрину применительно к свободе вероисповедания.

Так, в деле **Cha'are Shalom Ve Tsedek vs. France** Суд отказал ультраортодоксальной организации в признании нарушением запрета на ритуальный забой скота, приняв во внимание позицию правительства, выдавшего подобную лицензию другой группе, которая могла обеспечить мясом потребности и этой общины¹².

Общий подход ЕСПЧ заключается в том, что стандарты защиты прав человека постепенно и неотвратно повышаются, что приводит к сужению свободы усмотрения государства. Такой подход, как отмечает Дж. Джерардс, иногда вступает в конфликт с принципом уважения национальных конституционных ценностей и свободы политического выбора [Gerards, J., 2018, p. 496]. Очевидно, что сила доктрины свободы усмотрения состоит в ее гибкости.

Стремясь примирить споры, А. Фолесдал пишет, что в зависимости от определенных условий ЕСПЧ может при принятии своих решений исходить из широкой либо узкой трактовки свободы усмотрения государства. Здесь имеют значение природа права, его важность для субъекта, вид вмешательства и цель, потребовавшая ограничения права [Follesdal, A., 2017, p. 363]. При широкой трактовке свободы усмотрения государства для ЕСПЧ требуется найти весомые причины, чтобы его решения имели приоритет перед решениями национальных судов, которые находятся «ближе к реалиям своей страны» [McGoldrick, D., 2016, p. 25]. В других случаях, к примеру когда речь идет об ограничении прав лиц, принадлежащих к особо уязвимой группе, свобода усмотрения государства будет значительно уже и для ограничения прав потребуются серьезные основания.

Несмотря на центральное место этой доктрины в практике ЕСПЧ, саму доктрину и ее применение критикуют, в том числе «изнутри». Так, судья ЕСПЧ Ян Де Мейер (Jan De Meyer) называл ее «излишне уклончивой», «познательствующей релятивизм» и «неправильной и бессмысленной на практике». Другие судьи, соглашаясь с доктриной в принципе, настаивают на необходимости применять ее «с осторожностью» [McGoldrick, D., 2016, p. 37].

Аналогично ЕСПЧ Межамериканский Суд по правам человека (МАСПЧ), опираясь на доктрину свободы усмотрения, действует во исполнение регионального правозащитного договора – Американской конвенции о правах человека (АКПЧ) в целях мониторинга исполнения государствами, ратифицировавшими Американскую конвенцию, их обязательств и рассматривает дела против них. МАСПЧ, как и ЕСПЧ, обвиняют, однако, в излишне широком толковании положений международных договоров о правах человека, далеко выходящих за рамки того, на что согласились стороны при их подписании.

¹² ECHR (dallos-etudiant.fr) https://actu.dallos-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER_2013/AFFAIRE_CHAARE_SHALOM_VE_TSEDEK_c._FRANCE.

Ключевой вопрос, возникающий в этой связи, сформулировал бывший судья МАСПЧ и ныне судья Международного Суда ООН Кансадо Тринидад (Cançado Trindade): «Можно ли в принципе предусматривать некую свободу усмотрения государств, в которых судьи не обладают независимостью, а правовая система не способна противостоять безнаказанности?» [Follesdal, A., 2017, p. 361]. Применительно к европейскому опыту ответ на это уже дан ЕСПЧ, который подчеркнул, что не занимается оценкой общего уровня демократии или гарантированности прав человека в государствах, но рассматривает конкретные законодательные акты или решения государственных органов, т. е. ограничивает себя рамками конкретного дела. ЕСПЧ неоднократно в своих постановлениях отмечал, что «Суду потребуются веские причины, чтобы подменить мнение национальных судов своим мнением» (Постановление по делу *Axel Springer AG v. Germany*, § 88) [Follesdal, A., 2017, p. 368].

В рамках доктрины свободы усмотрения государства можно отметить пристальное внимание исследователей к решению в доктрине вопроса судейского усмотрения. Задача выработки четких пределов судейского усмотрения [Brown, B., 2011, p. 14] должна основываться, как представляется, в первую очередь на следовании принципу верховенства права. Соблюдение данного принципа в международном правосудии значительно сложнее, чем в национальном. Чрезмерно широкое судейское усмотрение приводит к правовой неопределенности. Существенно отличаются и международно-правовые процедуры, менее отработанные по сравнению с национальным судопроизводством [Bright, D., Brière, I. P. and Poon, C.-M., 2014, pp. 2–3].

Релятивистские подходы в правопонимании пределов судейского усмотрения при трактовке содержания прав человека имеют место в практике Верховного Суда США.

Наглядным примером релятивизма эксперты считают решение 1971 г. по делу **Когена против Калифорнии (Cohen v. California)** о свободе слова¹³. Судья Харлан в обоснование решения отметил: «То, что одному человеку кажется вульгарным, для другого представляется лирикой», а потому нет принципиальной основы, по которой можно отличить агрессивную, оскорбительную речь от какой-либо другой речи. Как было известно по данному делу, ответчик Коген был одет в жакет с надписью «Наплевать на проект». Судья Харлан вынес резолюцию о том, что надпись на жакете Когена является видом реализации права на свободу политического слова, так как Коген осуждал проект, а не пытался над ним надругаться. Не соглашаясь с позицией Харлана, Хэдли Аркес пишет о том, что слова действительно могут меняться, но моральная составляющая осуждения или одобрения выражается через соответствующий язык. Этот язык, если его рассматривать именно как язык, не извращающий природу человека, понятен простым людям, так же как очевидны соответствующие жесты нападения и оскорбления [Arkes, H., 2013, p. 969]. По мнению Хэдли Аркеса, правильная позиция Верховного Суда США по этому вопросу была обозначена в решении по делу **Чаплински против Нью-Хэмпшира (Chaplinsky v. New Hampshire)**¹⁴.

¹³ См.: 403 US. 15, 25 (1971).

¹⁴ См.: 315 US. 568 (1942).

В этом деле Суд при оценке ситуации исходил из естественно-правовой природы прав человека и признал, что установление на основе соответствующих аргументов запретов на однозначно выраженные оскорбительные слова и жесты не ущемляет свободу человека и пресекает тем самым совершение им еще более ужасных поступков.

Приведенные примеры из судебной практики свидетельствуют о том, что доктрина свободы усмотрения государства сложна и многоаспектна. Думается, однако, что даже более репрезентативный анализ судебных решений продемонстрирует как общие, так и отличительные подходы в толковании и применении международными и национальными судами доктрины свободы усмотрения. Данная доктрина имеет свойство к сегментированию и трансформации с учетом особенностей и задач органов международного и национального правосудия. В настоящее время она успешно используется в практике ЕСПЧ и признана 47 государствами разного уровня развития демократии. Ее применение, как представляется, могло бы послужить инструментом построения общего правового пространства и в других регионах, а также на глобальном уровне в рамках деятельности Международного Суда ООН.

4. Доктрина конституционной идентичности: актуальные проблемы реализации во взаимодействии Конституционного Суда Российской Федерации и ЕСПЧ

В начале XXI столетия в условиях глобализации права актуализировалась дискуссия о пределах конституционной идентичности государств. В Российской Федерации, в частности, на основе синтеза национальных интересов, традиционных российских духовно-нравственных ценностей и культурного развития граждан была выдвинута задача продвижения принципов конституционной идентичности российского государства.

Концепция конституционной идентичности в науке конституционного права еще недостаточно разработана, тем не менее специалисты не ограничивают трактовку данного понятия лишь буквой конституции. Так, французский профессор Мишель Тропер пишет, что конституционная идентичность проявляется в процессе выделения определенных сущностных принципов, которые отличаются от всех прочих норм конституции и на которые можно ссылаться для защиты самой конституции в случае наличия ей угрозы, которая способна нарушить связи между самой конституцией и людьми или народом, которым она призвана служить [Troper, М., 2010].

В контексте взаимодействия органов национального и международного правосудия конституционная идентичность, выражая специфику конкретного государства, допускает наличие таких конституционных особенностей, которые при определенных обстоятельствах могут служить основанием для отступления от соблюдения договорных обязательств, не ставя под сомнение их легитимность.

Доктрина конституционной идентичности нашла отражение в учредительных актах Евросоюза и в практике Суда ЕС и органов конституционного контроля государств – членов ЕС [Васильева, Т. А., 2019]. Именно

к ней обращаются государства с тем, чтобы легитимировать отказ от исполнения своих обязательств в рамках европейской интеграции или отклонение от общих для всех государств – членов ЕС конституционных ценностей. Интерес к доктрине конституционной идентичности, как отмечает Т. А. Васильева, существенного возрос в условиях кризисов – финансового кризиса 2008–2012 гг. и миграционного кризиса, связанного с массовым притоком беженцев из Африки и с Ближнего Востока в 2015–2016 гг. [Васильева, Т. А., 2019, с. 32].

Можно отметить определенные различия в подходах «старых» и «новых» членов ЕС к взаимодействию европейского и национальных правовых порядков, в правовой аргументации при рассмотрении вопросов, связанных с конституционной идентичностью. Поскольку решения институциональных структур ЕС могут быть реализованы только посредством действий национальных органов публичной власти, между Судом ЕС и национальными конституционными судами ведется постоянный диалог в целях взаимной адаптации национальных конституционных правовых порядков и права ЕС [Васильева, Т. А., 2019, с. 32–33].

Конституционная идентичность как концепция отражения в конституциях национальной конституционной культуры основана на особенностях правопонимания конституционных ценностей и принципов, конституционных прав и свобод, формирующих образ конституционного строя, обусловленный объективными закономерностями и потребностями конституционного развития. Эксперты увязывают актуализацию проблемы конституционной идентичности с тенденциями расширения наднационального регулирования публично-правовых отношений, института прав и свобод, а также возрастания активизма межгосударственных и внутригосударственных судебных органов.

Обозначенные тенденции можно проиллюстрировать на примере судебного активизма ЕСПЧ, который посредством эволютивного толкования Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и выявления коллизий с национальными конституциями вступил в диалог с конституционными и иными высшими судами конституционной юрисдикции по вопросам соотношения норм международных договоров и конституций, пределов усмотрения национальным законодательством и судебной практикой, допустимости исполнения договорных положений и решений межгосударственных судебных органов на основе принципа конституционной идентичности государств, рассматриваемого в единстве с принципами государственного суверенитета и верховенства конституции.

Уже начиная с 70-х гг. XX столетия государства – участники Конвенции начали возражать против излишне активистского характера деятельности ЕСПЧ.

Так, в 1973 г. в деле «Голдер против Соединенного Королевства» рассматривался вопрос о правах заключенных (Golder v United Kingdom (1973) Series B No. 16). ЕСПЧ истолковал положения Конвенции иначе, чем суд Соединенного Королевства. Власти Соединенного Королевства настаивали на том, что в отношении Конвенции должен соблюдаться так называемый принцип Lotus (Решение Постоянного Суда международного правосудия по спору между Франци-

ей и Турцией (**France v. Turkey**) (1927) P. C. I. J., Ser. A, No. 10), в соответствии с которым Конвенция должна толковаться узко как соглашение между государствами, предусматривающее добровольное ограничение суверенитета государства, но лишь в межгосударственных отношениях. В дальнейшем, однако, противодействие между ЕСПЧ и национальными судами все больше стало опираться на применение последними принципа конституционной идентичности в его взаимосвязи с принципами субсидиарности, государственного суверенитета, верховенства конституции.

Идею конституционной идентичности в той или иной мере используют органы конституционного контроля по всему миру для обоснования наиболее сложных решений.

Так, Федеральный Конституционный Суд Германии принцип конституционной идентичности применил впервые в деле «Соланж», отметив, что германский Конституционный Суд в исключительных случаях может признать нормы европейского права неприменимыми в ФРГ¹⁵. Такой подход был подтвержден в его дальнейших решениях.

Аналогичные подходы присутствовали в решениях конституционных судов Италии, Венгрии, Ирландии и некоторых других европейских государств.

К доктрине конституционной идентичности обращаются суды государств других континентов.

Так, Верховный Суд Индии в деле «Minerva Mills Ltd. v Union of India» от 31 июля 1980 г. подчеркнул, что «Конституция – это драгоценное наследие, идентичность которого невозможно изменить»¹⁶.

В Латинской Америке Верховный Суд Аргентины 14 февраля 2017 г. впервые признал неисполнимым решение Межамериканского Суда по правам человека, вынесенное в 2011 г. против Аргентины, которое касалось свободы распространения информации в СМИ. Верховный Суд постановил, что Межамериканский Суд не обладал достаточной компетенцией для того, чтобы отменить решение национального суда¹⁷. Одним из оснований отказа стало противоречие национального решения конституционной идентичности Аргентины в ее понимании Верховным Судом.

В российской конституционно-правовой практике понятие конституционной идентичности, как отметил В. Д. Зорькин в одной из своих статей, появилось совсем недавно [Зорькин, В. Д., 2017]. Впервые оно было использовано в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 г. № 21-П, а затем в его Постановлении от 19 апреля

¹⁵ Решение Федерального конституционного суда Германии от 25 мая 1974 г. BverfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I – Beschluß [Электронный ресурс].

¹⁶ Верховный Суд Индии в деле «Minerva Mills Ltd. v Union of India». Цит. по: Зорькин В. Д. Конституционная идентичность России: доктрина и практика. Выступление Председателя Конституционного Суда Российской Федерации. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=82>.

¹⁷ Права человека в Латинской Америке: доклады международных организаций // Институт Латинской Америки РАН. Май 2012 года. URL: <http://www.ilaran.ru/>.

2016 г. № 12-П в связи с вопросом о возможности исполнения постановления ЕСПЧ, посчитавшего, что норма российской Конституции, которая запрещает участие в выборах для лиц, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда, не соответствует Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Доктринальные же подходы к этой проблеме начали формироваться значительно раньше (толчком здесь послужило известное дело «Маркин против России») [Гаджиев, Г. А., 2016].

Конституционный Суд Российской Федерации в своих постановлениях сформулировал правовые позиции, согласно которым особое внимание наднациональных органов к базовым элементам конституционной идентичности – основам конституционного строя Российской Федерации и конституционным правам человека – позволит снизить вероятность конфликта между национальным и наднациональным правом. При сохранении суверенитета государств взаимодействие европейского конвенционного и российского конституционного правопорядков невозможно в условиях субординации, поскольку только диалог между различными правовыми системами является основой их надлежащего равновесия, и от уважения со стороны ЕСПЧ национальной конституционной идентичности государств – участников Конвенции во многом зависит эффективность ее норм во внутригосударственном правопорядке. Конституционный Суд Российской Федерации, признавая фундаментальное значение европейской системы защиты прав и свобод человека и гражданина, частью которой являются постановления ЕСПЧ, готов к поиску правомерного компромисса ради поддержания этой системы, но оставляет за собой определение степени своей готовности к нему, поскольку границы компромисса в данном вопросе очерчивает именно Конституция Российской Федерации¹⁸.

Принцип конституционной идентичности был использован в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2016 г. № 12-П в связи с вопросом о возможности исполнения Постановления ЕСПЧ от 4 июля 2013 г. по делу «Анчугов и Гладков против России». ЕСПЧ пришел к выводу, что установленный ч. 3 ст. 32 Конституции Российской Федерации запрет участвовать в выборах для лиц, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда, ограничивает избирательные права этой категории граждан, нарушает гарантированное ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции субъективное право на участие в выборах. Опираясь на принцип конституционной идентичности, Конституционный Суд Российской Федерации постановил признать невозможным исполнение Постановления ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России» в силу его противоречия Конституции Российской Федерации¹⁹. Аналогичный вывод на основе применения принципа конституционной идентичности был сделан

¹⁸ Постановления от 14 июля 2015 г. № 21-П, от 19 апреля 2016 г. № 12-П, от 15 ноября 2016 г. № 24-П, от 19 января 2017 г. № 1-П и от 11 мая 2017 г. № 13-П. Доступ из справочной правовой службы «КонсультантПлюс».

¹⁹ <https://www.coe.int/ru/web/commissioner/-/non-implementation-of-the-court-s-judgments-our-shared-responsibility>.

в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 19 января 2017 г. № 1-П в связи с разрешением вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации Постановления Европейского Суда по правам человека от 31 июля 2014 г. по делу «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России»²⁰ и других последующих постановлений Конституционного Суда Российской Федерации.

Основной посыл к реализации принципа конституционной идентичности должен исходить, как представляется, из объективной потребности сохранить неизменность конституционных положений, основанных на исторически сложившихся традициях и особенностях конституционно-правовой культуры конкретной страны, с одной стороны, и обеспечить их возможность быть действенными регуляторами интенсивно развивающихся общественных отношений, вносящих существенные изменения в устоявшуюся практику регулирования и реализации правопорядка, с другой стороны. В настоящее время можно утверждать, что в современной конституционно-правовой науке присутствует оптимизм относительно модели диалога и непрерывного поиска компромисса как наиболее оптимального пути разрешения споров о конституционной идентичности между институциональными структурами международных организаций и национальными органами публичной власти. В то же время важно понимать, что есть основные критерии конституционной идентичности, следование которым должно стать общим ориентиром эффективного взаимодействия, и прежде всего конституционные права и свободы, принципы и ценности Конституции.

Обсуждение и заключение

Обобщая изложенное, важно подчеркнуть актуальность исследования доктрин взаимодействия национального и международного правосудия в конституционно-правовых отношениях. Такие широко востребованные новые доктрины, как глобальный конституционализм, конституционный судебный диалог, судебный активизм, свобода усмотрения, конституционная идентичность, аналогично ранее устоявшимся и активно используемым в настоящее время доктринам государственного суверенитета, верховенства конституции, субсидиарности, пропорциональности, правовой определенности и ряда других, должны, на наш взгляд, приобретать общие черты публично-правового консенсуса в их судебном толковании и применении в международных и внутригосударственных отношениях.

Рассмотрение актуальных аспектов теории и практики взаимодействия национального и международного правосудия в публично-правовых отношениях позволяет обнаружить сущностные изменения в системе права. Сделанное некогда предположение Г. Кельзена [Bernstorff, J., 2015, p. 9] об обязательности международного правосудия не стало абсолютным императивом, однако влияние международных судов на правотворческую и правоприменительную практику государств более чем очевидно. Общая тенденция такова, что государства стремятся взаимодействовать с органами международного правосудия, выстраивают доктрины взаимовлия-

²⁰ http://www.echr.ru/news/msg.asp?id_msg=4161.

ния практики национальных и международных судов. На фоне сформировавшихся тенденций перспективной представляется не только оценка существующих, но и поиск новых доктрин вертикального и горизонтального взаимодействия с целью защиты согласованного международного правопорядка, с одной стороны, и конституционного строя государств, с другой стороны, утверждения прав человека и других высших гуманитарных ценностей как показателей прогресса в поступательном развитии человеческой цивилизации. Целесообразно также повысить периодичность синхронного обобщения судебной практики и увеличить количество издаваемых судебных обзоров (отчетов), осуществлять обмен ими на вертикальном и горизонтальном уровнях международного и национального правосудия.

Список использованной литературы

Васильева Т. А. Суд ЕС и конституционные суды государств – членов Европейского Союза в поисках конституционной идентичности // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14, № 2. С. 32–58. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-vasilieva.

Галенская Л. Н. Применение принципов международного права в судебной практике // Российское правосудие. 2018. № 7. С. 52–60.

Голдобина З. Г., Игнатенко А. В. Судебный активизм в контексте американской политико-правовой доктрины в последние десятилетия XX века // Правоведение. 2007. № 2. С. 135–144.

Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 628 с. ISBN: 978-5-93916-631-7.

Зорькин В. Д. Конституционная идентичность России: доктрина и практика // Журнал конституционного правосудия. 2017. № 4. С. 1–12.

Исполинов А. С. Национальные суды и международное право: принуждение к дуализму // Будущее международного права : сб. ст. / под ред. К. А. Бекашева. М. : Проспект, 2016. С. 128–138. ISBN: 978-5-392-21156-2.

Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М. : Изд-во Современ. гуманитар. ун-та, 2003. 520 с. ISBN: 5832303180.

Ковлер А. И. «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // Международное правосудие. 2013. № 3. С. 52–63.

Сюдр Ф. Субсидиарность – «новые рамки» для Европейского суда по правам человека (о дополнении Конвенции Протоколами № 15 и № 16) // Права человека. Практика Европейского суда по правам человека. 2014. № 6. С. 6–14.

Умнова И. А. Конституционный судебный активизм как проявление тенденции конституционализации судебной власти // Материалы

VII Международной научно-практической конференции «Судебная реформа в России: прошлое, настоящее, будущее» / под ред. В. В. Комаровой, Г. Д. Садовниковой, С. С. Заикина. М. : Изд. центр Ун-та им. О. Е. Кутафина (МГЮА), 2015а. 268 с.

Умнова И. А. О тенденции расширения судебной практики применения норм Конституции РФ в единстве с общими принципами права // Конституционное и муниципальное право. 2015b. № 6. С. 3–9.

Alter K. J. The new terrain of international law: courts, politics, rights. New Jersey : Princeton University Press, 2014. 480 p.

Arkes H. The natural law challenge // The Harvard Journal of Law & Public Policy. 2013. Vol. 36, no. 3. P. 961–975.

Bernstorff J. Hans Kelsen on judicial law-making by international courts and tribunals: A theory of global judicial imperialism? // European Society of International Law: Conference Paper (Oslo). 2015. Vol. 5, no. 8. P. 1–12.

Bright D., Brière I. P., Poon C.-M. Report on the seminar: Current trends in international criminal justice: Courts, cases and the rule of law. London : British Institute of International and Comparative Law, 2014.

Brown B. International criminal law: Nature, origins and a few key issues. Cheltenham : IIT Chicago-Kent, College of Law, 2011. P. 3–16.

Constitutional conversations in Europe: Actors, topics and procedures / eds. M. Claes, et al. Antwerp : Intersentia. Driessen, 2012. 245 p.

Follesdal A. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American court of human rights // International Journal of Constitutional Law. 2017. Vol. 15, no. 2. P. 359–371.

Gerards J. Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European court of human rights // Human Rights Law Review. 2018. Vol. 18, issue 3. P. 495–515.

Ku J., Yoo J. Globalization and the Constitution // Taming Globalization: International law, The U. S. Constitution, and the New World Order. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 4–11.

McGoldrick D. A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human rights committee // International and Comparative Law Quarterly. 2016. Vol. 65, no. 1. P. 21–60.

Meuwese A., Snel M. Constitutional dialogue: An overview // Utrecht Law Review. 2013. №. 2. P. 123–140. URL: <http://doi.org/10.18352/ulr.231>.

Peters A. The merits of global constitutionalism // Indiana Journal of Global Legal Studies. 2009. Vol. 16, no. 2. P. 398–399.

Preuss U. K. The Constitution separate from state. Is global constitutionalism a viable concept? // The twilight of constitutionalism? / eds. P. Dobner, M. Loughlin. Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 23–46.

Sadlo U. Do international courts make law in small steps? Evidence from the citation web of CJEU case law // Draft paper submitted for consider-

ation for the First European empirical legal studies conference. Amsterdam, 2016. P. 1–17.

Troper M. Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France // *Constitutional Topography: Values and Constitutions* / eds. A. Sajo, R. Uitz. Hague : Eleven International Publishing, 2010. P. 187–212. ISBN: 9789077596920; 9077596925.

Ulfstein G. International courts and judges: Independence, interaction and legitimacy // *New York University Journal of International Law and Politics*. 2014. Vol. 46. P. 849–866.

Vadi V. The migration of constitutional ideas to regional and international economic law: The case of proportionality // *Northwestern Journal of International Law and Business*. 2015. Vol. 35, no. 3. P. 557–589.

Reference

Alter, K. J., 2014. *The new terrain of international law: courts, politics, rights*. New Jersey: Princeton University Press.

Arkes, H., 2013. The natural law challenge. *The Harvard Journal of Law & Public Policy*, 36(3), pp. 961–975.

Bernstorff, J., 2015. Hans Kelsen on judicial law-making by international courts and tribunals: A theory of global judicial imperialism? *European Society of International Law: Conference paper (Oslo)*, 5(8), pp. 1–12.

Bright, D., Brière, I. P. and Poon, C. M., 2014. *Report on the seminar: Current trends in international criminal justice: Courts, cases and the rule of law*. London: British Institute of International and Comparative Law.

Brown, B., 2011. *International criminal law: Nature, origins and a few key issues*. Cheltenham: Chicago-Kent College of Law, 2011. Pp. 3–16.

Claes, M., et al., eds., 2012. *Constitutional conversations in Europe: Actors, topics and procedures*. Antwerp: Intersentia. Driessen. 245 p.

Follesdal, A., 2017. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American court of human rights. *International Journal of Constitutional Law*, 15(2), pp. 359–371.

Galenskaya, L. N., 2018. Application of the principles of international law in judicial practice. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 7, pp. 52–60. (In Russ.)

Gerards, J., 2018. Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European court of human rights. *Human Rights Law Review*, 18(3), pp. 495–515.

Goldobina, Z. G. and Ignatenko, A. V., 2007. Judicial activism in the context of American political and legal doctrine in the last decades of the XX century. *Pravovedenie* = [Jurisprudence], 2, pp. 135–144. (In Russ.)

Ershov, V. V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennyh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of public relations].

Monograph. Moscow: Russian State University of Justice. (In Russ.) ISBN: 978-5-93916-631-7.

Ispolinov, A. S., 2016. [National courts and international law: dualism enforcement]. In: K. A. Bekyashev, ed. *Budushchee mezhdunarodnogo prava* = [The Future of international law]. Moscow: Prospect. Pp. 128–138. (In Russ.) ISBN: 978-5-392-21156-2.

Kerimov, D. A., 2003. *Metodologiya prava (predmet, funktsii, problemy filosofii prava)* = [Methodology of law (subject, functions, problems of philosophy of law)]. Moscow: Publishing House of the Modern Humanities University. (In Russ.) ISBN: 5832303180.

Kovler, A. I., 2013. [“Moral sovereignty” in the face of “state sovereignty” in the European system of human rights protection]. *Mezhdunarodnoe pravosudie* = [International Justice], 3, pp. 52–63. (In Russ.)

Ku, J. and Yoo, J., 2012. Globalization and the Constitution. *Taming Globalization: International law, The U. S. Constitution, and the New World Order*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 4–11.

McGoldrick, D., 2016. A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human rights committee. *International and Comparative Law Quarterly*, 65(1), pp. 21–60.

Meuwese, A. and Snel, M., 2013. Constitutional dialogue: An overview. *Utrecht Law Review*, 2, pp. 123–140. Available at: <<http://doi.org/10.18352/ulr.231>>.

Peters, A., 2009. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), pp. 398–399.

Preuss, U. K., 2010. The Constitution separate from state. Is global constitutionalism a viable concept? In: P. Dobner, M. Loughlin, eds. *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press. P. 23–46.

Sadlo, U., 2016. Do international courts make law in small steps? Evidence from the citation web of CJEU case law. *Draft paper submitted for consideration for the First European empirical legal studies conference*. Amsterdam. Pp. 1–17.

Sudr, F., 2014. [Subsidiarity – a “new framework” for the European Court of Human Rights (on the addition of the Convention by Protocols No. 15 and No. a16)]. *Prava cheloveka. Praktika Evropejskogo suda po pravam cheloveka* = [Human Rights. The Practice of the European Court of Human Rights], 6, pp. 6–14. (In Russ.)

Troper, M., 2010. Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France. In: A. Sajo and R. Uitz, eds. *Constitutional Topography: Values and Constitutions*. Hague : Eleven International Publishing. Pp. 187–212. ISBN: 9789077596920; 9077596925.

Ulfstein, G., 2014. International courts and judges: Independence, interaction and legitimacy. *New York University Journal of International Law and Politics*, 46, pp. 849–866.

Umnova, I. A., 2015. [Constitutional judicial activism as a manifestation of the trend of constitutionalization of judicial power]. In: V. V. Komarova,

G. D. Sadovnikova and S. S. Zaikin, eds. *Materialy VII Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii "Sudebnaya reforma v Rossii: proshloe, nastoyashchee, budushchee"* = [Materials of the VII International Scientific and Practical Conference "Judicial reform in Russia: past, present, future"]. Moscow: Publishing Center of the Kutafin State Law University (MGU). (In Russ.)

Umnova, I. A., 2015. [On the trend of expanding the judicial practice of applying the norms of the Constitution of the Russian Federation in unity with the general principles of law]. *Konstitucionnoe i municipal'noe pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 6. pp. 3–9. (In Russ.)

Vadi, V., 2015. The migration of constitutional ideas to regional and international economic law: The case of proportionality. *Northwestern Journal of International Law and Business*, 35(3), pp. 557–589.

Vasil'eva, T. A., 2019. [The Court of the EU and the constitutional courts of the Member States of the European Union in search of constitutional identity]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava Rossijskoj akademii nauk* = [Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences], 14(2), pp. 32–58. (In Russ.) DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-2-vasilieva.

Zor'kin, V. D., 2017. [Constitutional identity of Russia: doctrine and practice]. *Zhurnal konstitucionnogo pravosudiya* = [Journal of Constitutional Justice], 4, pp. 1–12. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Умнова-Конюхова Ирина Анатольевна, доктор юридических наук, руководитель научного направления конституционно-правовых исследований Центра исследования проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», профессор кафедры конституционного права имени Н. В. Витрука ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69).

Irina A. Umnova-Konyukhova, Dr. Sci. (Law), Head of the Research Direction of Constitutional and Legal Research of the Justice Research Center, Russian State University of Justice, Professor of the Vitruk Constitutional Law Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

E-mail: ikonyukhova@yandex.ru

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 20.10.2021; дата одобрения после рецензирования: 02.11.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 09.11.2021.

Submitted: 20.10.2021; reviewed: 02.11.2021; revised: 09.11.2021.

Научная статья

УДК 342.92

DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.140-166



История, проблемы и перспективы модернизации института административной ответственности в России: к двадцатилетию принятия Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях

П. И. Кононов

Второй арбитражный апелляционный суд, Киров, Российская Федерация
pav.cononov@yandex.ru

Аннотация

Введение. Статья посвящена исследованию основных исторических этапов эволюции института административной ответственности в России, анализу содержания, проблем применения и совершенствования принятого двадцать лет назад и действующего до настоящего времени Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (КоАП РФ). Необходимость проведения указанного исследования обусловлена значимостью административной ответственности в правоохранительном механизме российского государства на протяжении уже нескольких столетий, а также наличием ряда недостатков в КоАП РФ, которые не позволяют в полной мере обеспечивать реализацию на практике конституционных принципов правовой государственности, применять к лицам, совершившим административные правонарушения, обоснованные и справедливые административные наказания.

Теоретические основы. Методы. Теоретическую основу исследования составили: нормативный материал, содержащийся в правовых актах об административной ответственности, комментарии соответствующих законодательных актов, труды современных отечественных ученых в области административного права, посвященные проблемным вопросам законодательства об административных правонарушениях. Основными использованными методами исследования явились метод формально-юридического анализа и сравнительно-правовой метод.

Результаты исследования. Констатируется, что административная ответственность получила законодательное закрепление и стала применяться в России наряду с уголовной ответственностью с XVIII в. Показано, что в советский период истории отечественной государственности возник самостоятельный массив правовых актов, предусматривавших применение мер административной ответственности, нормы которых в 80-е гг. прошлого столетия были кодифицированы. Подчеркнута значимость КоАП РФ 2001 г. для развития законодательства об административных правонарушениях в условиях постсоветской России. В то же время отмечается наличие в данном Кодексе как заложенных изначально, так и приобретенных в процессе его изменения и дополнения на протяжении всего периода действия целого ряда существенных недостатков, требующих устранения. Поддерживается утвержденная в 2019 г. Правительством Российской Федерации Концепция

нового Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, акцентируется внимание на ее наиболее принципиальных и значимых для правоприменения положениях.

Обсуждение и заключение. В результате проведенного исследования формулируются выводы об эволюции института административной ответственности в России на протяжении многовекового исторического периода, о значимости проведенной в конце XX – начале XXI в. кодификации правовых норм об административных правонарушениях, в том числе и действующего КоАП РФ, но при этом отмечается необходимость его модернизации.

Ключевые слова: административная ответственность, административное правонарушение, административное наказание, взыскание, законодательство, проступок

Для цитирования: Кононов П. И. История, проблемы и перспективы развития института административной ответственности в России: к двадцатилетию принятия Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 140–166. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.140-166.

History, Problems and Prospects of Modernization of the Institute of Administrative Responsibility in Russia: On the Twentieth Anniversary of the Adoption of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation

Pavel I. Kononov

Second Arbitration Court of Appeal, Kirov, Russian Federation

For correspondence: pav.kononov@yandex.ru

Abstract

Introduction. The article is devoted to the study of the main historical stages of the evolution of the institute of administrative responsibility in Russia. Specifically, the analysis of the content, problems of application and improvement of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation as adopted twenty years ago which are still in force today (hereinafter – the Administrative Code of the Russian Federation). The need for this study is due to the importance of administrative responsibility in the law enforcement mechanism of the Russian state for several centuries, as well as the presence of what are surely a number of shortcomings in the Administrative Code of the Russian Federation. These shortcomings mean that full implementation in practice of the constitutional principles of legal statehood, the application of reasonable and fair administrative penalties to persons who have committed administrative offenses – is not fully realised.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the study consisted of a detailed study of normative material contained in legal acts on administrative responsibility, comments on relevant legislative acts, and the works of modern Russian scientists in the field of administrative law devoted to problematic issues of legislation on administrative offenses. The main research methods used were the method of formal legal analysis and the comparative legal method.

Results. This paper states that administrative responsibility has received legislative consolidation and has been applied in Russia along with criminal liability since the XVIII century. It is shown that in the Soviet period of the history of the national statehood, an independent array of legal acts emerged that provided for the application of administrative liability measures, the norms of which were codified in the 80s years of the last century. The importance of the Administrative Code of the Russian Federation of 2001 for the development of legislation on administrative offenses in post-Soviet Russia is particularly emphasised. At the same time, it is noted that there are a number of significant shortcomings in this code, both as initially laid down and later as acquired in the process of its modification and addition throughout the entire period of validity. These require

elimination. The Concept of the new Code of Administrative Offences of the Russian Federation approved in 2019 by the Government of the Russian Federation is supported, attention is focused on its most fundamental and significant provisions for law enforcement.

Discussion and Conclusion. As a result of the research which was undertaken, conclusions are formulated about the evolution of the institution of administrative responsibility in Russia over a centuries-old historical period. Conclusions are also presented about the significance of the codification of legal norms on administrative offenses carried out in the late XX – early XXI centuries, including the current Administrative Code of the Russian Federation, but at the same time the need for its modernisation is noted.

Keywords: administrative responsibility, administrative offense, administrative punishment, penalty, legislation, misconduct

For citation: Kononov, P. I., 2021. History, problems and prospects of modernization of the institute of administrative responsibility in Russia: On the twentieth anniversary of the adoption of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 140–166. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.140-166.

Введение

Административная ответственность в Российской Федерации имеет весьма важное значение, поскольку наряду с более строгой уголовной ответственностью в соответствии со ст. 1.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (КоАП РФ) призвана обеспечивать решение таких многогранных публично значимых задач, как защита прав и свобод человека и гражданина, охрана здоровья граждан, окружающей среды, установленного порядка осуществления государственной власти, общественного порядка и общественной безопасности, собственности, защита законных экономических интересов физических и юридических лиц, общества и государства от административных правонарушений, а также предупреждение административных правонарушений.

Истоки института административной ответственности в России лежат в глубине многовекового развития российского государства и права. Между тем история возникновения и эволюции указанного института, за исключением периода второй половины XIX в. и XX в., в историко-правовой литературе не исследовалась. Проведение такого исследования, с нашей точки зрения, представляет существенный интерес, поскольку его результаты позволят получить более полное представление о месте и роли административной ответственности в разные периоды государственно-правового развития России, а значит, и о ее необходимости и востребованности в настоящее время. Не менее значимым для современной науки административного права и процесса является исследование имеющихся проблем применения действующего КоАП РФ, наличие которых существенно усложняет разрешение компетентными органами, должностными лицами и судьями дел об административных правонарушениях.

30 декабря 2021 г. исполняется двадцать лет со дня принятия КоАП РФ, введенного в действие с 1 июля 2002 г. В первоначальной редакции данного Кодекса уже были заложены определенные недостатки, связанные, в частности, с отсутствием в нем полноценных правил назначения административных наказаний на основе принципов индивидуализации, соразмерности и справедливости административной ответственности, неопределенностью правил установления вины юридических лиц в совершении ад-

министративных правонарушений, с отсутствием состязательности сторон обвинения и защиты в производстве по делам об административных правонарушениях. За период действия КоАП РФ в него было внесено огромное число дополнений и изменений, связанных, главным образом, с бессистемным включением в его Особенную часть новых составов административных правонарушений. При этом отмечалась тенденция ужесточения административных наказаний, в частности постоянного увеличения размеров административных штрафов, устанавливаемых за совершение различных правонарушений. Многие нормы Общей и Особенной частей КоАП РФ имеют сложную конструкцию, содержат массу исключений из установленных ими общих правил, что существенно усложняет их понимание и применение на практике. Все эти обозначенные факторы обусловили необходимость научного переосмысления сложившихся подходов к пониманию существа и оснований административной ответственности и ее нормативно-правовому регулированию. В 2019 году Правительством Российской Федерации была утверждена Концепция нового Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, на основе и в соответствии с которой ведется работа по подготовке соответствующих законопроектов.

В настоящей статье предпринята попытка дать краткий исторический очерк возникновения и эволюции института административной ответственности в России, обозначить основные вехи его законодательной регламентации, выявить принципиальные проблемы нормативного содержания и применения действующего КоАП РФ и акцентировать внимание на наиболее значимых направлениях совершенствования законодательства Российской Федерации об административных правонарушениях.

Теоретические основы. Методы

Объектом настоящего исследования выступают вопросы истории института административной ответственности, формирования и развития законодательства об административной ответственности в России, содержание и проблемы применения действующего КоАП РФ, перспективы разработки и наиболее значимые вопросы содержания проектов новых законодательных актов об административных правонарушениях. Предметом исследования являются правовые акты, содержащие нормы об административной ответственности, материалы законопроектной деятельности, связанные с разработкой нового законодательства Российской Федерации об административных правонарушениях, судебные акты Конституционного Суда Российской Федерации, связанные с толкованием положений действующего КоАП РФ, литература, посвященная проблемам административной ответственности и ее законодательного регулирования.

Методологическую основу исследования составляет комплекс общефилософских, общенаучных и частнонаучных методов познания, в том числе таких, как диалектический метод, метод формально-юридического анализа исследуемого нормативного материала, использованный для уяснения его содержания, выявления недостатков и противоречий в анализируемых нормах, сравнительно-правовой метод, использованный при сравнении содержания правовых актов об административной ответственности, приня-

тых и действовавших в разные периоды российской государственно-правовой истории.

Результаты исследования

Возникновение и эволюция института административной ответственности в России

Историко-правовое исследование российского законодательства показывает, что институт административной ответственности как самостоятельного вида юридической ответственности (наряду с уголовной) зародился еще в доимперский период отечественной истории. Конечно, в первом русском юридическом сборнике – Русской правде, появившемся еще в XI в. в Киевской Руси, не усматривается признаков существования отдельной от уголовной специальной публично-правовой ответственности членов тогдашнего общества. Все предусмотренные указанным законодательным актом правонарушения и установленные за их совершение наказания, в том числе штрафного характера (виры, продажи), имеют уголовно-правовую природу. Данный факт не ставится под сомнение и в современной историко-правовой литературе [Сырых, В. М., ред., 2019, с. 43–46; Пашенцев, Д. А. и Чернявский, А. Г., 2019, с. 32–33].

В период существования Московского государства административное законодательство находилось еще в зачаточном состоянии и юридически не было обособлено от других видов законодательства: гражданского, уголовного, семейного, процессуального. В нормативных правовых актах того времени нормы различных отраслей права были перемешаны, в их построении не было надлежащей системы. Вместе с тем во второй половине XVI–XVII в. издаются нормативные правовые акты, предусматривающие за нарушение тех или иных правил наряду с уголовными наказаниями физического характера также публично-правовые имущественные взыскания (пени) в пользу государя. Публично-правовая ответственность в виде пени в пользу государя была установлена, в частности, отдельными царскими указами за незаконную продажу или обмен лошадей, нарушение правил ямской гоньбы, жесвидетельство относительно имущества поместий, нарушение откупщиками и мытниками правил уплаты платежей за перевозки и мосты, неосвоение предоставленных для сельскохозяйственного использования земель [Носов, Н. Е., ред., 1986, с. 36–37, 105–106, 174, 198–200]. Правовая природа обозначенной меры ответственности отличается от законодательно установленных и обычно применявшихся в рассматриваемый исторический период уголовных наказаний. В этой связи представляется правомерной постановка вопроса о возможности отнесения ее к мерам административной ответственности штрафного характера.

В первой четверти XVIII в. в период правления Петра I началось формирование в качестве самостоятельных отраслей законодательства о государственном строе и административного законодательства. В частности, были приняты нормативные правовые акты о Правительствующем Сенате и учреждениях при нем, о Генерал-Прокуроре, о государственных коллегиях, выполнявших функции государственного управления в отдельных сферах жизнедеятельности государства и общества, об органах и должност-

ных лицах полиции, о государственной службе. Возникновение системы публичного законодательства создало предпосылку для установления специальных мер публично-правовой ответственности за нарушение его положений, отличных от традиционно применявшихся в Русском государстве мер уголовной ответственности, т. е. уголовных наказаний. Такой мерой ответственности стал штраф, взыскиваемый в пользу государства и применяемый во внесудебном, административном порядке. В частности, Петром I был издан ряд указов, предусматривавших публично-правовую ответственность государственных должностных лиц, служащих государственных учреждений в виде наложения на них штрафов за нарушение установленных правил функционирования государственного аппарата, неисполнение законов и указов императора [Воскресенский, Н. А., 1945, с. 215, 263–264]. Указанные штрафы действительно применялись и взыскивались Правительствующим Сенатом¹. Кроме того, указами о применении полицейских мер, направленных на охрану общественного порядка, обеспечение соблюдения правил благоустройства городов, винокурения, предусматривалось наложение штрафов за нарушение соответствующих правил [Клеандрова, В. М., и др., 1997, с. 629–631, 644–645]². Названные меры штрафного характера, применявшиеся во внесудебном порядке, на наш взгляд, могут уже вполне обоснованно квалифицироваться в качестве мер административной ответственности.

В период правления Екатерины II впервые принимается кодифицированный административный закон – Устав благочиния, или Полицейский, который был утвержден Указом от 8 апреля 1782 г. Среди прочего главами «М» и «Н» данного Устава наряду с уголовной ответственностью за преступления предусматривалась и применяемая во внесудебном порядке органами полиции ответственность за проступки, связанные, главным образом, с нарушением правил поведения в общественных местах и правил благоустройства городов. К мерам ответственности за проступки относились применяемые полицией взыскания в виде штрафа (пени), ареста, содержания в исправительном, смирительном и рабочем домах [Чистяков, О. И., ред., 1987, с. 364–387, 410–413]. Такая внесудебная, полицейская ответственность, с нашей точки зрения, вполне отвечает признакам административной ответственности.

¹ См., например: Доклады и приговоры, состоявшиеся в Правительствующем Сенате в царствование Петра Великого, изданные Императорской академией наук / под ред. Н. В. Калачова. Т. II. Год 1712. Кн. I (январь – июль). СПб., 1882. С. 100, 362–363 ; Доклады и приговоры, состоявшиеся в Правительствующем Сенате в царствование Петра Великого, изданные Императорской академией наук / под ред. Н. В. Калачова. Т. II. Год 1712. Кн. II (июль – декабрь). СПб., 1883. С. 206–211 ; Доклады и приговоры, состоявшиеся в Правительствующем Сенате в царствование Петра Великого, изданные Императорской академией наук / под ред. Н. В. Калачова. Т. III. Год 1713. Кн. II (июль – декабрь). СПб., 1888. С. 548–549, 1363–1364.

² См.: Доклады и приговоры, состоявшиеся в Правительствующем Сенате в царствование Петра Великого, изданные Императорской академией наук / под ред. Н. В. Калачова. Т. II. Год 1712. Кн. I (январь – июль). С. 169.

Следующим этапом в развитии института публично-правовой ответственности, которая может быть охарактеризована по своей правовой природе в качестве административной, является эпоха разработки и принятия начиная с со второй четверти XIX в. кодифицированных законов-уставов, регулирующих вопросы государственного благоустройства, благочиния и уголовной ответственности. Здесь прежде всего необходимо выделить целый ряд полицейских уставов, которые предусматривали применение различными видами полиции административных взысканий за нарушение установленных этими же уставами правил поведения в сфере охраны общественного порядка, общественной безопасности, здравоохранения, торговли, благоустройства городов. Например, Свод учреждений и уставов врачебных по гражданской части содержал нормы об ответственности фармацевтов в виде наложения штрафа за нарушение правил работы аптек³. Уставом о паспортах и беглых устанавливалась ответственность в виде наложения штрафа за нарушение паспортных правил⁴. Уставом о предупреждении и пресечении преступлений – ответственность в виде наложения штрафа, ареста, содержания в смирительном, рабочем доме за нарушение общественного порядка (пьянство, непотребство, нищенство, развратное поведение)⁵. В Своде постановлений о фабричной, заводской и ремесленной промышленности содержался раздел, которым предусматривалась ответственность в виде наложения штрафа за нарушение законодательства о мануфактурах, фабриках и заводах⁶. В Уставе пожарном имелась глава 6, нормы которой устанавливали взыскания в виде штрафа за несоблюдение предосторожностей от пожара. Устав сельский судебный для государственных крестьян предусматривал налагаемые органами полиции денежные взыскания за проступки государственных крестьян. При этом интересно отметить, что ст. 361 данного Устава прямо разграничивала проступки как деяния, запрещенные законом под страхом легкого наказания или полицейского исправления, и преступления, за которые применялись уголовные наказания. Кроме того, в Уставе подробно регламентировался порядок разбора проступков в городской и земской полиции⁷.

³ См.: Свод законов Российской империи, повелением Государя Императора Николая Павловича составленный. Свод уставов благочиния. Часть вторая. Учреждения и уставы врачебные по гражданской части. СПб. : Тип. Второго отделения Собственной Его Императорского Величества канцелярии, 1842. С. 43–45.

⁴ Там же. Часть третья. Уставы о паспортах и беглых. С. 58–61.

⁵ Там же. Часть четвертая. Устав о предупреждении и пресечении преступлений. С. 35–40.

⁶ См.: Свод законов Российской империи, повелением Государя Императора Николая Павловича составленный. Свод уставов государственного благоустройства. Часть третья. Свод постановлений о фабричной, заводской и ремесленной промышленности. СПб. : Тип. Второго отделения Собственной Его Императорского Величества канцелярии, 1836. С. 877–878.

⁷ Свод законов Российской империи, повелением Государя Императора Николая Павловича составленный. Свод уставов государственного благоустройства. Часть четвертая. Уставы путей сообщения, строительный и пожарный. Часть пя-

Разграничение преступлений и проступков и соответствующих им мер уголовной и административной ответственности прослеживается также и в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных от 15 августа 1845 г. Как отмечается в историко-правовой литературе, разделы Уложения о преступлениях и проступках против имущества и доходов казны (раздел VII), против общественного благоустройства и благочиния (раздел VIII) содержали многочисленные составы правонарушений, являвшихся по существу административными правонарушениями. За совершение данных правонарушений органами полиции применялась ответственность в виде наложения взысканий, к числу которых относились, в частности, штраф, кратковременный полицейский арест, конфискация отдельных предметов и вещей (водки, спирта и т. п.) [Чистяков, О. И., ред., 1988, с. 168–169].

В период проведения в России Судебной реформы в 1864 г. был принят Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями. Все правонарушения, за совершение которых данным Уставом предусматривалась ответственность, именовались проступками. Вместе с тем из анализа указанного нормативного правового акта со всей очевидностью следует, что многие из таких проступков не обладали серьезной общественной опасностью и не могли быть квалифицированы в качестве преступлений. Об этом свидетельствует не только их характер, но и те наказания, которые подлежали применению за их совершение, в частности такие, как выговор, замечание, внушение, штраф в незначительном размере (например, в размере 1, 3, 5 руб.), арест до пятнадцати дней. Несмотря на то что наказания за подобные проступки назначались мировыми судьями, а не должностными лицами полиции, имеются достаточные основания полагать, что ответственность за их совершение являлась по своей правовой природе административной, а не уголовной [Чистяков, О. И., ред., 1991, с. 386–388, 395, 400–409].

Таким образом, представляется возможным сделать вывод о том, что уже в досоветский период российской юридической истории – начиная со второй половины XVI в. – возник и получил достаточно определенное нормативное закрепление самостоятельный вид публично-правовой ответственности – административной ответственности. Несмотря на смешивание в законодательных актах норм об уголовной и административной ответственности, существование последней наряду с уголовной вполне очевидно, поскольку она применялась несудебными (полицейскими) органами за совершение не преступлений, а проступков и состояла не в назначении наказаний, а в наложении взысканий главным образом штрафного характера. Следует отметить, что в отечественной историко-правовой литературе российское законодательство досоветского периода, нормы которого устанавливали меры административной по своей природе ответственности, не подвергалось соответствующему научному исследованию. Между тем необходимость проведения исследования такого достаточно обширно-

тая. Постановления о благоустройстве в городах и селениях. СПб. : Тип. Второго отделения Собственной Его Императорского Величества канцелярии, 1842. С. 359–361; С. 567–583, 590–592.

го и интересного нормативного материала представляется очевидной, поскольку его результаты могут дать ответы на многие вопросы, связанные с возникновением и исторической эволюцией в России института административной ответственности.

С началом советского периода истории российской государственности институт административной ответственности получает самостоятельное нормативно-правовое закрепление в законодательстве, административная ответственность окончательно обособляется от уголовной. В качестве первых основополагающих нормативных правовых актов, изданных в 20-е гг. XX столетия и предусматривавших общие правила применения мер административной ответственности, можно назвать Декрет Всероссийского центрального исполнительного комитета (ВЦИК) и Совета народных комиссаров (СНК) от 27 июля 1922 г. «О порядке издания обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке»⁸, Положение об издании местными исполнительными комитетами и городскими советами обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке, утвержденное ВЦИК и СНК 28 июня 1926 г.⁹, Инструкцию народных комиссариатов внутренних дел и юстиции РСФСР по применению указанного выше Декрета от 12 января 1924 г.¹⁰, а также Постановление Всероссийского центрального исполнительного комитета и Совета народных комиссаров от 30 апреля 1928 г. «Об ограничении наложения взысканий в административном порядке»¹¹. Первые три из названных нормативных правовых актов определяли порядок издания местными органами власти обязательных постановлений по вопросам охраны правопорядка, государственного и общественного имущества, здоровья населения, обеспечения безопасности, проведения противопожарных мер и т. п., а также устанавливали правила наложения соответствующими исполнительными комитетами и органами милиции взысканий (предупреждения, штрафа, принудительных работ) за нарушение таких обязательных постановлений, в том числе регламентировали производство по делам о наложении указанных взысканий. Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 30 апреля 1928 г. закрепило исчерпывающий перечень случаев предоставления нормативными правовыми актами права наложения в административном порядке взысканий в виде предупреждения, штрафа и принудительных работ. Постановлением ВЦИК и СНК РСФСР от 30 марта 1931 г. было утверждено новое Положение об издании местными исполкомами и советами обязательных постановлений и о наложении за их нарушение взысканий в административном порядке, которое более полно и точно урегулировало правила, в том числе процедуру наложения таких взысканий, определив в качестве основных органов, уполномоченных на их применение, образуемые при местных исполкомах и советах

⁸ Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 48. Ст. 603.

⁹ Собрание узаконений РСФСР. 1926. № 39. Ст. 304.

¹⁰ Бюллетень НКВД. 1924. № 4.

¹¹ Собрание узаконений РСФСР. 1928. № 50. Ст. 379.

специальные комиссии¹². В течение последующих десятилетий вплоть до 1981 г., когда были приняты Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях, законодательство об административной ответственности в целом носило децентрализованный, местный характер, поскольку такая ответственность за нарушение обязательных постановлений устанавливалась главным образом на уровне губерний, краев, областей городов и районов. Местные органы власти издавали множество обязательных постановлений и предусматривали за нарушение каждого из них административную ответственность¹³.

Вместе с тем отдельными нормативными правовыми актами федерального уровня (СССР и РСФСР) в период 30–70-х гг. XX в. предусматривалась административная ответственность за нарушение установленных на указанном уровне правил поведения, осуществления какой-либо деятельности в тех или иных сферах функционирования государства и народного хозяйства. К числу подобных актов можно, например, отнести Постановление Центрального исполнительного комитета и Совета народных комиссаров от 30 мая 1928 г. «О порядке издания Народным комиссариатом путей сообщения обязательных постановлений и о наложении за нарушение их взыскания в административном порядке»¹⁴, Воздушный кодекс Союза СССР от 7 августа 1935 г.¹⁵, Постановление СНК РСФСР от 7 октября 1932 г. «Об административной ответственности должностных лиц и частных нанимателей за нарушение законодательства о труде»¹⁶, Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 17 апреля 1973 г. «Об административной ответственности за повреждение электрических сетей напряжением до 1000 вольт»¹⁷, Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 19 июня 1968 г. «Об усилении административной ответственности за нарушение правил движения по улицам городов, населенных пунктов и дорогам и правил пользования транспортными средствами»¹⁸, Указ Президиума Верховного Совета СССР от 14 мая 1970 г. «Об административной ответственности за нарушение

¹² Собрание узаконений РСФСР. 1931. № 17. Ст. 186.

¹³ См., например: Сборник действующих обязательных постановлений Саратовского губисполкома Советов рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов с приложением ведомственных распоряжений и законоположений центральной власти. 1925 год. Саратов : Организацион. часть Саратов. губисполкома, 1925 ; Сборник обязательных постановлений Тверского губернского исполнительного комитета. Тверь, 1928. Октябрь ; Сборник обязательных постановлений Дальневосточного Крайисполкома, Владивостокского окрисполкома, Владивостокского горсовета и Никольск-Уссурийского горсовета на 1929 год. Владивосток : Владивосток. окружн. исполн. комитет Советов рабоче-крестьян., кр.-арм. и каз. депутатов, 1929.

¹⁴ Собрание законодательства СССР. 1928. № 36. Ст. 325.

¹⁵ Собрание законодательства СССР. 1935. № 43. Ст. 3596.

¹⁶ Собрание узаконений РСФСР. 1932. № 79. Ст. 348.

¹⁷ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1973. № 16. Ст. 351.

¹⁸ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1968. № 26. Ст. 1009.

земельного законодательства»¹⁹, Указ Президиума Верховного Совета СССР от 26 июля 1966 г. «Об усилении ответственности за хулиганство»²⁰, Постановление Совета Министров РСФСР от 16 октября 1963 г. № 1218 «Об установлении штрафов за нарушение правил пожарной безопасности»²¹.

Базовым нормативным правовым актом, определявшим основные правила и процедуры наложения в административном порядке штрафов, в период с 1961 по 1981 гг. являлся Указ Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1961 г. «О дальнейшем ограничении применения штрафов, налагаемых в административном порядке»²².

Таким образом, в период с 1920-х гг. по 1981 г. сформировался значительный массив разрозненных, не систематизированных нормативных правовых актов, предусматривавших административную ответственность за нарушение норм и правил, действовавших в разных сферах жизни государства и общества. При этом отсутствовал единый кодифицированный законодательный акт, который предусматривал бы единообразные правила установления и применения мер административной ответственности, осуществления производства по делам о наложении административных взысканий.

Осознанная законодателем необходимость систематизации разрозненных норм об административной ответственности обусловила разработку и принятие в 1981 г. Основ законодательства Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях²³ (далее – Основы). Характеризуя данный законодательный акт, необходимо прежде всего отметить, что в основу законодательства об административной ответственности было положено не понятие такой ответственности, а понятие «административное правонарушение». Определение данного понятия было впервые нормативно закреплено в ст. 7 Основ. Кроме того, в Основы впервые были введены процессуально-правовые категории «дело об административном правонарушении» и «производство по делам об административных правонарушениях». Основы впервые провели четкое разграничение компетенции Союза ССР и союзных республик по вопросам установления административной ответственности и правил ее применения, закрепили принципы, систему и общие правила наложения административных взысканий за совершение административных правонарушений, определили систему органов и должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, а также общий порядок производства по этим делам. Главное значение Основ, с нашей точки зрения, заключалось в том, что они сформировали общую конструкцию, модель построения законодательства об административных правонарушениях в республиках Советского Союза и стали правовой базой для разработки и принятия соответствующих республиканских кодексов об административных правонарушениях.

¹⁹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1970. № 20. Ст. 165.

²⁰ Ведомости Верховного Совета СССР. 1966. № 30. Ст. 595.

²¹ Собрание постановлений Правительства РСФСР. 1963. № 19. Ст. 130.

²² Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. № 35. Ст. 368.

²³ Ведомости Верховного Совета СССР. 1980. № 44. Ст. 909.

Постановлением Верховного Совета РСФСР от 20 июня 1984 г. был принят Кодекс РСФСР об административных правонарушениях (КоАП РСФСР) с введением его в действие с 1 января 1985 г.²⁴ КоАП РСФСР включал в себя пять разделов: I «Общие положения», II «Общая часть» и «Особенная часть», III «Органы, уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях», IV «Производство по делам об административных правонарушениях», V «Исполнение постановлений о наложении административных взысканий». Структурной особенностью данного Кодекса в отличие от действовавшего в то время Уголовного кодекса РСФСР явилось объединение в его составе материальной и процессуальной составляющих института административной ответственности. Первые два раздела Кодекса, по существу, воспроизводили в несколько иной редакции, с небольшими уточнениями и дополнениями соответствующие положения Основ. Многие нормы Общей части КоАП РСФСР были заимствованы из Уголовного кодекса РСФСР, в частности положения об умышленной и неосторожной вине в совершении административных правонарушений, о крайней необходимости, необходимой обороне, невменяемости, малозначительности правонарушения как основаниях, исключающих административную ответственность, об обстоятельствах, смягчающих или отягчающих такую ответственность. Особенная часть Кодекса состояла из десяти глав, каждая из которых содержала нормы, предусматривавшие составы административных правонарушений, совершаемых в различных сферах социально-экономической жизни государства и общества, в сфере охраны государственного и общественного порядка, и административную ответственность (административные взыскания) за их совершение. Впервые в Кодексе была осуществлена систематизация органов и должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, проведено четкое разграничение их компетенции по разрешению этих дел. Значительным шагом вперед в правовом регулировании административной ответственности стала процессуализация института этой ответственности. Раздел IV КоАП РФ достаточно полно регламентировал порядок осуществления производства по делам об административных правонарушениях, впервые введя в том числе применительно к разрешению данных дел такие обязательные элементы любой процессуальной деятельности, как состав лиц, участвующих в производстве, с определением их правового статуса, доказательства и правила доказывания, перечень обстоятельств, исключающих производство по делу. Впервые в рамках отдельной главы Кодекса были систематизированы нормы, определяющие содержание и правила применения мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях. Специальная глава КоАП РСФСР детально определяла правила исполнения постановлений о наложении административных взысканий.

Значение КоАП РСФСР 1984 г., на наш взгляд, заключалось прежде всего в том, что он явился первым в России кодифицированным законом, нормативно закрепившим институт административной ответственности как самостоятельного, наряду с уголовной, вида юридической ответственности,

²⁴ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1984. № 27. Ст. 910.

систематизировавшим нормы этого института и по существу сформировавшим общий облик законодательства об административных правонарушениях как самостоятельной составной части российского законодательства.

После распада в 1991 г. Советского Союза и возникновения по сути нового государства – Российской Федерации КоАП РСФСР продолжил свое действие на территории постсоветской России. В течение 90-х гг. XX столетия в связи с формированием в Российской Федерации новых политико-правовой и социально-экономической систем в Кодекс вносились определенные дополнения и изменения, связанные, главным образом, с установлением административной ответственности за вновь вводимые законодателем составы административных правонарушений (например, нарушение избирательного и антимонопольного законодательства), а также с реформированием системы органов исполнительной власти, уполномоченных на рассмотрение дел об административных правонарушениях. Что касается Общей части КоАП РФ, то в числе наиболее значимых изменений и дополнений, которые были внесены в нее в период с 1991 по 2001 г., можно выделить введение нового вида взыскания – административного выдворения за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства, а также дополнение такого взыскания, как «лишение специального права, предоставленного данному гражданину», лишением права на эксплуатацию радиоэлектронных средств или высокочастотных устройств.

В то же время параллельно с внесением поправок в действовавший КоАП РСФСР в рассматриваемый период были приняты (изданы) отдельные законы и подзаконные нормативные правовые акты, устанавливавшие административную ответственность, в том числе юридических лиц, за нарушение специальных правил осуществления тех или иных видов деятельности, а также регулировавшие процедуры ее применения. В числе таких нормативных правовых актов можно назвать, например, Закон Российской Федерации от 17 декабря 1992 г. № 4121-1 «Об административной ответственности предприятий, учреждений, организаций и объединений за правонарушения в области строительства»²⁵, Федеральный закон от 8 июля 1999 г. № 143-ФЗ «Об административной ответственности юридических лиц (организаций) и индивидуальных предпринимателей за правонарушения в области производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции»²⁶. Сложилась парадоксальная ситуация, обусловленная тем, что, с одной стороны, в стране, перешедшей на рельсы либерально-демократического и рыночного развития, продолжал действовать без каких-либо принципиальных изменений КоАП РСФСР советского образца, а с другой стороны, была введена в действие масса новых нормативных правовых актов, регулировавших материально-правовые и процессуально-правовые вопросы административной ответственности, вошедших в прямое противоречие с указанным Кодексом. В такой обстановке совершенно обоснованно был поставлен вопрос о необходимости

²⁵ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 2. Ст. 58.

²⁶ Собрание законодательства Российской Федерации. 1999. № 28. Ст. 3476.

сти разработки нового Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, который бы полностью соответствовал экономическим и политико-правовым реалиям, сложившимся после 1991 г., и особенно после принятия в 1993 г. Конституции Российской Федерации.

**Кодекс Российской Федерации об административных
правонарушениях 2001 г.: роль в развитии института
административной ответственности, проблемы содержания
и применения на практике, необходимость
и основные направления модернизации**

Федеральным законом от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ был утвержден Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях, который введен в действие с 1 июля 2002 г.²⁷ Как было отмечено выше, принятие данного Кодекса обусловлено необходимостью переориентации отечественного законодательства об административной ответственности на новую систему сложившихся в России социально-экономических и политико-правовых отношений. При разработке КоАП РФ следовало принять во внимание такие экономические и политико-правовые факторы, как возникновение в стране институтов частной собственности, свободного рынка и предпринимательства, необходимость их правового регулирования и правовой защиты, формирование новых политических и демократических форм функционирования государства и общества, а также подходов к пониманию и защите прав и свобод человека и гражданина. Указанные факторы безусловно повлияли на выработку концепции нового Кодекса, содержание его Общей, Особенной и процессуальной частей. В числе наиболее значимых новых положений КоАП РФ 2001 г., принципиально отличающих его содержание от содержания КоАП РСФСР 1984 г., с нашей точки зрения, можно выделить следующие.

1. По общим положениям и Общей части КоАП РФ:

- 1) введение принципа презумпции невиновности лица в совершении административного правонарушения (ст. 1.5 КоАП РФ);
- 2) установление административной ответственности юридических лиц и специальных правил ее применения (ст. 2.1, 2.10 КоАП РФ);
- 3) определение мер административной ответственности в качестве административных наказаний и введение нового вида таких мер, а именно дисквалификации (ст. 3.1–3.2 КоАП РФ);
- 4) отнесение к исключительной компетенции судей назначения большинства административных наказаний (ст. 3.7–3.11 КоАП РФ);
- 5) введение дифференцированных (два месяца и один год) сроков давности привлечения лиц к административной ответственности (ст. 4.5 КоАП РФ).

2. По Особенной части КоАП РФ:

- 1) установление административной ответственности за административные правонарушения в области информации (глава 13 КоАП РФ);

²⁷ Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 1 (ч. I). Ст. 1.

2) установление административной ответственности за административные правонарушения в области предпринимательской деятельности и деятельности саморегулируемых организаций, в том числе за нарушение законодательства о лицензировании, антимонопольного законодательства и законодательства о несостоятельности (банкротстве) (глава 14 КоАП РФ);

3) установление административной ответственности за административные правонарушения, связанные с нарушением правил работы с денежной наличностью, осуществления банковских, валютных операций, правил обращения ценных бумаг (глава 15 КоАП РФ);

4) установление административной ответственности за административные правонарушения в области таможенного дела (глава 16 КоАП РФ);

5) установление административной ответственности за административные правонарушения, посягающие на институты государственной власти (глава 17 КоАП РФ).

3. По процессуальной части КоАП РФ:

1) существенное расширение компетенции судей по разрешению дел об административных правонарушениях, отнесение рассмотрения дел об отдельных правонарушениях к подведомственности судей арбитражных судов (ст. 23.1 КоАП РФ);

2) расширение числа лиц, участвующих в производстве по делу об административном правонарушении, с включением в их состав защитника, законного представителя юридического лица, специалиста, понятых, прокурора (глава 25 КоАП РФ);

3) введение в КоАП РФ отдельной главы, устанавливающей правила доказывания по делу об административном правонарушении (глава 26 КоАП РФ);

4) введение в КоАП РФ отдельной главы, регулирующей основания и порядок применения мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях, с дополнением перечня таких мер новыми, в частности такими, как доставление, осмотр помещений и территорий, арест товаров, транспортных средств и иных вещей, привод;

5) введение стадии возбуждения дела об административном правонарушении, порядок которого регламентирован отдельной главой КоАП РФ (глава 28 КоАП РФ).

Таким образом, КоАП РФ создал определенную нормативно-правовую основу для обновления института административной ответственности применительно к условиям сложившейся к 2001 г. правовой системы Российской Федерации. Вместе с тем последующее применение данного Кодекса на практике показало наличие в нем ряда недостатков, некоторые из которых в течение последних двадцати лет были устранены законодателем, а иные сохраняются до настоящего времени. К числу устраненных законодателем, в том числе с учетом правовых позиций, обозначенных Конституционным Судом Российской Федерации, недостатков КоАП РФ следует, в частности, отнести предоставление правоприменителям возможности снижения размера назначаемого административного штрафа ниже установленного законом минимального размера (ч. 2.2–2.3, 3.1–3.3 ст. 4.1 КоАП РФ), введение правила о замене при соблюдении определенных условий

административного наказания в виде административного штрафа на предупреждение (ст. 4.1¹ КоАП РФ), установление общего порядка исчисления сроков (ст. 4.8 КоАП РФ), определение порядка извещения лиц, участвующих в производстве по делу об административном правонарушении (ст. 25.15 КоАП РФ), предоставление должностному лицу, уполномоченному на составление протокола об административном правонарушении, права на обжалование вынесенного по делу об этом правонарушении постановления.

Обозначим далее основные, на наш взгляд, проблемные вопросы правового регулирования института административной ответственности, которые, несмотря на постоянное внесение в КоАП РФ изменений и дополнений, остаются актуальными и требуют законодательного решения. Данные проблемы имеют место применительно ко всем частям КоАП РФ: Общей, Особенной и процессуальной.

Проблемы Общей части КоАП РФ

Прежде всего необходимо обратить внимание на отсутствие в действующем КоАП РФ определения базового понятия рассматриваемого института, а именно понятия «административная ответственность». Определение понятия административной ответственности через понятие административного правонарушения и наоборот, как это сделано в ч. 1 ст. 2.1 КоАП РФ, логически ошибочно. Сказать о том, что административная ответственность – это ответственность за совершение административного правонарушения, а административное правонарушение – деяние, за которое установлена административная ответственность, значит попасть в логический тупик. Понятие административной ответственности должно быть определено посредством указания на ее сущность и основные черты, позволяющие отделить данный вид юридической ответственности от других ее видов, прежде всего уголовной. Кроме того, определив в ч. 1 ст. 2.1 КоАП РФ понятие административного правонарушения, законодатель при этом не раскрыл понятие и элементы состава такого правонарушения, хотя в Кодексе данное понятие используется (п. 2 ч. 1 ст. 24.5 КоАП РФ).

Следующим недостатком Общей части КоАП РФ, с нашей точки зрения, является отсутствие нормативного закрепления четко определенной системы принципов административной ответственности. В настоящее время в ст. 1.4 и 1.5 КоАП РФ раскрыто содержание лишь двух принципов привлечения к административной ответственности: равенства перед законом и презумпции невиновности. Между тем в последние годы Конституционным Судом Российской Федерации на основе анализа практики применения КоАП РФ были сформированы устойчивые правовые позиции, касающиеся выработки таких принципов административной ответственности, как индивидуализация, справедливость и соразмерность применяемых к правонарушителям административных наказаний²⁸. Представляется, что

²⁸ См., например: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 февраля 2014 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 7.3, 9.1, 14.43, 15.19, 15.23¹ и 19.7³ Кодекса Российской Федера-

названные принципы в интерпретации Конституционного Суда Российской Федерации подлежат закреплению в Общей части КоАП РФ.

В качестве одного из существенных недостатков Общей части КоАП РФ можно назвать непоследовательное и неполное решение вопроса о вине юридического лица в совершении административного правонарушения. Определение вины юридического лица, сформулированное в ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ, не содержит конкретных критериев оценки поведения такого лица, позволяющих прийти к выводу о том, приняло или не приняло оно все зависящие от него меры для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, не указывает на обстоятельства, препятствующие соблюдению таких правил и норм. Кроме того, КоАП РФ не устанавливает правила соотношения вины юридического лица и вины его должностных лиц, работников, выражающейся в форме умысла или неосторожности. Проблемные вопросы понимания и применения на практике нормы КоАП РФ о вине юридических лиц неоднократно рассматривались в литературе [Сорокин, В. Д., 2014, с. 4–11; Старилов, Ю. Н., ред., 2017, с. 89–94; Россинский, Б. В., 2018, с. 270–275]. На необходимость решения обозначенных вопросов вины юридических лиц в совершении административных правонарушений было обращено внимание в одном из недавних постановлений Конституционного Суда Российской Федерации²⁹.

Вызывает определенные сложности на практике и применение положений ст. 2.4 КоАП РФ, устанавливающих особенности привлечения к административной ответственности должностных лиц. Такие сложности связаны, прежде всего, с применением примечания к названной статье КоАП РФ,

ции об административных правонарушениях в связи с запросом Арбитражного суда Нижегородской области и жалобами обществ с ограниченной ответственностью “Барышский мясокомбинат” и “Волмет”, открытых акционерных обществ “Завод “Рекомд”, “Эксплуатационно-технический узел связи” и “Электронкомплекс”, закрытых акционерных обществ “ГЕОТЕХНИКА П” и “РАНГ” и бюджетного учреждения здравоохранения Удмуртской Республики “Детская городская больница № 3 “Нейрон” Министерства здравоохранения Удмуртской Республики”; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2020 г. № 49-П «По делу о проверке конституционности подпункта 3 пункта 5 постановления Губернатора Московской области “О введении в Московской области режима повышенной готовности для органов управления и сил Московской областной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций и некоторых мерах по предотвращению распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-2019) на территории Московской области” в связи с запросом Протвинского городского суда Московской области». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 21 июля 2021 г. № 39-П «По делу о проверке конституционности положений части 2 статьи 2.1, части 2 статьи 2.2, части 1 статьи 4.5 и части 1 статьи 11.15² Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью “Востокфлот”. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

содержащего постоянно расширяющийся перечень субъектов, которые при привлечении к административной ответственности приравниваются к должностным лицам. При этом в примечаниях к отдельным статьям Особенной части КоАП РФ могут предусматриваться иные правила привлечения к ответственности субъектов, указанных в названном перечне (например, индивидуальных предпринимателей). Представляется, что такой непоследовательный и противоречивый подход законодателя к установлению правил привлечения к административной ответственности должностных лиц и приравненных к ним специальных субъектов является недопустимым. С нашей точки зрения, указанные правила должны быть единообразными и понятными как правоприменителю, так и лицам, привлекаемым к административной ответственности.

В Общей части действующего КоАП РФ, как и в предыдущем КоАП РСФСР, не раскрыты понятие и общие характерные признаки малозначительного административного правонарушения, что создает условия для достаточно вольной интерпретации на практике нормы ст. 2.9 указанного Кодекса и нередко необоснованного освобождения правонарушителей от административной ответственности.

Весьма сложно и непоследовательно решен в КоАП РФ и вопрос о сроках давности привлечения к административной ответственности. Так, нормы ст. 4.5 КоАП РФ помимо общего двухмесячного срока давности устанавливают несколько специальных сроков: три месяца, один год, три года, шесть лет. При этом перечень административных правонарушений, срок давности привлечения к ответственности за которые составляет один год, постоянно расширяется. Возникает вопрос об обоснованности и целесообразности введения таких длительных сроков давности применительно к значительной части составов административных правонарушений, предусмотренных Особенной частью КоАП РФ, а также вопрос о выработке критериев категоризации административных правонарушений для целей установления давностных сроков привлечения к ответственности за их совершение. Большинство из обозначенных проблемных вопросов Общей части КоАП РФ уже ставились учеными-административистами [Князев, С. Д., 2014; Бекетов, О. И., и др., 2015; Старостин, С. А. и Лихарев, В. В., ред., 2014, с. 58–81, 112–116; Киринов, А. В. и Плигин, В. Н., ред., 2018, с. 115–136], и, безусловно, требуется их законодательное решение.

Проблемы Особенной части КоАП РФ

За прошедшие двадцать лет действия КоАП РФ в его Особенную часть было внесено огромное множество дополнений и изменений, значительная часть которых была связана с введением новых составов административных правонарушений. Законодатель устанавливал административную ответственность за нарушение различных вновь вводимых федеральными законами и иными федеральными нормативными актами правил поведения граждан или правил осуществления тех или иных видов деятельности. При этом внесение многочисленных дополнений и уточнений в Особенную часть КоАП РФ носит бессистемный, спорадический характер. На федеральном уровне до настоящего времени не выработана хоть какая-

то научно обоснованная концепция развития законодательства об административных правонарушениях, не определены критерии признания тех или иных нарушений действующего законодательства в качестве административных правонарушений, требующих применения санкций наказательного характера. Такое многолетнее спонтанное наполнение Особенной части КоАП РФ новыми нормами вызывает обоснованную критику в российской административно-правовой науке [Ноздрачев, А. Ф., 2019, с. 284–286; Кирин, А. В. и Плигин, В. Н., ред., 2018, с. 140–145; Зырянов, С. М., 2019, с. 484]. В этой связи представляется необходимым разработать на федеральном уровне общую концепцию административно-деликтной политики, на основе которой осуществить кардинальную «чистку» Особенной части КоАП РФ и принять ее уже в формате нового Кодекса.

Проблемы процессуальной части КоАП РФ

В числе одной из фундаментальных проблем производства по делам об административных правонарушениях можно назвать отсутствие в данном производстве состязательности сторон обвинения и защиты. Это обусловлено тем, что в соответствии с положениями главы 25 КоАП РФ орган, должностное лицо, возбудившее дело об административном правонарушении и составившее соответствующий протокол (за исключением прокурора), формально не является участником производства и юридически лишено права участвовать в рассмотрении такого дела даже в суде, а значит, и давать устные и письменные пояснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства. У стороны административного преследования имеется лишь право обжалования вынесенного по делу постановления. Такая правовая конструкция производства по делу об административном правонарушении прямо противоречит положениям главы 25 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (АПК РФ), согласно которым административный орган, возбудивший дело об административном правонарушении и вынесший по нему постановление, является обязательным участником судопроизводства в арбитражном суде по делу о привлечении лица к административной ответственности или по делу об оспаривании решения о привлечении лица к административной ответственности. На необходимость включения органа, должностного лица, возбудившего дело об административном правонарушении, в состав участников производства по данному делу уже обращалось внимание в литературе [Рубашкин, В. В., 2020, с. 42; Нобель, Н. А., 2021, с. 55–56]. Отсутствие состязательности в производстве по делам об административных правонарушениях, разрешаемым административными органами и судами общей юрисдикции, на наш взгляд, не способствует реализации общепроцессуального принципа полного, всестороннего и объективного рассмотрения дел.

Другим весьма значимым вопросом производства по делам об административных правонарушениях представляется вопрос о месте и правовой природе в этом производстве деятельности судов и судей по разрешению дел данной категории. В соответствии с действующим КоАП РФ судьи судов общей юрисдикции при рассмотрении дел об административных правонарушениях приравнены к иным органам и должностным лицам, уполномо-

ченным на разрешение таких дел. Судьи и другие административно-юрисдикционные органы разрешают дела об административных правонарушениях по одним и тем же правилам. При этом деятельность судов (судей) общей юрисдикции по рассмотрению отнесенных к их компетенции дел об административных правонарушениях в силу ч. 5 ст. 1 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации не признается административным судопроизводством. В то же время прямо противоположный подход к пониманию судебной деятельности по рассмотрению дел об административных правонарушениях заложен в нормах ст. 29 и 189 АПК РФ, согласно которым такая деятельность является составной частью административного судопроизводства. С учетом того, что Конституция Российской Федерации (ч. 2 ст. 118) применительно к делам, возникающим из административных правоотношений, к числу которых относятся и дела об административных правонарушениях, предусматривает лишь один порядок их разрешения – административное судопроизводство, имеются достаточные основания для постановки вопроса об отделении судопроизводства по делам об административных правонарушениях как одной из процессуальных форм осуществления правосудия от внесудебного производства по делам об административных правонарушениях [Кононов, П. И., 2015, с. 41–42].

Еще одним важнейшим, на наш взгляд, требующим нормативного решения процессуальной части действующего КоАП РФ, является вопрос о критериях разграничения компетенции судов общей юрисдикции и арбитражных судов в части судебного оспаривания постановлений органов и должностных лиц по делам об административных правонарушениях. Согласно ч. 3 ст. 30.1 действующего КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении, связанном с осуществлением предпринимательской или иной экономической деятельности юридическим лицом или лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, обжалуется в арбитражный суд в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством. Аналогичная, по сути, норма содержится в ч. 2 ст. 207 АПК РФ. При этом в названных нормах не раскрываются признаки, наличие которых позволяет отнести то или иное административное правонарушение к числу связанных с осуществлением предпринимательской или иной экономической деятельности. Более того, понятие «экономическая деятельность» вообще нормативно не определено. В связи с обозначенной правовой неопределенностью на практике постоянно возникают вопросы разграничения компетенции арбитражных судов и судов общей юрисдикции по рассмотрению жалоб юридических лиц и индивидуальных предпринимателей на постановления административных органов о назначении административных наказаний, что не способствует надлежащему обеспечению конституционного права на судебную защиту.

Оценивая в целом состояние нормативного материала в действующем КоАП РФ, необходимо обратить внимание на сложность и противоречивость его построения. Это проявляется, в частности, и в том, что, установив однажды какое-либо правило, законодатель в дальнейшем постоянно

вводит исключения из данного правила, изменяет условия его применения, что дезориентирует правоприменителей и существенно усложняет их деятельность по разрешению дел об административных правонарушениях. Некоторых исключений из общего правила набирается столь много, что законодателю целесообразнее трансформировать эти исключения в правило, а изначально предусмотренное правило сделать исключением из этого нового правила. В качестве примеров таких нестабильных, противоречивых, сложно понимаемых и сложно применяемых норм КоАП РФ можно назвать нормы его ст. 2.4 (административная ответственность должностных лиц), 3.5 (административный штраф), 4.5 (давность привлечения к административной ответственности), 19.5 (невыполнение в срок законного предписания органа государственного контроля (надзора), муниципального контроля (его должностного лица), 28.3 (должностные лица, уполномоченные составлять протоколы об административных правонарушениях), 28.7 (административное расследование).

В целях кардинального решения обозначенных и других проблемных вопросов правового регулирования административной ответственности в июне 2019 г. Правительством Российской Федерации была утверждена Концепция нового Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – Концепция), на основе которой в настоящее время ведется работа по подготовке проекта такого Кодекса. Анализ содержания Концепции позволяет поддержать целый ряд предусмотренных ею направлений обновления законодательства об административных правонарушениях. К их числу, с нашей точки зрения, можно, в частности, отнести следующие заложенные в Концепции принципиальные подходы и положения.

1. Выделение в качестве главного направления реформирования института административной ответственности трансформации его из преимущественно карательно-фискального инструмента в институт назначения наказания, подлежащего дифференцированному применению с учетом риск-ориентированного подхода в случае, если профилактические меры не оказали должного воздействия на правонарушителей.

2. Предложение о разделении КоАП РФ на два самостоятельных кодекса: Кодекс об административных правонарушениях, содержащий материальные нормы Общей и Особенной частей, и Процессуальный кодекс об административных правонарушениях, содержащий процессуальные нормы, регламентирующие производство по делам об административных правонарушениях. При этом в проекте нового процессуального кодекса выделен отдельный раздел, нормы которого устанавливают правила судопроизводства по делам об административных правонарушениях, что, безусловно, следует приветствовать.

3. Определение в Общей части КоАП РФ понятия административной ответственности и выделение таких ее принципов, как принцип вины, принцип недопустимости повторного административного наказания за одно и то же административное правонарушение, принципы справедливости и соразмерности применяемых административных наказаний.

4. Осуществление категоризации административных правонарушений, исходя из характера и степени их общественной опасности (вредности) с

подразделением их на менее опасные (вредные) – негрубые и более опасные (вредные) – грубые, и определение в зависимости от такой градации правонарушений видов и размеров административных наказаний за их совершение.

5. Введение в Общей части КоАП РФ понятий длящегося, продолжаемого, однородного, неоднократного, повторного и малозначительного административного правонарушения, отсутствие которых в действующем Кодексе не позволяет на практике должным образом дифференцировать совершаемые административные правонарушения, выделять их особенности, что в конечном счете оказывает прямое влияние на возможность назначения правонарушителям обоснованного, соразмерного совершенному деянию и справедливого административного наказания.

6. Закрепление общего правила о необходимости разграничения административной ответственности юридических лиц и их должностных лиц (работников), о недопустимости одновременного привлечения этих лиц к ответственности за одно и то же противоправное действие (бездействие).

7. Упорядочение сроков давности привлечения к административной ответственности в зависимости от категории совершенных административных правонарушений: грубых или негрубых.

8. Установление в Общей части КоАП РФ правила, согласно которому моментом обнаружения длящегося административного правонарушения следует считать момент составления протокола об этом выявленном правонарушении или момент вынесения прокурором постановления о возбуждении дела о данном правонарушении.

9. Введение в состав лиц, участвующих в производстве по делу об административном правонарушении, в качестве полноправного участника должностного лица, возбудившего дело, составившего протокол об административном правонарушении.

Перечисленные, а также многие другие содержащиеся в Концепции положения, в случае если они найдут соответствующее закрепление в новых КоАП РФ и Процессуальном КоАП РФ, безусловно, кардинально обновят институт административной ответственности, создадут необходимые условия для приведения этой ответственности в соответствие с принципами правового государства, наличие которого в России провозглашено ч. 1 ст. 1 Конституции Российской Федерации.

Обсуждение и заключение

Как показывает историко-правовой анализ российского законодательства, действовавшего в период XV–XX вв., институт административной ответственности в России складывался и развивался на протяжении нескольких столетий одновременно с совершенствованием и систематизацией правовых норм, предусматривавших уголовную ответственность, в тесной взаимосвязи с последними. Однако в течение первой половины XX в. законодательство об административной ответственности окончательно отделилось от уголовного и сформировалось в качестве самостоятельной составной части российского законодательства. В начале 80-х гг. прошлого века возникли и были нормативно закреплены понятия административно-

го правонарушения и административного взыскания, производства по делам об административных правонарушениях, появление которых явилось свидетельством выработки собственных правовых конструкций административной ответственности как самостоятельного вида юридической ответственности. Значительным шагом в развитии отечественного законодательства об административной ответственности стало принятие в 1984 г. Кодекса РСФСР об административных правонарушениях, который, однако, к середине 90-х гг. изжил себя, поскольку был ориентирован на советские социально-экономическую и политико-правовую модели построения государства и общества. Принятый вместо него в 2001 г. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях, действующий до настоящего времени, несмотря на соответствие его в целом тенденциям постсоветского развития страны, не в полной мере отвечает требованиям правовой государственности, в том числе конституционным принципам разделения властей, правовой определенности, справедливости, соразмерности и индивидуализации административной ответственности, в связи с чем нуждается в коренном реформировании. На такое реформирование и направлена начавшаяся в 2019 г. работа по подготовке проектов новых кодексов: Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и Процессуального кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Список использованной литературы

Бекетов О. И., Герасименко Ю. В., Головкин В. В. и др. Всероссийская научно-практическая конференция «Актуальные проблемы административной ответственности» // Административное право и процесс. 2015. № 10. С. 4–7.

Воскресенский Н. А. Законодательные акты Петра I. Т. 1. Акты о высших государственных установлениях. М. ; Л. : Изд-во Акад. наук Союза ССР, 1945. 602 с.

Законодательные акты Русского государства второй половины XVI – первой половины XVII века. Тексты / подготовка текстов Р. Б. Мюллер ; под ред. Н. Е. Носова. Л. : Наука, Ленинград. отделение, 1986. 261 с.

Законодательство об административных правонарушениях: современное состояние и пути совершенствования : материалы заседания круглого стола (Москва, 3 марта 2014 г.) / под ред. С. А. Старостина, В. В. Лихарева. Тула : Аквариус, 2014. 160 с. ISBN: 978-5-8125-2017-5.

Зырянов С. М. Концептуальные проблемы третьей кодификации законодательства об административных правонарушениях // Сибирское юридическое обозрение. 2019. № 4. С. 480–487. DOI: 10.19073/2658-7602-2019-16-4-480-487.

История государства и права России : учебник : в 2 т. Т. 1 / под ред. В. М. Сырых. М. : Норма : Инфра-М, 2019. 448 с.

Клеандрова В. М., Колобов В. Б., Кутыгина Г. А. и др. Законодательство Петра I / отв. ред. А. А. Преображенский, Т. Е. Новицкая. М. : Юрид. лит., 1997. 878 с. ISBN: 5-7260-0877-4.

Князев С. Д. Конституционные стандарты административной ответственности в правовой системе Российской Федерации // Административное право и процесс. 2014. № 2. С. 16–22.

Кононов П. И. Административное судопроизводство как структурная часть административного процесса // Административное право и процесс. 2015. № 11. С. 38–42.

Модернизация административного законодательства (цели, задачи, принципы и актуальные направления) : моногр. / отв. ред. А. Ф. Ноздрачев. М. : Инфра-М, 2019. 496 с. ISBN: 978-5-16-014691-1.

Нобель Н. А. О некоторых проблемах рассмотрения судьями судов общей юрисдикции дел об административных правонарушениях // Административное право и процесс. 2021. № 1. С. 54–56. DOI: 10.18572/2071-1166-2021-1-54-56.

Общее административное право : учебник : в 2 ч. Ч. 2. Административно-деликтное право (КоАП РФ). Административное судопроизводство (КАС РФ) / под ред. Ю. Н. Старилова ; Воронеж. гос. ун-т. 2-е изд., пересмотр. и доп. Воронеж : Изд. дом ВГУ, 2017. 822 с.

Пашенцев Д. А., Чернявский А. Г. История отечественного государства и права : учеб. пособие. 2-е изд., испр. и доп. М. : Инфра-М, 2019. 429 с. ISBN: 978-5-16-015051-2.

Реформа административной ответственности в России / под ред. А. В. Кирина, В. Н. Плигина. М. : Изд. дом Высш. шк. экон., 2018. 477 с. ISBN: 978-5-7598-1775-8.

Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. Т. 5: Законодательство периода расцвета абсолютизма / под общ. ред. О. И. Чистякова ; отв. ред. Е. И. Индова. М. : Юрид. лит., 1987. 528 с.

Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века / под общ. ред. О. И. Чистякова ; отв. ред. О. И. Чистяков. М. : Юрид. лит., 1988. 432 с.

Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. Т. 8. Судебная реформа / под общ. ред. О. И. Чистякова ; отв. ред. Б. В. Виленский. М. : Юрид. лит., 1991. 496 с.

Россинский Б. В. Административное право и административная ответственность : курс лекций. М. : Норма : Инфра-М, 2018. 352 с. ISBN: 978-5-91768-927-2.

Рубашкин В. В. Сравнительный анализ производства по делам об административных правонарушениях в судах общей юрисдикции и в арбитражных судах // Административное право и процесс. 2020. № 10. С. 41–43. DOI: 10.18572/2071-1166-2020-10-41-43.

Сорокин В. Д. Парадоксы Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях // Административное право и процесс. 2014. № 3. С. 4–28.

References

- Beketov, O. I., Gerasimenko, Yu. V., Golovko, V. V., et al., 2015. All-Russian scientific and practical conference "Actual problems of administrative responsibility". *Administrativnoe pravo i process* = [Administrative Law and Process], 10, pp. 4–7. (In Russ.)
- Chistyakov, O. I., ed., 1987. *Rossijskoe zakonodatel'stvo X–XX vekov. V 9 t. T. 5. Zakonodatel'stvo perioda rascveta absolyutizma* = [Russian legislation of the X–XX centuries. In 9 vols. Vol. 5. Legislation of the heyday of absolutism]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)
- Chistyakov, O. I., ed., 1988. *Rossijskoe zakonodatel'stvo X–XX vekov. V 9 t. T. 6. Zakonodatel'stvo perioda rascveta absolyutizma* = [Russian legislation of the X–XX centuries. In 9 vols. Vol. 6. Legislation of the first half of the XIX century]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)
- Chistyakov, O. I., ed., 1991. *Rossijskoe zakonodatel'stvo X–XX vekov. V 9 t. T. 8. Sudebnaya reforma* = [Russian legislation of the X–XX centuries. In 9 vols. Vol. 8. Judicial reform.]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)
- Kirin, A. V. and Pligin, V. N., eds., 2018. *Reforma administrativnoj otvetstvennosti v Rossii* = [Reform of Administrative Responsibility in Russia]. Moscow: Publishing House of the Higher School of Economics. (In Russ.) ISBN: 978-5-7598-1775-8.
- Kleandrova, V. M., Kolobov, V. B., Kutina, G. A., et al., 1997. *Zakonodatel'stvo Petra I* = [Legislation of Peter I]. A. A. Preobrazhensky, T. E. Novitskaya, eds. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.) ISBN: 5-7260-0877-4.
- Knyazev, S. D., 2014. [Constitutional Standards of Administrative Responsibility in the Legal System of the Russian Federation]. *Administrativnoe pravo i process* = [Administrative Law and Process], 2, pp. 16–22. (In Russ.)
- Kononov, P. I., 2015. [Administrative Legal Proceedings as a Structural Part of the Administrative Process]. *Administrativnoe pravo i process* = [Administrative Law and Process], 11, pp. 38–42. (In Russ.)
- Nosov, N. E., ed., 1986. *Zakonodatel'nye akty Russkogo gosudarstva vtoroj poloviny XVI – pervoj polviny XVII veka* = [Legislative acts of the Russian state of the second half of the XVI – first half of the XVII century]. Texts. Leningrad: Nauka, Leningrad Branch. (In Russ.)
- Nobel', N. A., 2021. [On Some Problems of Consideration by Judges of Courts of General Jurisdiction of Cases of Administrative Offenses]. *Administrativnoe pravo i process* = [Administrative Law and Process], 1, pp. 54–56. (In Russ.) DOI: 10.18572/2071-1166-2021-1-54-56.
- Nozdrachev, A. F., ed., 2019. *Modernizaciya administrativnogo zakonodatel'stva (celi, zadachi, principy i aktual'nye napravleniya)* = [Modernization of Administrative Legislation (goals, objectives, principles and current directions)]. Monograph. Moscow: Infra-M. (In Russ.) ISBN: 978-5-16-014691-1.
- Pashentsev, D. A. and Chernyavsky, A. G., 2019. *Istoriya otechestvennogo gosudarstva i prava* = [The History of the National State and Law].

Textbook. 2nd ed., corrected and supplemented. Moscow: Infra-M. (In Russ.) ISBN: 978-5-16-015051-2.

Rossinsky, B. V., 2018. *Administrativnoe pravo i administrativnaya otvetstvennost'* = [Administrative Law and Administrative Responsibility]. Course of lectures. Moscow: Infra-M. (In Russ.) ISBN: 978-5-91768-927-2.

Rubashkin, V. V., 2020. [Comparative Analysis of Proceedings on Cases of Administrative Offenses in Courts of General Jurisdiction and in Arbitration Courts]. *Administrativnoe pravo i process* = [Administrative Law and Process], 10, pp. 41–43. (In Russ.) DOI: 10.18572/2071-1166-2020-10-41-43.

Sorokin, V. D., 2014. [Paradoxes of the Code of the Russian Federation on Administrative offenses]. *Administrativnoe pravo i process* = [Administrative Law and Process], 3, pp. 4–28. (In Russ.)

Starilov, Yu. N., ed., 2017. *Obshchee administrativnoe pravo. V 2 ch. Ch. 2. Administrativno-deliktное pravo (KoAP RF). Administrativnoe sudoproizvodstvo (KAS RF)* = [General Administrative law. In 2 h. H. 2. Administrative and tort law (Administrative Code of the Russian Federation). Administrative proceedings (Code of Administrative Justice of the Russian Federation)]. Textbook. 2nd ed., revised and supplemented. Voronezh: Publishing House of the Voronezh State University. (In Russ.)

Starostin, S. A. and Likhareva, V. V., eds., 2014. *Materialy zasedaniya kruglogo stola "Zakonodatel'stvo ob administrativnyh pravonarusheniyaх: sovremennoe sostoyanie i puti sovershenstvovaniya"* = [Materials of the round table meeting "Legislation on administrative offenses: current state and ways of improvement"]. Moscow, March 3, 2014. Tula: Akvarius. (In Russ.) ISBN: 978-5-8125-2017-5.

Syrykh, V. M., ed., 2019. *Istoriya gosudarstva i prava Rossii* = [History of the State and Law of Russia]. Textbook. In 2 vols. Vol. 1. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)

Voskresensky, N. A., 1945. *Zakonodatel'nye akty Petra I. T. 1. Akty o vysshih gosudarstvennyh ustanovleniyah* = [Legislative Acts of Peter I. Vol. 1. Acts on Higher State Institutions]. Moscow; Leningrad: Publishing House of the Academy of Sciences of the USSR. (In Russ.)

Zyryanov, S. M., 2019. [Conceptual Problems of the Third Codification of Legislation on Administrative Offenses]. *Sibirskoe yuridicheskoe obozrenie* = [Siberian Legal Review], 4, pp. 480–487. (In Russ.) DOI: 10.19073/2658-7602-2019-16-4-480-487.

Информация об авторе / Information about the author

Кононов Павел Иванович, доктор юридических наук, профессор, судья Второго арбитражного апелляционного суда (Российская Федерация, 610007, Киров, Хлыновская ул., д. 3).

Pavel I. Kononov, Dr. Sci. (Law), Professor, Judge of the Second Arbitration Court of Appeal (3 Khlynovskaya St., Kirov, 610007, Russian Federation).

E-mail: pav.cononov@yandex.ru

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 03.10.2021; дата одобрения после рецензирования: 19.10.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 03.11.2021.

Submitted: 03.10.2021; reviewed: 19.10.2021; revised: 03.11.2021.

Научная статья

УДК 346.7

DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.167-176



Commercial Real Estate in Pandemic Era: The Law in Context Approach¹

Alexander E. Kirpichev

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation

For correspondence: raj@aekirpichev.ru

Abstract

Introduction. Because of the pandemic, the daily lives of billions of people have changed in truly unpredictable ways. Many people are struggling with the changes, but inevitably some of these changes will remain. Amongst them is the changing balance between online and offline shopping, and therefore, the future of commercial real estate is vulnerable.

Theoretical Basis. Methods. The author uses the 'law in context' approach in the spirit of legal diversity. Using the methodology of 'empirical legal study' the author conducted an Internet-survey.

Results. Malls were a symbol of the pre-pandemic consumeristic society. The lockdowns radically changed this. Consumers stayed at home and ordered not only prepared meals and non-food items but also everything else that they had been visiting malls and shops for. So, as a comparative analysis of court cases in different jurisdictions reveals, mall tenants nowadays do not earn much profit, and their income from selling goods in malls will most likely never return to earlier levels. Therefore, they often ask courts to cancel or modify their contracts.

Before the pandemic, in a range of countries, the legal researchers noticed edge erasure between housing and commercial real estate. The case studies now show a great difference between them in the point of decline in rental prices due to the pandemic.

So-called "dark stores" are becoming more and more numerous. Invented for quick delivery, they could become a common type of post-pandemic commercial real estate. However, research shows forthcoming legal issues related to the dark stores.

Discussion and Conclusion. Results of the survey may be partially biased by the respondents' desire to return to the pre-pandemic world. The frustration doctrine and the *reductio ad aequitatem* doctrine were mainly used in another contexts. But they seem to be effective tools for courts to help governments, communities, companies and consumers to overcome the consequences of pandemic of COVID-19.

Keywords: dark-stores, shopping malls, empirical legal studies, Russian law, comparative law

For citation: Kirpichev, A. E., 2021. Commercial real estate in pandemic era: The law in context approach. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 167–176. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.167-176.

¹ The article is based on paper, given by A. E. Kirpichev during the First online conference of the Association for Law, Property and Society, May 28–29, 2021.

Коммерческая недвижимость в контексте пандемии

А. Е. Кирпичев

*Российский государственный университет правосудия, Москва,
Российская Федерация
raj@aekirpichev.ru*

Аннотация

Введение. Продолжающаяся пандемия обусловила значимые выводы для судебных систем различных стран. Ее масштабное влияние на повседневную жизнь миллиардов людей подтолкнуло внедрение технологий в коммерческий и потребительский сектора экономики.

Теоретические основы. Методы. В статье отражены результаты исследования на основе одного из современных подходов западной юриспруденции «law in context». В частности, автором был произведен интернет-опрос жителей российских городов о влиянии пандемии на их поведение.

Результаты исследования. В статье показывается, что пандемия привела к трансформации, возможно необратимой, способов эффективного использования коммерческой недвижимости. Этот экономический факт должен учитываться как законодательскими органами, так и судами, вынужденными применять нормы права, принятые принципиально в других условиях.

Обсуждение и заключение. Результаты опроса могут быть частично предопределены желанием респондентов вернуться в допандемический мир. Доктрина frustration и доктрина reductio ad aequitatem в основном использовались в других контекстах. Но они все же могут быть использованы судами, вынужденными разрешать споры таким образом, чтобы помочь государствам, муниципалитетам, хозяйствующим субъектам и потребителям преодолеть последствия пандемии COVID-19.

Ключевые слова: право в контексте, эмпирические правовые исследования, сравнительное правоведение, дарк-сторы, торговые центры

Для цитирования: Кирпичев А. Е. Коммерческая недвижимость в контексте пандемии // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 167–176. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.167-176.

Introduction

The ongoing pandemic changed social life in many aspects. In such dimensions as human contacts and the frequency of use of digital technologies, humankind nowadays lives in a different world now [Zinn, J. O., 2021]. Social relationships have changed, but the pre-COVID-19 legal rules remain the same except those rules are now to be applied by courts in significantly new circumstances.

As to the sphere of commercial property, modern countries face two significant problems.

The first problem is the wish for termination of lease contracts due to lockdowns or other consequences of the pandemic and the tools used by governments to fight with it.

The second problem is the emergence of a new type of real property use: the so-called “dark stores”.

We suppose that there is an inextricable link between the problems of breaching pre-pandemic real estate contracts and residents’ reactions to the

creation of a new post-pandemic potential use for real estate. Legal theory has been insisting for many years that “interpretation is required in order to bridge the gap between the inert legal rule and the situations to which it applies” [Dickson, J., 2016]. Those words were never so relevant as they are to the situation now. New society means new types – or at least renewed social relations – and the gap between such relations and old legal rules is obvious. This article is aimed at researching to whom old rules could be applied to new situations in a relevant way.

Theoretical Basis. Methods

There is, of course, a strong connection between national law and national legal doctrines [Hoecke, M. van and Warrington, M., 1998]. A. Peczenik wrote that “juristic doctrines are made in respective national legal systems” [Peczenik, A., 2001]. This means *inter alia* that a national legal system produces a doctrine if it needs a doctrine and later it has been shaped by the doctrine. Because of that we suppose that for universal significance of any research it is important to compare not just the positive law, but its connection with the legal doctrines that were produced in different societies, ages, and countries.

Legal doctrines influence written laws and court decisions. So, when doctrines of highly different origins or development approaches lead to similar court decisions, it is an intriguing way to find universalities while respecting diversity. On the other hand, understanding foreign approaches requires broadening our understanding of how legal rules influence everyday life and how they solve the problems of states, communities, businesses and consumers.

Many legal researches predominantly reflect legislative changes. But as noted before, we believe that while the positive law remains the same, the relations are changed and thus the meaning of positive law is changing.

The way of the study of law from the perspective of social processes is called “the law in context” approach [Bottomley, S. and Bronitt, S., 2006]. But as the any study of particular legal issues cannot ignore content of positive law (whether on the level of legal rules, or on the level of legal principles), we need to state that one should not confuse study of “law in context” with “study of law’s context only”.

However, any study of particular legal issues cannot ignore the content of positive law (whether on the level of legal rules or the level of legal principles). This leads us to recall so-called “integrative jurisprudence”, because its initial aim was to combine the research of positive law with an investigation of its context [Berman, H. J., 1988]. Declaring the “law in context” approach as a primary methodological framework for the article, we may refer to particular applied sociology methods as part of this approach. Probably the best-known method of applied sociology is a survey, and its type that is most famous for the last two decades – an internet survey [Fricker, R. D and Schonlau, M., 2002]. Internet surveys, including those on the consumers’ reflections on legal and behavioral issues, are popular tools of the so-called “Empirical Legal Studies” [Eisenberg, T., 2011].

An online survey tool (a questionnaire) was developed in which respondents were asked to answer questions regarding the ways they buy groceries during

the pandemic COVID-19, the ways they plan to do it in the future “post-pandemic era”, and their thoughts about malls and dark-stores. The survey was administered by using Google Forms (<https://forms.google.com>). The survey was launched on 18 May 2021, and was closed on 22 May 2021, when the number of 90 respondents were attained. All the respondents live in the Russian Federation, covering Russian 23 cities. The natural limitation of an internet-survey is its relevance only to users of the internet. Because of that we have limited the respondents-audience by urban residents.

Results

Many issues related to property law in common law systems are related to contract law (the law of obligations) according to the civil law systems: lease, privatisation, mortgage, etc. At the same time neither British nor U.S. contract law provides as many types of contracts as the civil codes do in various civil law systems. This leads us to a conclusion that there is a more or less strong connection between the system of property law and the system of contracts. We could say that the precise object of property rights influences the type of contract and the applicable mandatory or non-mandatory rules. Thus, civil law scholars would recognise our study as principally dedicated to contract law, while common law would connect it with property law. In fact, it is just a different qualification for real-life relationships or, as stated by R. von Jhering, simply a different legal construction into which current positive law fits [Jhering, R., 1858, pp. 384–413].

As we mentioned earlier, we refer to the so-called approach of “integrative jurisprudence”, in which very different approaches are combined to obtain a deeper understanding of the positive law and processes within the legal system.

Since representatives of different legal traditions are meeting the same issues, using not strongly equal terms to describe them, we need to explain comparative meaning of the used core legal terms. First, we use the word “lease” to name a contract called “arrendamiento” in Spanish, “affitto” in Italian, “аренда” in Russian or “nájem” in Czech, in English some types of it may be also called “rent”. Second, we use the word “dark-store”, borrowed by many languages (e.g. as “даркстор” or “дарк-стор” in Russian), or literally translated as a “tienda oscura” in Spanish.

So, because of the pandemic, the daily lives of billions of people have changed in truly unpredictable ways. Many people are struggling with the changes, but inevitably some of these changes will remain. Among them is the changing balance between online and offline shopping, and therefore, the future of commercial real estate is insecure – or at least uncertain.

Malls were a symbol of the pre-pandemic consumeristic society [Gane, N., 2001; Bauman, Z., 2001]. The lockdowns changed this radically. Consumers stayed at home and ordered not only prepared meals and non-food items but also everything else they had been visiting malls and shops for. So, as an analysis of court cases and reports in different jurisdictions shows that mall tenants do not gain much profit now, and their income from selling goods in malls will most likely never return to earlier levels. Therefore, they often ask mall-owners

to reduce the rental prices² and – if they don't – they ask courts to cancel or modify their contracts³. The pandemic's consequences show a significant difference between housing and commercial real estate in the point of decline in the rental price [Dagan, H. and Somech, O., 2021]. So, as we can learn from the case-study and reports for commercial real estate, especially for shopping malls the situation is quite different as for housing.

One could imagine a typical situation: a retailer leases some space in a mall for a store. However, during the lockdowns since the beginning of the pandemic, the number of visitors to malls decreased significantly. To balance the interests of mall owners and their tenants during the lockdowns, some governments recommended good practices, using so-called “nudges” (under C. R. Sunstein [2014]), while others directly ordered owners to decrease rental prices for non-housing leases.

But in territories where full lockdowns are over, one could see that the world has changed. E.g., food-delivery services in Moscow deliver groceries within just 20 or 30 minutes without anybody visiting a supermarket or a store of any type. Our internet-survey showed that 41% of respondents order groceries via delivery-services, while others buy them only in the nearest stores, markets, fairs, and the supermarkets, situated in malls. The similar (41%) number of respondents (37 of 90) believes that after the pandemic they would return to the ways they used to buy such goods before the 2020. Their number is smaller than the sum of all not using delivery services, because of change of consumer habits of visiting a mall and because of, as one respondent mentioned, the “lack of money making him visit markets, not shops”.

What does this mean for legal systems and lease contracts? Retail tenants do not need as much space for traditional stores, especially in malls, where customers of one store are potential customers of another. The circumstances have changed. The legal issue here is: “Is it possible for such a retailer to give up the unneeded space, either fully or in part?” Even without lockdowns, not as many people go to traditional ‘offline’ stores because the pandemic has taught them to buy many more goods through the internet.

In our legal tradition, we have an idea of the courts' right to interfere in a contract in extraordinary circumstances (art. 451 of the Russian Civil Code). It is the so-called *reductio ad aequitatem*, which appeared in Roman law, and was highly developed after Diocletian [Soraci, R., 2004; Chamie, J. F., 2012]. But, are post-pandemic changes sufficiently enough to justify the courts in interference in the freedom of contract? Some courts would say yes, and some would say no. In Russia, when cancelling such contracts some courts even insisted

² Bharandi K. Brands ask malls to reduce rent till business gets back to normal. Available at: <<https://www.hindustantimes.com/fashion-and-trends/brands-ask-malls-to-reduce-rent-till-business-gets-back-to-normal/story-aeRCm4w20m4jAe65lJwhTP.html>>.

³ E.g. Resolution of the Eighth Arbitration Court of Appeal of December 23, 2020 No. 08AP-12794/2020 on case No. A70-11351/2020 (Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 23 декабря 2020 г. № 08АП-12794/2020 по делу № А70-11351/2020). Access from the reference legal system “ConsultantPlus”.

that it does not use the above-mentioned rule⁴. According to Rudolf von Jhering, ‘*Das Recht ist dazu da, dass es sich verwirkliche*’ [1858, p. 334], or, ‘The law has to be realised’. When courts realise the law but deny the very fact that they’re doing so, it is strange not only legally, but also psychologically.

Meanwhile, in common law countries courts are said to have power to terminate pre-pandemic lease contracts using the frustration of contract doctrine [Ismail M. H. and Ismail F., 2021; Jayabalan, 2020]. Thus, the common law doctrine of frustration and the civil law doctrine of reduction could lead courts to the same result. In some cases, rental agreements – *leases* – were terminated due to the pandemic. We repeat that the very nature of the commercial real estate of malls and the hypermarkets within malls has changed. Humankind has entered a new age in which cyberspace substitutes some of the useful qualities of real property and space. So, should the law declare that a societal shift has been made?

The malls are no longer a symbol of the modern society as they were before the pandemic. Because of that courts in different parts of the world could undermine the tendency of businesses not to lease so much unneeded retail space there anymore.

On the other hand, so-called “dark stores” are becoming more and more numerous. Invented for quick delivery, they could become a common type of post-pandemic commercial real estate. So, the second problem, studied in this article is dark-stores stores, which are warehouse-type buildings used to store the goods that are dispatched as grocery deliveries. However, as we will show below, the law in context approach shows that many people like to order delivery from dark stores but are strongly against having such trade squares located in the same building as their apartments. Moreover, there are forthcoming legal issues related to finding the balance on this point.

There is quite a different type of issue. According to public regulation, e.g. Russian Federal Law No 381-FZ⁵, local and regional governments have to provide conditions for the retailing-square to be sufficient for local residents. Do we need special public regulation for dark stores? As we know from visiting offline stores, especially self-service shops, one can easily control the sanitary conditions, and see a product before buying it. However, the less clear nature of dark stores is evident from their very name. This leads us to a legal issue: can the legal framework of traditional stores be extended to dark stores?

Our survey found that about half of respondents (53,3%, 48 of 90) are against the location of dark stores on their blocks. Their negative perceptions of dark stores were mainly due to a lack of awareness about how the activities in

⁴ The decision of the Arbitration Court of the Republic of Karelia of 08/14/2020 in the case No. A26-4576/2020 (Решение Арбитражного суда Республики Карелия от 14 августа 2020 г. по делу № А26-4576/2020). Access from the reference legal system “ConsultantPlus”.

⁵ Federal Law of 28.12.2009 No. 381-FZ “On the Basics of State Regulation of Trade Activities in the Russian Federation” (Федеральный закон от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»). Access from the reference legal system “ConsultantPlus”.

a dark store compared with those in traditional supermarkets (opinion of 30%, 27 of 90 respondents). Therefore, people are afraid of this new use of commercial real property, even though they benefitted from proximity to it.

Discussion and Conclusion

Both of these problems can be explained by the simple assumption that people want to return to pre-pandemic markets and laws.

But different legal systems provide surprisingly similar doctrines, which explain what is happening now with real property lease contracts in commercial sector. We suppose that the very nature of the commercial real estate of malls and the hypermarkets within malls has changed. Because as mentioned previously the humankind have entered a new age in which cyberspace substitutes some of the useful qualities of real property and space. So, should the law declare that a societal shift has been made? We could imagine how the Middle Ages ended and changed the context of real property. That was not like one morning all the knights awoke and realised that their castles no longer needed to be fortresses, but rather that their value was derived from their capacity to hold impressive balls and festivals. This very notion sounds strange because, in the past, it took centuries for the nature of real estate to change. However, the current situation is more like that at the beginning of the 21st century with old design of mobile phones replaced by smartphones with touch-screens in just a couple of years. This sort of rapid change has never occurred with real property.

So, the courts must decide whether these emerging changes are comparable to those of the Industrial Revolution or not. If they do, then the legal system must respect companies' choices to withdraw from lease or rental agreements or open new dark stores. Also, courts and legislators must provide ideas and tools that enable the establishment of a new legal framework, one that would reflect new role of dark stores and the online purchase of goods.

Castles were symbols of the Middle Ages, factories of industrial times, and malls were symbols of the beginning of the 21st century. But now we come to a new reality, in which dark stores have greater prospects than traditional supermarkets. The law must reflect such changes, including enabling retail tenants to withdraw from leases for spaces that are too large for their new needs and assuring consumers that dark stores are no less sanitary than traditional stores, even though they are less public.

References

- Bauman, Z., 2001. On mass, individuals, and peg communities. *The Sociological Review*, 49(2), pp. 102–113.
- Berman, H. J., 1988. Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History. *California Law Review*, 76(4), pp. 779–801.
- Bottomley, S. and Bronitt, S., 2006. *Law in Context*. Sydney: Federation Press. ISBN: 9781862873414.
- Chamie, J. F., 2012. The Principle of Reductio ad Aequitatem by Contract Imbalance. *Revista de Derecho Privado*, 22, pp. 219–275.

- Dagan, H. and Somech, O., 2021. When Contract's Basic Assumptions Fail. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 34(2), pp. 297–328. DOI: 10.1017/cjlj.2021.5.
- Dickson, J., 2016. Interpretation and coherence in legal reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Winter Edition*. Available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-reas-interpret>>.
- Eisenberg, T., 2011. The origins, nature, and promise of empirical legal studies and a response to concerns. *University of Illinois Law Review*, 5, pp. 1713–1738.
- Fricker, R. D. Jr. and Schonlau, M., 2002. Advantages and disadvantages of Internet research surveys: Evidence from the literature. *Field Methods*, 14(4), pp. 347–367.
- Gane, N., 2001. Zygmunt Bauman: Liquid modernity and beyond. *Acta Sociologica*, 44(3), pp. 267–275.
- Hoecke, M. van and Warrington, M., 1998. Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law. *International & Comparative Law Quarterly*, 47(3), pp. 495–536.
- Ismail, M. H. and Ismail, F., 2021. Force majeure and frustration of contracts during pandemic COVID-19. *Jurnal Penyelidikan Sains Sosial (JOSSR)*, 4(10), pp. 127–133.
- Jayabalan, S., 2020. The legality of doctrine of frustration in the realm of Covid-19 Pandemic. *Sociological Jurisprudence Journal*, 3(2), pp. 84–90.
- Jhering, R., 1858. *Geist des roemischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Teil 2. Leipzig: Breitkopf and Haertel.
- Peczenik, A., 2001. A theory of legal doctrine. *Ratio Juris*, 14(1), pp. 75–105.
- Soraci, R., 2004. Incentivazione agricola, modulazione tributaria e attività trapezitica in Egitto (117–138 dC). *Mediterraneo Antico: economie, società, culture: VII*. Pisa: Istituto editoriali e poligrafici internazionali; Fabrizio Serra. Pp. 100–1033.
- Sunstein, C. R., 2014. *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*. New Haven: Yale University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1867299X00003755>.
- Zinn, J. O., 2021. Conclusions: Towards a sociology of pandemics and beyond. *Current Sociology*, 69(4), pp. 603–617.

Список использованной литературы

- Bauman Z. On mass, individuals, and peg communities // *The Sociological Review*. 2001. Vol. 49, issue 2. P. 102–113.
- Berman H. J. Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History // *California Law Review*. 1988. Vol. 76, no. 4. P. 779–801.
- Bottomley S., Bronitt S. *Law in Context*. Sydney : Federation Press, 2006. 430 p. ISBN: 9781862873414.

- Chamie J. F. The Principle of Reductio ad Aequitatem by Contract Imbalance // *Revista de Derecho Privado*. 2012. No. 22. P. 219–275.
- Dagan H., Somech O. When Contract's Basic Assumptions Fail // *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 2021. Vol. 34, no. 2. P. 297–328. DOI: 10.1017/cjlj.2021.5.
- Dickson J. Interpretation and coherence in legal reasoning // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2016 Edition. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-reas-interpret>.
- Eisenberg T. The origins, nature, and promise of empirical legal studies and a response to concerns // *University of Illinois Law Review*. 2011. No. 5. P. 1713–1738.
- Fricker R. D. Jr., Schonlau M. Advantages and disadvantages of Internet research surveys: Evidence from the literature // *Field Methods*. 2002. Vol. 14, no. 4. P. 347–367.
- Gane N. Zygmunt Bauman: Liquid modernity and beyond // *Acta Sociologica*. 2001. Vol. 44, no. 3. P. 267–275.
- Hoecke M. van, Warrington M. Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law // *International & Comparative Law Quarterly*. 1998. Vol. 47, no. 3. P. 495–536.
- Ismail M. H., Ismail F. Force majeure and frustration of contracts during pandemic COVID-19 // *Jurnal Penyelidikan Sains Sosial (JOSSR)*. 2021. Vol. 4, no. 10. P. 127–133.
- Jayabalan S. The legality of doctrine of frustration in the realm of Covid-19 Pandemic // *Sociological Jurisprudence Journal*. 2020. Vol. 3, no. 2. P. 84–90.
- Jhering R. Geist des roemischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2. Leipzig : Breitkopf und Haertel, 1858. 782 p.
- Peczenik A. A theory of legal doctrine // *Ratio Juris*. 2001. Vol. 14, no. 1. P. 75–105.
- Soraci R. Incentivazione agricola, modulazione tributaria e attivita trapezitica in Egitto (117–138 dC) // *Mediterraneo Antico: economie, societa, culture: VII*. Pisa : Istituti editoriali e poligrafici internazionali : Fabrizio Serra, 2004. P. 1000–1033.
- Sunstein C. R. Why nudge? The politics of libertarian paternalism. New Haven : Yale University Press, 2014. 195 p. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1867299X00003755>.
- Zinn J. O. Conclusions: Towards a sociology of pandemics and beyond // *Current Sociology*. 2021. Vol. 69, no. 4. P. 603–617.

Information about the author / Информация об авторе

Alexander E. Kirpichev, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Head of Business and Corporate Law Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

Кирпичев Александр Евгеньевич, доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права

ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69).

E-mail: raj@aekirpichev.ru

ORCID 0000-0002-0043-5069

The author declares no conflict of interests.

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Submitted: 10.10.2021; reviewed: 22.10.2021; revised: 03.11.2021.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 10.10.2021; дата одобрения после рецензирования: 22.10.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 03.11.2021.



Судебная нагрузка как показатель эффективности судебной деятельности: теоретические, методологические и практические аспекты

Е. В. Бурдина

*Российский государственный университет правосудия, Москва,
Российская Федерация
elenburdina@yandex.ru*

Аннотация

Введение. Рассматриваются теоретико-методологические и практические проблемы, связанные с определением значения и роли служебной нагрузки на судей в современной стратегии электронного государства и электронного правосудия, а также разработкой национальной методики оценки судебной нагрузки и использования ее для финансирования судов.

Теоретические основы. Методы. В работе использовались диалектический метод, общие и частные научные методы познания, которые позволили выявить новое представление о содержании судебной нагрузки и ее влиянии на справедливое судебное разбирательство, рациональную судебную организацию.

Результаты исследования. Утверждается, что управление нагрузкой следует считать частью управления судом: оно имеет ключевое значение для обеспечения качества рассмотрения дел и предотвращения задержек в судопроизводстве. Современное понимание служебной нагрузки выходит далеко за рамки ее узкой трактовки в качестве статистического метода оценки работы судов и предполагает оценку времени, затраченного на рассмотрение конкретных категорий дел. Выявлены и проанализированы характерные черты измерительных систем, созданных в России и зарубежных странах, которые позволяли бы финансировать судебную систему в зависимости от поступивших дел и их сложности. Имеет место большое разнообразие систем взвешивания дел, предполагающих не только количественный, но и качественный анализ судебной нагрузки. Проанализированы модели финансирования судов и определения штатной численности судейского корпуса на основе нагрузки.

Обсуждение и заключение. Сделаны выводы об управленческом воздействии судебной нагрузки. Управление ресурсами судебной системы и ее финансирование на основе нагрузки обеспечивают большую независимость судов в силу прозрачности формирования судебного бюджета. Перспективным направлением моделирования измерительных систем судебной нагрузки признается автоматизированный учет рабочего времени судьи с использованием современных технологий.

Ключевые слова: судебная нагрузка, сложность дел, суд, судебная деятельность, управление судами

Благодарности: исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00672.

Для цитирования: Бурдина Е. В. Судебная нагрузка как показатель эффективности судебной деятельности: теоретические, методологические и практические аспекты // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 177–196. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.177-196.

Judicial Load as an Indicator of the Effectiveness of Judicial Activity: Theoretical, Methodological and Practical Aspects

Elena V. Burdina

Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation
For correspondence: elenburdina@yandex.ru

Abstract

Introduction. The article is devoted to the theoretical, methodological and practical problems associated with determining the current meaning and role of the workload on judges. By “current”, the study is with regards to the modern strategy of e-government and e-justice, as well as the development of a methodology for assessing the judicial caseload in Russia and its use for financing courts.

Theoretical Basis. Methods. The work used the dialectical method, as well as general and particular scientific methods of cognition. This made it possible to reveal a new understanding of the content of the judicial caseload and its impact on a fair trial, and the rational judicial organization.

Results. It is argued that workload management should be considered part of court management. Further, it is key to ensuring the quality of case management and preventing delays in proceedings. The understanding of what judicial workload means goes far beyond its current and narrow interpretation as a statistical method for assessing the work of courts and involves assessing the time spent on the consideration of specific categories of cases. There is an identification and analysis the characteristic features of measuring systems created in Russia as well as foreign countries, which would allow to finance the judicial system, depending on the received cases and their case-weights. Case weighing systems, which involve not only quantitative but also qualitative analysis of the judicial burden, have a wide variety of practical applications. Models of financing of courts and the determination of the staffing of the judiciary on the basis of the load have been analysed.

Discussion and Conclusion. Conclusions are made about the administrative impact of the judicial burden. The management of the resources of the judiciary and its financing on a workload basis ensures greater independence of the courts because of the transparency of the formation of the judicial budget. A promising direction of modelling the measuring systems of the judicial load is the automated recording of the working time of the judge using modern technologies.

Keywords: caseload, case-weights, court, judicial activity, court management

Acknowledgments: The reported study was funded by RFBR, project number 20-011-00672 “The concept of organising judicial activities in the information society”.

For citation: Burdina, E. V., 2021. Judicial Load as an Indicator of the Effectiveness of Judicial Activity: Theoretical, Methodological and Practical Aspects. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 177–196. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.177-196.

Введение

Активная трансформация системы государственного управления, которая отмечается в последние десятилетия во многих странах мира и которая направлена на повышение эффективности государственного управления [Голубкина, К. В. и Абрамян, С. К., 2018], удобства и комфорта для гражд-

дан в их взаимодействии с государством, обусловила процессы, связанные с повышением эффективности и качества судебной деятельности.

Стратегия эффективности и качества судебной деятельности предусматривает множество разноплановых задач и направлений, одним из которых является оптимизация нагрузки на суды. В контексте оптимизации должны быть решены вопросы рационального распределения судебной нагрузки между судами и судьями, а также создана система урегулирования социальных конфликтов в обществе, отвечающая требованиям сбалансированности и перераспределения нагрузки между государственными судами, органами исполнительной власти и негосударственными образованиями, осуществляющими примирение и урегулирование.

Тем самым в рамках реализации идей электронного государства и современных управленческих подходов актуализируется потребность в осознании судебной нагрузки как правового явления, ее влияния на механизмы разрешения споров, финансирования судов и администрирования судебной деятельности. Кроме того, представляется важным решение практических проблем, связанных с методологией оценки служебной нагрузки на судей и сотрудников аппарата судов и методами ее учета.

Необходимость теоретико-правового исследования феномена нагрузки на суды и судей обусловлена также приоритетными направлениями развития судебной системы, закрепленными в Постановлении IX Всероссийского съезда судей от 8 декабря 2016 г.¹, где поставлена задача разработать проект федерального закона о нормах служебной нагрузки судей и работников аппарата судов Российской Федерации.

Для реализации указанной задачи Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации 24 июня 2021 г. заключил с Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» государственный контракт на выполнение научно-исследовательских работ и разработку научно обоснованных норм нагрузки судей судов общей юрисдикции и работников их аппаратов, федеральных арбитражных судов и работников их аппаратов². Цель работы: разрешение ряда теоретико-методологических и практических проблем, связанных с определением значения и роли служебной нагрузки в современной стратегии электронного государства и электронного правосудия, формулирование практических рекомендаций по разработке методики оценки судебной нагрузки в России и использованию ее для финансирования судов.

Теоретические основы. Методы

Методологической основой исследования выступили: диалектический метод, общие и частные научные методы познания. В качестве общенаучных

¹ Постановление IX Всероссийского съезда судей от 8 декабря 2016 г. № 1 «Об основных итогах функционирования судебной системы Российской Федерации и приоритетных направлениях ее развития на современном этапе». URL: <http://www.ssrf.ru>.

² Официальный портал государственных и коммерческих закупок. URL: <https://zakupki.kontur.ru/0173100004721000018>.

методов исследования применялись общие логические приемы (анализ, синтез, обобщение, абстрагирование и др.), с помощью которых выявлено значение эффективного управления нагрузкой и судебными ресурсами, дано представление о содержании судебной нагрузки и ее влиянии на справедливое судебное разбирательство, рациональную судебную организацию.

В исследовании применялись частные научные юридические методы. С помощью формально-юридического метода анализировалось законодательство Российской Федерации, регулирующие вопросы судебной нагрузки, включая трудовое и процессуальное законодательство.

На основе сравнительно-правового метода выявлены особенности методов измерения судебной нагрузки, используемых в судебных системах Германии, Израиля, Нидерландов, Норвегии, России, США, Франции и других стран, описаны системы определения сложности дел, дана характеристика их основных элементов, а также раскрыт механизм финансирования судебной системы на основе оценки судебной нагрузки.

Анализ юридических документов использовался для получения информации о методах учета времени судебных разбирательств, в результате чего сформулированы выводы, направленные на обоснование преимуществ метода Дельфи и автоматизированных методов измерения времени. Использовались документы надгосударственных некоммерческих организаций, в частности Европейской комиссии по эффективности правосудия и Руководящей группы Центра по изучению и анализу управления временем судей, касающиеся анализируемых вопросов.

Теоретико-правовое моделирование и прогнозирование как частно-юридические приемы применены для обоснования влияния концепций электронного государства и электронного правосудия на развитие экономических подходов к судебной деятельности и эффективному управлению нагрузкой. Для анализа статистических показателей затратности и продолжительности методов оценки судебной нагрузки были использованы данные, опубликованные на официальных сайтах органов государственной власти.

Результаты исследования

1. Концепция электронного государства, оптимизация управления судами и нагрузка на суды

Потребность повышения эффективности и результативности системы государственного управления рассматривается в рамках реализации концепции электронного государства.

Концепция электронного государства получила признание как ответ на запросы общества вследствие неэффективности существующей классической системы бюрократического управления государством и традиционной системы государственной гражданской службы, а также на волне технологической революции, предоставившей возможности использования информационных технологий для оказания государственных услуг населению [Голубева, А. А., 2005, с. 123–124; Цукарь, С. С., 2013].

Концепция электронного государства определяет тип государственно-го управления и перспективы развития моделей взаимодействия государ-

ства и граждан. Широкий взгляд на анализируемый термин предполагает, по мнению А. А. Голубевой, «процесс трансформации внутренних и внешних взаимодействий в системе государственного управления в результате внедрения информационных и телекоммуникационных средств с целью оптимизации управления, улучшения качества обслуживания населения и обеспечения конституционных прав граждан» [Голубева, А. А., 2005, с. 123]. Его природа обусловлена иным типом государственного управления, основанным на технологиях и информационных сетях, а также изменением целей, задач, принципов такого управления, использованием иных методов и способов взаимоотношений и взаимодействий как с субъектами внутри системы государственного управления, так и с гражданами и организациями, обращающимися к государственным или муниципальным органам в рамках их компетенции [Бурдина, Е. В. и Зуев, С. В., ред., 2021, с. 22].

Значительное воздействие на характер и направления судебных реформ, институциональную сферу судебной организации во всем мире оказывает теория нового государственного управления, именуемая *New Public Management* (NPM) и рассматриваемая в качестве элемента электронного государства. В России «данная теория взята на вооружение под воздействием общемировой тенденции проведения реформ государственного управления» [Поспелова, Е. и Казакова, М., 2015] в цифровую эпоху.

В юридической науке содержание теории NPM принято раскрывать как три «е»: *economy*, *efficiency* and *effectiveness* – экономия, эффективность и результативность при сочетании с другими ценностями государственной деятельности, такими как доступность, открытость, справедливость, беспристрастность, законность, честность и рациональность [Spigelman, J., 2001, p. 748].

С точки зрения общих теоретических подходов в системе NPM реформы фокусируются на цели удовлетворения запросов граждан, которые рассматриваются в качестве получателей услуг или клиентов государственного сектора, а государственные служащие признаются государственными менеджерами с возможностью проявить инициативу при реализации служебных полномочий. Смысл новой модели государственного управления связывается с большей эффективностью государственной службы, что предполагает внедрение системы менеджмента, методов работы, характерных для частного сектора.

Принципы и подходы NPM реализуются в национальных правовых порядках в разных формах в зависимости от сфер и областей государственной практики. В каждой национальной системе управления существует специфика использования основ NPM, поскольку поиск надлежащих управленческих форм зависит от особенностей государственной службы, традиций и культуры, складывающихся в механизме государственного управления.

В зарубежной юридической литературе отмечается, что использование методов частного бизнеса невозможно в государственном секторе повсеместно, а применительно к судам эти методы применимы в еще меньшей степени – «в идеале могут быть использованы только в качестве источника методологии», а доктрина «государственного менеджмента» имеет отноше-

ние к работе судов только в части определения стратегии, структуры, потенциала и культуры [Lienhard, A., et al., 2015].

В рамках оптимизации управления судами отмечаются элементы так называемого «хорошего управления судами», в их числе: стратегические принципы, клиент-дружелюбие, управление рабочей нагрузкой, контроль качества и другие [Lienhard, A., et al., 2015].

Среди экспертов, исследующих проблемы эффективности и производительности судов, отсутствует единство взглядов как на содержание новых подходов к управлению судами, так и на оценку имеющихся практик. Отмечается, что при постановке во главу угла судебной деятельности экономических показателей эффективности возникает опасность конфликта с обязательством судов по справедливому разбирательству дел.

Анализ практик использования концепции NPM в организации и деятельности судебных систем зарубежных стран позволил выявить в качестве способов решения проблем в сфере правосудия следующие:

- 1) комплексное стратегическое управление;
- 2) эффективное управление нагрузкой и ресурсами;
- 3) использование цифровых технологий и инструментов;
- 4) уважение к гражданину как конечному бенефициару (выгодоприобретателю) государственной судебной ветви власти;
- 5) использование лучших мировых практик, связанных с функционированием судебной системы;
- 6) укрепление диалога и сотрудничества со смежными с судебными институтами и гражданским обществом и их вовлечение в процесс модернизации судебной системы.

Проблема эффективного управления нагрузкой и ресурсами является наиболее сложной темой в контексте новых подходов к управлению судебной деятельностью и администрированию судов.

Эффективное управление ресурсами признается новым, основанным на экономических подходах методом совершенствования судебной системы, основу которого составляет управление поступившими в суды делами. Управление делами (нагрузкой) следует считать частью управления судом, оно имеет ключевое значение для обеспечения качества рассмотрения дел и предотвращения задержек в судопроизводстве [Lienhard, A. and Kettiger, D., 2011, p. 67].

Управление рабочей нагрузкой рассматривается в качестве инструмента распределения судебных ресурсов и дел в суде. В документах международных организаций отмечается сложность управления нагрузкой, где необходимо измерять судебные явления и обеспечивать оптимальное распределение ресурсов³. Данный подход нашел отражение в юридической литературе [Бурдина, Е. В., 2017; Бурдина, Е. В. и Петухов, Н. А., 2017, с. 66–83; Kleiman, M., et al., 2018; Örkényi, L., 2021], широко дискутируется

³ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). “Measuring the quality of just”, as adopted on 7 December 2016, at the 28th plenary meeting of the CEPEJ. URL: <https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-measuring-the-/1680747548> (дата обращения: 21.09.2021).

в судебном сообществе и с большой осторожностью применяется в судебной сфере зарубежных стран.

С точки зрения экономических подходов ресурсы тратятся неэффективно, если одни суды и судьи перегружены, а другие не имеют достаточной нагрузки. Для устранения такого дисбаланса в качестве приоритетной цели судебной реформы во многих государствах европейского континента была провозглашена оптимизация рабочих нагрузок на суды и судей, которая осуществлялась разными организационно-правовыми способами. В одних странах были приняты правила, предусматривающие гибкое перераспределение дел между судами для выравнивания рабочей нагрузки (например, Румыния). В результате такого перераспределения сторонам спора приходится нести большие транспортные издержки, поскольку необходимо добираться до более удаленного суда.

В других странах выбор предоставляется самим сторонам: либо дождаться, когда их дело будет рассмотрено в ближайшем от них, но загруженном суде, либо их дело будет немедленно рассмотрено в другом суде, расположенном на большем расстоянии от них, но менее загруженном. Существуют альтернативные организационные решения, связанные с временным прикомандированием к загруженным судам судей, которые работают в судах, где нет большого количества поступающих дел.

Проблемой эффективного управления ресурсами является финансирование судов на основе их нагрузки. Трудность заключается в создании таких измерительных систем, которые позволяли бы финансировать судебную систему в зависимости от поступивших дел и их сложности.

2. Теоретико-правовые и методологические подходы к определению и оценке служебной нагрузки

Термин «судебная нагрузка», а также выражения, используемые как его синонимы, – «служебная нагрузка на судей», «нагрузка на судей» часто употребляются в специальной литературе, широко используются в профессиональном общении и официальных документах. При этом законодатель, закрепляя термин «нагрузка судей» в процессуальном законодательстве, не дает его легального определения, отсутствует оно и в юридической литературе.

Неопределенность представлений в отношении названного социально-правового феномена – свидетельство недостаточного исследования наукой проблем служебной нагрузки при очевидной практической потребности в подобном научном освоении судебной реальности.

В настоящее время те или иные аспекты нагрузки судей подлежат изучению экономической наукой, судебной статистикой, процессуальными отраслями научного знания, наукой трудового права.

С позиций экономического подхода, производственной функции [Jon-ski, K. and Mankowski, D., 2014] увеличение количества поступающих в суды дел без изменения количества персонала влечет рост производительности труда в суде, что должно приветствоваться работодателем и быть его стратегией. Экономическая целесообразность в данном случае вступает в явное противоречие с целями и принципами правосудия.

Рост судебной нагрузки сверх определенных ее пределов не только влечет рост количества выносимых судебных актов и повышение результативности труда судьи, но и обозначает тенденцию к обратной зависимости между количеством завершенных производством дел и качеством судебных актов, создавая угрозу справедливому судебному разбирательству.

Резервы «мощности» суда и судьи при чрезмерно большом объеме поступающих дел изыскиваются посредством уплотнения графика работы судьи, увеличения его рабочего дня за счет нормативного времени отдыха, а также за счет ненормативного упрощения процессуальной формы, где минимизируются ее устный характер и подготовительная стадия судопроизводства. Это особенно актуально для российских судей, ограниченных процессуальными сроками, установленными единым образом для всех дел.

На качество судебных дел негативное влияние может оказывать и небольшой объем дел, рассматриваемых судьей. Так, в результате эмпирических исследований выявлено, что в крупных районных судах, где нагрузка выше, в отличие от малосоставных судов, где объем работы невелик, качество судебных актов, как и уровень подготовки судей, также выше⁴. Проблема растущей судебной нагрузки не может рассматриваться однолинейно. Возрастающая нагрузка на судей и суды создает разные взаимосвязи и корреляции. Рост нагрузки может как способствовать качеству правосудия, так и трансформировать его в иную, неправосудную деятельность.

Разработка количественных показателей оптимальной судебной нагрузки, определение ее разумных границ, за пределами которых нагрузка становится чрезмерной, установление научно обоснованных и подкрепленных экспериментальным путем расчетов показателей нормальной нагрузки на судью и работников аппарата призваны сыграть регулирующую роль.

В современной статистической науке и ее отрасли – судебной статистике нагрузка на судей рассматривается как один из основных статистических показателей оценки работы судебной системы, суда и конкретного судьи [Андрюшечкина, И. Н., 2016, с. 181–194]. Судебная нагрузка – это разновидность информации о судебной деятельности, представляющая статистические данные о поступивших в отчетном периоде делах, приходящихся на одного судью. Судебная статистика выявляет количественные данные судебной нагрузки для последующего анализа и развития судебной системы. Однако при помощи используемых в настоящий период статистических методов измеряются количественные объемы поступивших в суды обращений, не позволяющие точно определить объем работы судей и судов.

С точки зрения трудового права нагрузка на судей есть объем труда, возлагаемый на судью, который подлежит нормированию. Трудовой кодекс Российской Федерации (ТК РФ) закрепляет базовые принципы и институты, гарантирующие восстановление и регенерацию трудовой функции работника. В соответствии со ст. 159 ТК РФ работникам гарантируется применение систем нормирования труда. При этом под нормами труда

⁴ Tennessee Trial Courts Judicial Weighted Caseload Study. National Center for State Courts. 2013. URL: <http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/ctadmin/id/2160> (дата обращения: 21.09.2021).

понимаются нормы выработки, времени, нормативы численности и другие нормы, которые устанавливаются в соответствии с достигнутым уровнем техники, технологии, организации производства и труда (ст. 160 ТК РФ).

Нормирование труда признается в экономике и праве обязательным элементом организации производства.

Термин «нагрузка судей» является процессуальным, так как закреплен нормами Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации. Однако в процессуальном законодательстве отсутствует нормативная дефиниция. Формирование состава суда с учетом нагрузки судей и их специализации проходит с использованием автоматизированных систем распределения дел. В действующем модуле «Распределение дел» ГАС «Правосудие» распределение между судьями уголовных, гражданских и административных дел осуществляется с учетом остатков в их производстве незавершенных разбирательством дел и специализации судей.

Таким образом, в контексте названной технологии под *нагрузкой судьи* понимается ее узкий срез, включающий количество конкретных уголовных, гражданских, административных дел, дел по разрешению экономических споров и их «взвешенную» сложность. Последняя означает дифференциацию разных типов дел в зависимости от их сложности, что требует для рассмотрения большего времени. В зависимости от такой сложности категориям дел присваиваются коэффициенты, как правило, от 1 до 10 (по гражданским и административным делам). В рамках названного подхода к определению судебной нагрузки в нее не включается деятельность судьи, не являющаяся правосудием (обобщение судебной практики, повышение квалификации, участие в деятельности органов судейского сообщества, участие в организации и проведении учебных, методических и научных мероприятий и др.).

В зарубежной практике *судебная нагрузка* (case load) определяется как «сумма дел на рассмотрении на определенное время плюс дела, поступившие за определенный период»⁵.

Для определения потребности в судьях и равномерного распределения нагрузки используется термин «сложность дел» (case-weights) или «расчетная судебная нагрузка» (weighted case load). Указанные термины были введены в юридический оборот в США в конце 1970-х гг. и означают оценивание объема работ разных типов дел, исходя из того, что дела разных типов отличаются по объему рабочего времени судьи и усилий, необходимых для их обработки.

Представление о содержании, роли и значении служебной нагрузки на судей не может отождествляться с количеством подаваемых в суды дел и ведомственными показателями загруженности судебной системы. Современ-

⁵ Европейская комиссия по эффективности правосудия (CEPEJ). «Определение сложности дел в судебных системах», принято 2 июля 2020 г. Исследование CEPEJ. 2020. № 28. URL: <https://rm.coe.int/study-28-case-weighting-report-en/16809ede97> (дата обращения: 21.09.2021).

менное понимание служебной нагрузки выходит далеко за рамки ее узкой трактовки в качестве статистического метода оценки работы судов и предполагает оценку ее роли и значения для формирования надлежащей судебной организации, адекватной выделяемым ресурсам.

Объем нагрузки на судей не ограничивается количественными показателями судебных дел. Справедливое измерение нагрузки опирается на оценку времени, затраченного на рассмотрение и разрешение конкретных категорий дел, а также осуществление иной работы, прямо не связанной с подсудными делами, но вытекающей из задач органов судебной власти.

Служебная нагрузка на судью есть объем судебной работы судьи за определенный период времени (по рассмотрению дел и осуществлению иных судебных задач), показатели которой свидетельствуют о степени соответствия судебной организации стандартам надлежащего правосудия и качества судебной деятельности.

В содержание судебной нагрузки входит не только время, потраченное на разрешение тех или иных типов дел, но и деятельность, связанная с обслуживанием рабочего места, повышением квалификации судьи, обобщением судебной практики, участием в деятельности органов судейского сообщества, иных органов и организаций, осуществлением организационно-распорядительных полномочий, а также иная деятельность, обусловленная предназначением судов как органов судебной власти.

Существуют разные методики, позволяющие измерять или оценивать нагрузку на судей через учет сложности дел.

Анализ судебных практик зарубежных стран выявил разнообразие моделей определения сложности дел.

Сложность дела можно определить различными способами. Традиционно сложность дела определяется с помощью чисел, которые представляют средний объем рабочего времени, затрачиваемого на каждый тип дел – от поступления документов до дня завершения рассмотрения дела.

Большинство европейских стран экспериментируют, разрабатывают, изменяют системы определения сложности дел и оценки объема судебной нагрузки. Различия между применяемыми моделями обуславливаются историческими, культурными, социальными и правовыми условиями, в которых действуют судебные системы. Средний объем времени («вес»), затрачиваемый на рассмотрение конкретного типа дела, значительно разнится между странами.

Тем не менее в основе различающихся методик наблюдаются общие подходы, связанные с обусловленностью временных затрат на обработку дела. Сложность дела (объем затраченного на него времени) зависит: а) от фактической сложности дела, т. е. от таких обстоятельств, как количество сторон, количество свидетелей, наличие экспертиз, объединенных исковых требований и т. д.; б) от правовой сложности дела (например, дело, требующее применения норм международного или иностранного права); в) от процессуального порядка рассмотрения дела, предусматривающего объем действий судьи и участников процесса (упрощенное или исковое производство, примирение сторон или вынесение решения по существу и т. п.).

Методики, призванные оценить или учесть время, затрачиваемое на рассмотрение и разрешение конкретных категорий дел, получили наименование систем взвешивания дел и позволяют учесть сложность разбирательств в зависимости от типов дел. В результате применения систем взвешивания выводятся средневзвешенные нормы по каждой категории судебных дел. Таким образом, взвешивание дел является системой, с помощью которой можно оценить сложность разбирательства⁶ и временные затраты на обработку категорий дел.

В создании объективной системы оценивания сложности дел заинтересованы не только судьи, но и все потенциальные участники судебных разбирательств. Граждане заинтересованы в том, что с помощью данной системы может быть улучшено качество правосудия и обеспечен разумный срок судебных разбирательств. Ожидания судей сводятся к тому, что система оценивания сложности дел позволит обеспечить более справедливое распределение работы между ними, а также гарантирует предоставление им адекватного персонала и ресурсов для эффективной деятельности.

Существенным элементом методологии взвешивания дел является перечень категорий дел, объединяющий типы (виды) различных дел, которые рассматривает суд. Этот перечень должен быть по возможности четким и кратким. Так, опыт *Нидерландов*, где система взвешивания дел реально влияет на формирование судебного бюджета на очередной календарный год, показывает, что этот список достаточно прост и включает четыре категории дел, сгруппированных в зависимости от их сложности: от простых до очень сложных (от А до D). Другой пример демонстрирует *Хорватия*, где был составлен список, включающий 165 категорий дел.

Анализ российского и зарубежного опыта классификации дел для определения их сложности выявил наличие трех основных моделей указанной классификации.

Первая модель действует в *США*, *Германии* и еще в 35 странах, где был распространен американский опыт оценки рабочего времени судьи. В рамках указанной модели классификация проводится по однородным категориям дел. Каждый вид дела попадает в стандартизированную укрупненную категорию, например убийство, кража, развод, ДТП и др. Предполагается, что все дела, включенные в данную категорию, имеют равную сложность и на них расходуется одинаковое количество времени судьи.

Вторая модель классификации предполагает оценку среднего рабочего времени в зависимости от стадии процесса и видов совершаемых судьей процессуальных действий. Средневзвешенное время судебного разбирательства складывается из времени, затраченного на проведение стадий процесса (от подготовки до вынесения итогового судебного акта), а также периода проведения процессуальных действий, усложняющих судебное

⁶ См. п. 65 Отчета, подготовленного Руководящей группой Центра управления судебным временем (CEPEJ-SATURN) Европейской комиссии по эффективности правосудия. Страсбург, 20 ноября 2017 г. URL: <https://rm.coe.int/22th-meeting-report-cepej-saturn-2017-11-en/1680782034> (дата обращения: 21.09.2021).

разбирательство, например периода проведения экспертизы, вынесение частных определений и др. Указанная модель классификации оценки времени характерна для системы взвешенной нагрузки *Израиля*.

Третий тип классификации для учета сложности дел является смешанной моделью, где сочетаются признаки первой и второй моделей. Смешанная модель используется, например в *Норвегии*.

Европейская комиссия по эффективности правосудия рекомендует государствам использовать смешанную модель как приоритетный способ классификации судебных дел для оценки средневзвешенных временных затрат на их обработку. При этом рекомендуется учитывать такие критерии, влияющие на сложность дела, как характер иска/жалобы, тип процедуры, сумма иска, количество заявителей, сложность дела, количество сторон и представителей (адвокатов), количество свидетелей, тип и количество экспертиз, количество судебных заседаний, применение зарубежного и международного права, необходимость привлечения переводчика, новизна вопроса права⁷.

В *Российской Федерации* для нужд разработки системы определения сложности составлены списки, именуемые классификаторами, по гражданским, уголовным, административным делам, административным правонарушениям и экономическим спорам. Работу по составлению классификаторов вела рабочая группа, созданная Советом судей Российской Федерации, состоящая в основном из судей судов разных компетенций, а также представителей Судебного департамента и ученых Российского государственного университета правосудия.

Основу классификаторов составила группировка дел для целей статистического учета, где были учтены все категории дел в зависимости от их правовой квалификации. Подготовленные классификаторы отличаются объемом и сложностью. Классификатор по уголовным делам содержит 19 категорий дел, подразделяющихся на подкатегории в зависимости от тяжести совершенного деяния (средней и небольшой тяжести, тяжкие и особо тяжкие). Классификатор по гражданским делам содержит 41 категорию дел, имеющую, в свою очередь, несколько подкатегорий, выделяемых по предмету иска или иного требования. Классификаторы административных дел и административных правонарушений содержат соответственно 27 и 23 категории дел. Классификатор дел, рассматриваемых арбитражными судами, составил 49 категорий дел.

Объемность классификаторов обусловлена российскими традициями статистического учета, где традиционно выделяются стандартизированные категории дел. Объемность классификаторов, с одной стороны, позволит осуществлять более тонкую настройку системы оценки рабочей нагрузки на судей, более справедливое распределение дел и ресурсов. С другой стороны, множество классификаторов может привести к излишним

⁷ Европейская комиссия по эффективности правосудия (CEPEJ). «Определение сложности дел в судебных системах», принято 2 июля 2020 г. Исследование CEPEJ. 2020. № 28. URL: <https://rm.coe.int/study-28-case-weighting-report-en/16809ede97> (дата обращения: 21.09.2021).

затратам, трудности установления продолжительности судебных разбирательств, повлечь последующие корректировки норм сложности.

Европейская комиссия по эффективности правосудия выделяет две основные методологии измерения времени: метод измерения на основе исследования временных затрат; метод измерения на основе экспертных мнений, получивший наименование метода Дельфи⁸.

Методология измерения на основе исследования временных затрат подразумевает, что группа судей регистрирует время, затраченное на каждое дело, в течение достаточно длительного периода – не менее 6 месяцев, по истечении которого анализируются все результаты и определяется продолжительность рассмотрения каждого типа дел в зависимости от их сложности, характера, а также видов процедур. Такой хронометраж не только требует достаточного количества времени, но и серьезно отвлекает судей от их непосредственной работы. Хронометрирование как метод исследования сложности дел по своей затратности и времени значительно уступает другим методам.

Методология измерения, известная как метод Дельфи, предполагает, что группа судей устанавливает систему баллов (чисел, равных затраченному времени) для каждой категории дел, указанных в перечне (классификаторе), причем система баллов присваивается в соответствии, например, с правовой и фактической сложностью дела, с числом участвующих сторон, количеством юридических вопросов, о которых идет речь, стоимостью иска и т. п. Измерения времени рассмотрения текущих дел не происходит. Оценка временных затрат осуществляется по делам, завершённым производством.

Метод Дельфи в подавляющем количестве стран рассматривается как более предпочтительный в силу скорости проведения исследования, а также финансовых затрат, необходимых на получение результатов. Вместе с тем многие страны европейского континента для более точной оценки средневзвешенного времени используют одновременно и тот и другой методы (например, *Австрия, Сербия*).

В зарубежной литературе отмечаются сложности с разработкой и внедрением измерительных систем. Наряду с тем, что они должны быть простыми, следует опасаться упрощенчества, и нормы нагрузки не должны применяться механически к отдельным случаям [Dijk, Fr. and Dumbra-va, H., 2013].

Изученный опыт зарубежных стран по выбору моделей измерения времени показал, что могут быть использованы и другие, помимо названных выше, способы. В их числе использование систем электронного документооборота, которые могли бы автоматически измерять затраченное на судебные процедуры время. В постпандемийную эпоху усилилось понимание первостепенной роли цифровых технологий, рассматриваемых в качестве

⁸ Европейская комиссия по эффективности правосудия (CEPEJ). «Определение сложности дел в судебных системах», принято 2 июля 2020 г. Исследование CEPEJ. 2020. № 28. URL: <https://rm.coe.int/study-28-case-weighting-report-en/16809ede97> (дата обращения: 21.09.2021).

принципиально нового способа реализации государственных функций [Pleyers, G., 2020; Якимова, Е. В., 2021, с. 13–14].

Всемирный банк в рамках рекомендаций государствам по поводу выбора методов «взвешивания» дел подготовил сравнительную таблицу известных методов, основанную на критериях их затратности и продолжительности⁹ (табл. 1).

Таблица 1 / Table 1

Сравнение методов «взвешивания» дел
Comparison of Methods of “Weighing” Cases

Метод / Method	Расходы / Cost	Продолжительность проведения / Duration
Реальный хронометраж / Real timekeeping	высокие / high	От 12 до 18 месяцев / 12 to 18 months
Сочетание исследования реально-го времени и оценка времени группой / Combination of real-time research and group time estimate	очень высокие / very high	От 12 до 24 месяцев / 12 to 18 months
Анкета (классификатор) для оценки рабочего времени / Questionnaire (classifier) for assessing working time	низкие / low	12 месяцев / 12 months
Статистический анализ с использованием информационных систем / Statistical analysis using information systems	низкие / low	От 4 до 6 месяцев / 4 to 6 months

В Российской Федерации для разработки системы оценки времени рассмотрения дел используется метод Дельфи. Судьям предложено заполнить подготовленные классификаторы и выставить цифры, соответствующие реальному времени, затрачиваемому судьей. Вместе с тем для точности оценки будут учитываться повышающие и понижающие сложность дела коэффициенты, отражающие процедуры и действия, влияющие на затраты по времени обработки дел.

Для того чтобы российская система взвешенной нагрузки на судей была успешной и достигла своих целей, она должна быть разработана самими судьями. На основе полученных в рамках государственного контракта результатов рабочей группы, состоящей из судей, следует принять меры для проверки полученных показателей сложности дел и определить окончательные нормы нагрузки на судей.

Разработка, отладка системы взвешенной нагрузки является долговременной исследовательской работой, поскольку изменения правовой систе-

⁹ Коммюнике Комитета по финансам, общей экономике и бюджетному контролю Национального Собрания Французской Республики «Методологический подход к затратам на правосудие», декабрь 2018 г. URL: <https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-01/20190128-approche-methodologique-couts-justice.pdf> (дата обращения: 21.09.2021).

мы, судебных процедур, цифровизация судопроизводства и делопроизводства требуют периодической корректировки показателей сложности дел с целью обеспечения актуальности и надежности системы. Выполнить задачи по разработке норм нагрузки на судей невозможно без активного участия самих судей. Это становится особенно актуальным, поскольку, во-первых, принятая модель оценки нагрузки будет влиять на них самих, а во-вторых, судьи неохотно вкладывают свое время и силы в работу, отвлекающую их от рассмотрения дел.

3. Цели применения систем взвешивания дел

Системы взвешивания дел, предполагающие не только количественный, но и качественный анализ судебной нагрузки, имеют большое разнообразие практических применений.

В результате анкетирования, проведенного Европейской комиссией по эффективности правосудия Совета Европы в 2020 г. среди государств – членов Совета Европы, постоянно участвующих в проекте «Оценка европейских судебных систем», 24 из 36 государств-членов сообщили, что они используют систему взвешивания дел для определения сложности (в единицах времени) каждой категории судебных дел. При этом 15 из 24 (или 62%) респондентов ответили, что система оценки рабочей нагрузки используется для определения необходимого количества судей в каждом суде; 7 из 24 респондентов (29%) отметили, что целью использования методики является определение потребности в финансировании и объеме бюджетных запросов¹⁰.

В США взвешивание дел обычно используется для определения общей численности судей, необходимых для выполнения всей работы судебной системы, а также для обоснования запрашиваемых объемов финансирования судебной системы, для распределения сотрудников между судами пропорционально объему поступающих дел. Более 30 штатов США в настоящее время используют системы взвешенных дел для расчета потребностей в судебных ресурсах на уровне судебной системы штата.

В Германии разработана собственная национальная система оценки судебной нагрузки. Она позволяет решать задачи необходимого финансирования судов и определения штатной численности судейского корпуса. Система оценки в целом поддерживается судьями, хотя не является безупречной и подвергается критике вследствие упрощения некоторых процессуальных и организационных действий суда. Вместе с тем с помощью указанной системы суды на основе понятных и прозрачных критериев готовят обоснованные запросы об объеме финансирования и необходимых судебных ресурсах. По мнению немецкой ассоциации судей, разрыв между оптимальной и штатной численностью судей в Германии оценивается в 1948 судейских должностей. Расчет оптимально необходимого

¹⁰ Европейская комиссия по эффективности правосудия (CEPEJ). «Определение сложности дел в судебных системах», принято 2 июля 2020 г. Исследование CEPEJ. 2020. № 28. URL: <https://rm.coe.int/study-28-case-weighting-report-en/16809ede97> (дата обращения: 21.09.2021).

судейского корпуса сделан с применением системы оценки взвешенной нагрузки¹¹.

В Нидерландах существует хорошо сбалансированная, сложная система финансирования судебных расходов, основанная на общем объеме произведенных судами работ по рассмотрению и разрешению поступивших дел. Детально порядок финансирования был закреплен в Декрете о судебном секторе (финансировании) 2005 г. Декрет ввел понятие финансирования судебной системы на основе результатов ее работы¹². Прогнозный бюджет рассчитывается путем умножения количества судебных решений на применяемые к ним цены. Средневзвешенная оценка сложности категорий судебных дел (выделено 70 категорий гражданских, уголовных и иных дел) производится в минутах. Пересмотр установленных временных затрат осуществляется раз в три года.

Для нужд финансирования судов в зависимости от трудозатратности дел устанавливается их цена (цена кейса). Цена варьируется от 140 евро за дело, подсудное районному суду, до 3615 евро за гражданское дело, рассмотренное в суде апелляционной инстанции. Разница в цене связана со временем, необходимым для рассмотрения и разрешения дела, а также с составом суда, рассматривающего дело: единоличный судья или коллегиальный состав из трех профессиональных судей. Формирование бюджета судов Нидерландов на основе результатов их работы может быть оценено в целом положительно, поскольку укрепляет независимость и самостоятельность судов, позволяет отстаивать интересы судебной власти перед органами исполнительной власти (правительством, министерством финансов), имея в качестве аргументов понятные и достоверные методики расчета необходимых для правосудия ресурсов. Однако нельзя не признать высокие риски использования данной методики, которые заключаются в попытках объединить принципы справедливого судебного разбирательства и принципы экономической и бюджетной эффективности.

Тем самым эмпирически обоснован и не вызывает сомнений вывод о том, что потребность судебной системы, конкретных судов в штатных единицах судей и вспомогательного персонала суда должна оцениваться в зависимости от количества рассматриваемых судом дел.

Несмотря на очевидность данного положения, существующие в Российской Федерации методы формирования судебного бюджета и штатной численности судей не учитывают установленной закономерности. Конкретные процедуры определения объемов финансирования российских судов не основаны на методике, учитывающей количество рассмотренных судом дел.

¹¹ Meeting report. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). Steering Group of the SATURN Centre for Judicial Time Management (CEPEJ-SATURN). 22nd meeting Kristiansand (Norway), 5 and 7 September 2017. URL: <https://rm.coe.int/22th-meeting-report-cepej-saturn-2017-11-en/1680782034> (дата обращения: 21.09.2021).

¹² The Financing System of the Netherlands Judiciary. URL: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/The-Financing-System-of-the-Netherlands-Judiciary.pdf> (дата обращения: 21.09.2021).

При таком положении неизбежно в одних судах наблюдается недостаточное количество судей для разрешения поступающих дел, а в других судах может быть излишне много судей в сопоставлении с объемом поступающих судебных дел. Такие ресурсные диспропорции ставят под угрозу доступ к правосудию и качество разрешения дел для определенных слоев населения, могут угрожать судебной независимости.

Ресурсные модели обеспечения судов, основанные на численности обслуживаемого населения или количестве поступивших в суд дел, не раскрывают объективных параметров загруженности судов и не могут служить достоверной основой для определения судебного бюджета.

Обсуждение и заключение

На основании изложенного сформулируем следующие выводы.

Проблема эффективного управления нагрузкой и ресурсами рассматривается в контексте новых подходов к управлению судебной деятельностью и администрированию судов как составная часть реализации идей электронного государства и электронного правосудия. Судебная нагрузка имеет управленческое воздействие.

Для экономико-управленческих подсчетов необходимо определить взаимосвязь между количеством и сложностью дел, с одной стороны, и затратами на их рассмотрение – с другой. При этом важнейшей задачей является определенность вопроса о том, какую нагрузку считать нормальной, чрезмерной или недостаточной.

Ресурсные модели обеспечения судов, основанные на численности обслуживаемого населения или количестве поступивших в суд дел, не раскрывают объективных параметров загруженности судов.

В современный период во многих странах мира внедряются системы измерения рабочей нагрузки, складываются методы финансирования судов на основании их нагрузки.

Следует признать, что более рациональный подход к управлению ресурсами судебной системы и ее финансированию обеспечивает большую независимость судов в силу прозрачности формирования ее бюджета. Однако финансирование, основанное на судебной нагрузке, требует измерения времени рассмотрения дела и создания соответствующих систем оценки загруженности судов и судей. Существуют сложности с разработкой и внедрением таких измерительных систем. Они должны быть простыми, в их разработке и апробации должны принимать участие сами судьи. Вместе с тем данные системы не должны быть упрощенными, игнорирующими объем допускаемых по делу процессуальных и организационных действий.

Перспективным направлением моделирования измерительных систем судейской нагрузки следует считать автоматизированный учет рабочего времени судьи с использованием современных технологий.

Создание методик учета рабочего времени сотрудников суда вызывает большие сложности, поскольку их деятельность лишь опосредованно связана с количеством поступающих дел в суд. Для получения практических результатов и рекомендаций, направленных на оптимизацию служебной

нагрузки сотрудников суда, необходимо продолжать научные и эмпирические исследования в этой сфере.

Список использованной литературы

- Андрюшечкина И. Н. Судебная статистика : учеб. пособие. М. : РГУП, 2016. 276 с.
- Бурдина Е. В. и др. Электронное правосудие : моногр. / под ред. Е. В. Бурдиной, С. В. Зуева. М. : РГУП, 2021. 344 с.
- Бурдина Е. В. Нормы служебной нагрузки судей: статистический метод или показатель качества правосудия? // Российский судья. 2017. № 1. С. 49–54.
- Бурдина Е. В., Петухов Н. А. Служебная нагрузка на судей: проблемы определения, оценки, управления : моногр. М. : РГУП, 2017. 236 с.
- Голубева А. А. Электронное правительство: введение в проблему // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 8. 2005. Вып. 2. С. 120–139.
- Голубкина К. В., Абрамян С. К. Электронное правительство и электронная демократия как новые явления информационного общества // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2018. № 1. С. 80–82.
- Поспелова Е., Казакова М. Применение концепции New Public Management в России // Государственная служба. 2015. № 2. С. 22–26.
- Цукарь С. С. Электронное государство как концепция реформирования системы государственного управления // Международный научно-исследовательский журнал. 2013. № 2. С. 77–79.
- Якимова Е. В. Пандемия COVID-19: первые опыты междисциплинарного анализа в дискурсе социальных наук // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 11: Социология. 2021. № 2. С. 13–31.
- Dijk Fr., Dumbrava H. Judiciary in Times of Scarcity: Retrenchment and Reform // International Journal for Court Administration. 2013. Vol. 5, no. 1. P. 1–10.
- Jonski K., Mankowski D. Is Sky the Limit? Revisiting “Exogenous Productivity of Judges” Argument // International Journal for Court Administration. 2014. Vol. 6, no. 2. P. 53–72.
- Kleiman M., Schaufli R. Y., Ostrom B., Lee C. G. Weighted caseload: a critical element of modern court administration // International Journal of the Legal Profession. 2018. Vol. 26, no. 5. P. 1–12.
- Lienhard A., Kettiger D. Research on the caseload management of courts: methodological questions // Utrecht Law Review. 2011. Vol. 7, no. 1. P. 66–73. DOI: 10.18352/ulr.147.
- Lienhard A., Kettiger D., Winkler D., Uster H. Combining a Weighted Caseload Study with an Organizational Analysis in Courts: First

Experiences with a New Methodological Approach in Switzerland (2015) // International Journal for Court Administration. 2015. Vol. 7, no. 1. P. 27–36.

Örkényi L. Duration of Court Events Required for Litigation – An Empirical Study to Provide a Theoretical Basis for an Objective Measurement System for Judicial Workload // International Journal for Court Administration. 2021. Vol. 12, no. 1. Art. 5. DOI: <http://doi.org/10.36745/ijca.370>.

Pleyers G. Global sociology in the pandemic // Global Dialogue: Magazine of the International Sociological Association. 2020. Vol. 10, no. 2. P. 1–3.

Spigelman J. The “New Public Management” and the Courts (July 27, 2001) // Australian Law Journal. 2001. Vol. 75. P. 748.

References

Andryushechkina, I. N., 2016. *Sudebnaya statistika* = [Judicial Statistics]: Study Guide. Moscow: Russian State University of Justice. (In Russ.)

Burdina, E. V. and Petukhov, N. A., 2017. *Sluzhebnyaya nagruzka na sudej: problemy opredeleniya, ocenki, upravleniya* = [Official workload for judges: problems of definition, assessment, management]. Monograph. Moscow: Russian State University of Justice. (In Russ.)

Burdina, E. V., 2017. [Judicial workload rates: a statistical method or an indicator of the quality of justice?]. *Rossijskij sud'ya* = [Russian Judge], 1, pp. 49–54. (In Russ.)

Burdina, E. V., et al., 2021. *Elektronnoe pravosudie* = [Electronic justice]. Monograph. Moscow: Russian State University of Justice. (In Russ.)

Cukar', S. S., 2013. [Electronic state as a concept for reforming the public administration system]. *Mezhdunarodnyj nauchno-issledovatel'skij zhurnal* = [International Research Journal], 2, pp. 77–79. (In Russ.)

Dijk, Fr. and Dumbrava, H., 2013. Judiciary in Times of Scarcity: Retrenchment and Reform. *International Journal for Court Administration*, 5(1), pp. 1–10.

Golubeva, A. A., 2005. [E-government: an introduction to the problem]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Ser. 8* = [Saint Petersburg University Bulletin. Series 8], 2, pp. 123–124. (In Russ.)

Golubkina, K. V. and Abramyan, S. K., 2018. [E-government and e-democracy as new phenomena of the information society]. *Gumanitarnye, social'no-ekonomicheskie i obshchestvennye nauki* = [Humanities, Socio-economic and Social Sciences], 1, pp. 80–82. (In Russ.)

Jonski, K. and Mankowski, D., 2014. Is Sky the Limit? Revisiting 'Exogenous Productivity of Judges' Argument. *International Journal for Court Administration*, 6(2), pp. 53–72.

Kleiman, M., Schauffler, R. Y., Ostrom, B. and Lee, C. G., 2018. Weighted caseload: a critical element of modern court administration. *International Journal of the Legal Profession*, 26(5), pp. 1–12.

Lienhard, A., Kettiger, D., Winkler, D. and Uster, H., 2015. Combining a Weighted Caseload Study with an Organizational Analysis in Courts:

First Experiences with a New Methodological Approach in Switzerland (2015). *International Journal for Court Administration*, 7(1), pp. 27–36.

Lienhard, A. and Kettiger, D., 2011. Research on the caseload management of courts: methodological questions. *Utrecht Law Review*, 7(1), pp. 66–73. DOI:10.18352/ulr.147.

Örkényi, L., 2021. Duration of Court Events Required for Litigation – An Empirical Study to Provide a Theoretical Basis for an Objective Measurement System for Judicial Workload. *International Journal for Court Administration*, 12(1), art. 5. DOI: <http://doi.org/10.36745/ijca.370>.

Pleyers, G., 2020. Global sociology in the pandemic. *Global Dialogue: Magazine of the International Sociological Association*, 10(2), pp. 1–3.

Pospelova, E. and Kazakova, M., 2015. [Application of the concept of New Public Management in Russia]. *Gosudarstvennaya sluzhba* = [Public Service], 2, pp. 22–26. (In Russ.)

Spigelman, J., 2001. The “New Public Management” and the Courts (July 27, 2001). *Australian Law Journal*, 75, p. 748.

Yakimova, E. V., 2021. [COVID-19 Pandemic: First Experiments of Interdisciplinary Analysis in Social Science Discourse]. *Social'nye i gumanitarnye nauki. Otechestvennaya i zarubezhnaya literatura. Ser. 11: Sociologiya* = [Social and Human Sciences. Domestic and Foreign Literature. Series 11. Sociology], 2, pp. 13–31. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Бурдина Елена Владимировна, доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой организации судебной и правоохранительной деятельности ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Российская Федерация, 117418, Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69).

Elena V. Burdina, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Organization of the Judiciary and Law Enforcement Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

E-mail: elenburdina@yandex.ru

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5431-7634>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 07.10.2021; дата одобрения после рецензирования: 19.10.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 03.11.2021.

Submitted: 07.10.2021; reviewed: 19.10.2021; revised: 03.11.2021.

Научная статья

УДК 340.6

DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.197-212



Использование материалов сети «Интернет» при проведении комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы несовершеннолетних

**Е. Г. Дозорцева^{1, 2}, Д. С. Ошевский^{1, 2},
К. В. Сыроквашина¹**

¹ Национальный медицинский исследовательский центр психиатрии и наркологии имени В. П. Сербского, Минздрав России, Москва, Российская Федерация

² Московский государственный психолого-педагогический университет, Москва, Российская Федерация
edozortseva@mail.ru, oshevsky@serbsky.ru, syrokvashina@mail.ru

Аннотация

Введение. Стремительное развитие цифровых технологий и социальных процессов, связанных с функционированием сети «Интернет» и других видов современных коммуникаций, отражается на процедурах и содержании комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы несовершеннолетних. Анализ интернет-коммуникаций подростков стал неотъемлемой частью экспертного исследования, что предъявляет новые требования к методологии экспертизы.

Теоретические основы. Методы. Традиционная методология и принципы психолого-психиатрической экспертизы сохраняют свое значение, однако специфическим для анализа интернет-коммуникаций является герменевтический метод. В данном исследовании использован качественный анализ материалов различных категорий комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы несовершеннолетних обвиняемых и потерпевших.

Результаты исследования. Наряду с объективными характеристиками и результатами психодиагностики несовершеннолетних в рамках экспертизы проводится исследование их самопрезентации и коммуникаций в социальных сетях, что дает более полную психологическую картину. Для некоторых категорий дел такой анализ имеет критическое значение. Для дел, связанных с вооруженным нападением несовершеннолетних на школы («скулшутинг»), важно определение влияния на подростков со стороны деструктивных интернет-групп. В делах о распространении наркотических и других психоактивных веществ интернет-коммуникации несовершеннолетних являются частью их криминальных действий. Материалы сети «Интернет» часто выступают главным источником информации в делах о самоубийствах несовершеннолетних и позволяют установить особенности их психического состояния в период, предшествовавший самоубийствам, и влиявшие на него факторы. Интернет-коммуникации в делах о сексуальных преступлениях, совершенных в Сети (кибергруминг), позволяют установить характер и степень манипулятивного воздействия на детей со стороны взрослых преступников.

Обсуждение и заключение. Изменение характера экспертных исследований вслед за развитием интернет-среды требует формирования новых компетенций экспертов, разработки алгоритмов анализа материалов и интеграции результатов в общие экспертные выводы.

Ключевые слова: комплексная судебная психолого-психиатрическая экспертиза, интернет, несовершеннолетние, герменевтический метод, «скулшутинг», распространение наркотиков, самоубийство, кибергруппинг

Для цитирования: Дозорцева Е. Г., Ошевский Д. С., Сыроквашина К. В. Использование материалов сети «Интернет» при проведении комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы несовершеннолетних // Правосудие/Justice. 2021. Т. 3, № 4. С. 197–212. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.197-212.

The Use of Internet Materials in the Complex Forensic Psychological and Psychiatric Examination of Minors

**Elena G. Dozortseva^{1, 2}, Dmitry S. Oshevsky^{1, 2},
Kseniya V. Syrokvashina¹**

¹ V. Serbsky Federal Medical Research Centre for Psychiatry and Narcology, Ministry of Health of Russia, Moscow, Russian Federation

² Moscow State University of Psychology and Education, Moscow, Russian Federation

For correspondence: edozortseva@mail.ru, oshevsky@serbsky.ru, syrokvashina@mail.ru

Abstract

Introduction. The rapid development of digital technologies and social processes associated with their functioning is reflected in the procedures and content of the complex forensic psychological and psychiatric examination of minors. The analysis of internet communications of adolescents has become an integral part of expert research, which makes new demands on the methodology of expert examination.

Theoretical Basis. Methods. The traditional methodology and principles of psychological and psychiatric examination continue to be relevant. However, the hermeneutic method is applied specifically for the analysis of Internet communications. This study used a qualitative analysis of materials from various categories of complex forensic psychological and psychiatric examination of juvenile offenders and underage victims.

Results. Along with other materials and results of psycho-diagnostics the psychological examination of minors includes a study of their self-presentation and communications in social networks. For some categories of cases, this analysis is crucial. For cases involving armed attacks by minors on schools ("school shooting"), it is important to find out the influence on adolescents from destructive internet groups. In cases of the drug dealing, internet communications of minors are part of their criminal activities. Materials on the internet are often the main source of information in cases of juvenile suicide. They permit the discovery of the characteristics of the adolescents' mental state in the period preceding the suicide and the factors that influenced it. Internet communications in cases of sexual crimes committed on the internet (cyber grooming and exploitation) make it possible to assess the nature and degree of manipulative influence on children by adult criminals.

Discussion and Conclusion. Changes in the nature of expert examination following the development of the Internet environment demands the formation of new competencies of experts,

the development of algorithms for the discovery and analysis of materials and the integration of the results into general expert conclusions.

Keywords: complex forensic psychological and psychiatric examination, Internet, minors, hermeneutic method, “school shooting”, drug trafficking, suicide, cyber grooming

For citation: Dozortseva, E. G., Oshevsky, D. S. and Syrovkashina, K. V., 2021. The use of Internet materials in the complex forensic psychological and psychiatric examination of minors. *Pravosudie/Justice*, 3(4), pp. 197–212. DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.197-212.

Введение

Быстрое развитие цифровых технологий и социальных процессов, связанных с функционированием сети «Интернет» и других видов современных коммуникаций, отражается на экспертной деятельности в рамках предварительного следствия, в частности на процедурах и содержании комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы (КСППЭ) несовершеннолетних. Традиционное проведение КСППЭ несовершеннолетних предполагает обследование детей и подростков психиатрами и психологами на основе методологии и с помощью методов соответствующих специальностей, а также анализ документов – материалов уголовного дела, медицинской документации [Сафуанов, Ф. С., 2005].

Уголовное дело содержит важные источники информации – характеристики подэкспертного, протоколы допросов и других следственных действий, предметы творчества подростка (дневники, рисунки, стихи, переписка и т. п.). Полученные сведения эксперты перерабатывают, объединяют с данными клинического и клинико-психологического обследования, составляя целостную динамическую картину физического и психического развития несовершеннолетнего от рождения до настоящего времени, формирования его личности, отклонений от возрастных норм, симптомов и синдромов психических расстройств. Помимо представления о самом несовершеннолетнем в процессе развития и на момент обследования эксперты на основе переработки разнообразной информации во временной динамике реконструируют картину криминальной ситуации в ее объективном варианте и в субъективном отражении подэкспертного. Интеграция результатов исследований позволяет дать обоснованные ответы на вопросы следствия и суда.

XXI век стал временем взрывных перемен в жизни общества, связанных со стремительным развитием цифровизации. Современные дети и подростки родились в цифровую эпоху и являются ее неотъемлемой частью. Социальная ситуация развития детей существенно изменилась по сравнению с прошлыми десятилетиями. На известной схеме экологических систем У. Бронфенбреннера [Bronfenbrenner, U. and Morris, P. A., 2006], изображающей концентрические круги социальных сфер, в которых развивается ребенок, – от микросистемы семьи до макросистемы общества в целом, семью и другие сферы непосредственного общения в значительной мере потеснили гаджеты и коммуникации ребенка в социальных сетях [Johnson, G. M., 2010]. Исследователи говорят о возрастающем влиянии цифровой среды на ребенка, о формировании в процессе «цифровой социализации» «цифровой личности» человека [Солдатова, Г. У., 2018] как отражения его самопрезентации и деятельности в интернет-среде и даже

о формировании виртуальной идентичности [Войскунский, А. Е., Евдокименко, А. С. и Федунина, Н. Ю., 2013].

В этих условиях без учета того, как несовершеннолетний представляет себя и взаимодействует с другими в сети «Интернет», его психодиагностическая и экспертная оценка при проведении КСППЭ была бы неполной. В последнее время привычным стало требование экспертов к следствию о предоставлении в материалах уголовного дела скриншотов аккаунтов и распечаток коммуникаций подростков в социальных сетях. Кроме того, некоторые преступления совершаются несовершеннолетними или в отношении несовершеннолетних непосредственно в сети «Интернет» [Макушкин, Е. В., и др., 2021]. В подобных случаях включение соответствующей информации в уголовное дело становится необходимым условием экспертизы. Однако анализ такого рода информации требует обновления методологии экспертного исследования и анализа возникающих при этом проблем и задач.

Теоретические основы. Методы

В данной работе объектом исследования является методология КСППЭ несовершеннолетних, предметом – новые подходы к проведению таких экспертиз, возникновение которых обусловлено необходимостью использовать материалы сети «Интернет». В качестве теоретической основы используются подходы и принципы психологической экспертной методологии – системный структурно-динамический подход с уровневый анализом поведения и деятельности, взаимодействия личностных и ситуационных факторов. Непреходящее значение имеют общеметодологические принципы психологии – принцип единства сознания и деятельности и принцип развития. Кроме традиционных базовых подходов большое значение для исследования имеют разрабатываемые специалистами в области психологии интернета положения о развитии личности в цифровой среде, о рисках для детей и подростков, об их поведенческих девиациях в сети «Интернет» [Войскунский, А. Е., Евдокименко, А. С. и Федунина, Н. Ю., 2013; Поливанова, К. Н., 2016; Солдатова, Г. У., 2018; Солдатова, Г. У., и др., 2019].

Материалом исследования служат заключения КСППЭ несовершеннолетних обвиняемых и потерпевших, выполненные в ФГБУ «НМИЦ ПН им. В. П. Сербского» Минздрава России в 2010–2021 гг. В качестве методов выступали герменевтический метод исследования текстов коммуникаций, а также качественный анализ и обобщение результатов экспертиз по различным категориям правонарушений.

Результаты исследования

Современная практика КСППЭ несовершеннолетних в уголовном процессе свидетельствует о том, что для целостной психологической характеристики подростка необходимы не только внешние характеристики и результаты психодиагностического исследования, но и данные о его собственной активности в социальных сетях. Самопрезентация в виде оформления аккаунта, аватара, размещения рисунков и фотографий, высказываний, выбора музыки и групп, на которые подписан молодой человек, говорит о его интересах, предпочтениях, отношении к другим людям и самому себе. Следует,

однако, учитывать, что самопрезентация несовершеннолетнего не является точным отражением его «Я», так как виртуальная среда позволяет подростку экспериментировать с ролями, создавать идеальный или желаемый образ «Я», примерять различные «маски» [Рубцова, О. В., Посакалова, Т. А. и Ширяева, Е. И., 2021]. Такое экспериментирование, с одной стороны, важно для построения его идентичности, интегрированного «Я», с другой – может свидетельствовать о внутренних конфликтах и противоречиях [Солдатова, Е. А. и Погорелов, Д. Н., 2018]. Сопоставление самопрезентации подростка с другими данными уголовного дела позволяет эксперту лучше увидеть субъективный мир несовершеннолетнего, его психологические проблемы. Такие важные для эксперта источники информации, как коммуникации в Сети, переписка со сверстниками, дают возможность оценить характер общения подростка, тематику обсуждаемых проблем, привязанности или конфликты. Эти данные необходимы для общей оценки личности подэкспертного, характера и степени его психического развития, индивидуально-психологических особенностей и мотивационно-смысловой сферы.

Проведение некоторых категорий КСППЭ несовершеннолетних в уголовном процессе становится просто невозможным без анализа материалов из сети «Интернет». Рассмотрим некоторые виды таких экспертиз.

Статистика подростковой преступности как в России, так и во всем мире демонстрирует в последнее десятилетие существенное снижение количества преступлений и числа совершающих их несовершеннолетних¹ [Антонян, Ю. М., и др., 2018]. Эту тенденцию можно объяснить, в частности, тем, что подростки ушли с улиц в интернет и реализуют себя, в том числе свои девиантные склонности, в виртуальной реальности [Солдатова, Г. У., Чигарькова, С. В. и Львова, Е. Н., 2017]. Появляются новые формы интернет-активности, связанные с совершением противоправных действий. Возникает вопрос, насколько велико влияние сети «Интернет» на криминальную активность несовершеннолетних [Кузнецова, Е. В., 2015].

Так, объединения молодых людей, склонных к агрессии и/или радикальной идеологии, в социальных сетях нередко кумулируют негативные настроения и идеологию, что приводит к совершению насильственных преступлений в реальном мире.

Примером могут служить так называемые «колумбайнеры», или последователи Э. Харриса и Д. Клиболда, американских подростков, совершивших в 1999 г. протестное нападение на школу «Колумбайн» и массовое убийство учеников и учителя, а затем покончивших с собой. Десятки аналогичных действий, получивших название «скулишутинга», были совершены впоследствии в разных странах мира, что позволило исследователям создать определенную типологию склонных к ним несовершеннолетних [Langman, P., 2009; Gerard, F. J., et al., 2016; Сыроквашина, К. В., 2019].

Более десяти подобных случаев произошли и в России. Совершившие нападения на школы подростки в ходе предварительного следствия были

¹ Доклад о деятельности уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка в 2020 году. URL: <http://deti.gov.ru/documents/reports> (дата обращения: 12.10.2021).

направлены в Национальный медицинский исследовательский центр психиатрии и наркологии имени В. П. Сербского для проведения психолого-психиатрической экспертизы. Все они входили в различные группы и сообщества в социальных сетях, которые культивировали идеологию насильственного протеста, продемонстрированного в школе «Колумбайн». Подобные группы единомышленников в сети «Интернет» многократно усиливают и радикализируют идеологические взгляды их членов благодаря одностороннему представлению и повторению определенных мнений, что получило в современной социологии средств массовой информации название эффекта «эхо-камер» [Cinelli, M., et al., 2021]. В ряде случаев следствие ставило перед экспертами-психологами вопрос о том, какое влияние оказали на подэкспертных такого рода интернет-группы. В каждом случае для ответа на него эксперту потребовалась информация о посещениях подэкспертным данных интернет-групп, длительности контакта с ними, активности в коммуникациях внутри групп и ее изменениях с течением времени, о размещаемом в группе материале и вкладе в него самого подэкспертного. Анализировалась также деятельность подростка, связанная с тематикой групп, вне Сети. Полученная информация рассматривалась в общей системе сведений, полученных в результате психиатрического и психологического обследований и анализа документации. Обычно в подобных случаях делался вывод о наличии влияния таких групп на принятие решения подростком о совершении нападения на школу, однако лишь в качестве одного из ряда факторов, оказавших совокупное воздействие на выбор несовершеннолетним подобных агрессивных действий. Более того, отмечалось, что и сам подросток со временем выступал в интернет-группах в качестве источника влияния [Дозорцева, Е. Г., Ошевский, Д. С. и Сыроквашина, К. В., 2020]. Таким образом, КСППЭ несовершеннолетних обвиняемых по делам о нападениях на школы и других экстремистских действиях – характерный образец экспертизы, в которой анализ материалов сети «Интернет» является необходимой составной частью исследования.

Еще одним видом противоправной деятельности, непосредственно связанной с использованием сети «Интернет», является включение несовершеннолетних в незаконное распространение психоактивных веществ. Экспертиза по делам, в которых такие подростки проходят в качестве обвиняемых, должна ответить на вопрос о том, насколько они могли осознавать фактический характер и общественную опасность своих противоправных действий и в какой мере руководить ими. Исследование цифровой информации позволяет определить, как происходил процесс вовлечения подростка в такого рода деятельность, ее социально-психологические аспекты, место несовершеннолетнего в группе, нюансы его коммуникации с организаторами и другими участниками, факторы уязвимости в виде индивидуально-психологических особенностей, личностной незрелости, психической патологии и т. п. Для понимания специфики противоправной деятельности по распространению наркотиков с использованием сети «Интернет» эксперту необходимо представлять ее структуру не только на уровне отдельного исполнителя, но и всей организации.

В настоящее время организация распространения наркотиков происходит преимущественно на цифровых платформах, а использование специальных программ позволяет обходить блокировки доступа к запрещенному контенту. Подобный способ дает возможность продавцу не встречаться лично с покупателем, что снижает риски задержания и ускоряет процесс продажи. Потребитель наркотиков и продавец договариваются через цифровую платформу о сделке, расчет производится с помощью электронных платежных систем [Михайлова, Е. В., 2019].

На незаконных цифровых платформах по распространению наркотиков существует достаточно жесткая групповая структура и иерархия. В нее входят организаторы, маркетологи, специалисты по рекламе, оптовые распространители, координаторы и т. п. На низовом уровне находятся непосредственные распространители, в качестве которых чаще всего выступают несовершеннолетние [Кузина, А. С., 2020]. В их функции входит получение в местах, обозначенных куратором, наркотиков и распространение мелких доз в виде «закладок» – тайников с обозначением их нахождения. Вовлечение несовершеннолетних в противоправную деятельность обычно начинается с предложения крупного заработка, получаемого за короткий промежуток времени и не требующего сложных знаний и умений. Нередко предложение поступает от других несовершеннолетних, которые уже участвуют в подобной деятельности и транслируют ее привлекательные аспекты. Подростками с личностной незрелостью подобные предложения могут восприниматься некритично, поверхностно и облегченно, как своеобразная игра, что ограничивает их возможности адекватной оценки последствий своих действий. Информация о характере вовлечения несовершеннолетнего в распространение наркотиков часто содержится на цифровых носителях в виде переписки с другими подростками, где они делятся своими впечатлениями, а также в «цифровых следах» – запросах в поисковых системах, активности на определенных интернет-ресурсах и т. п. Анализ цифровых носителей позволяет объективизировать общую картину, определить факторы уязвимости несовершеннолетних и проследить путь от проявления интереса до реализации противоправной деятельности.

Обязательное привлечение материалов сети «Интернет» предполагает при проведении посмертных КСППЭ по делам о самоубийствах несовершеннолетних. В такого рода делах анализ документов, содержащихся в уголовном деле, – единственный способ получения экспертом информации. Работая с ней, эксперт-психолог использует герменевтический метод толкования текстов и реконструкции как личностных и индивидуально-психологических характеристик юного суицидента, его возрастного развития, так и ситуационных условий, в особенности – пресуицидальной ситуации. Методы работы эксперта при этом сходны с методом психологической аутопсии [Moskos, M., et al., 2005; Portzky, G., Audenaert, K. and Heeringen, K. van, 2005]. Основные вопросы следствия по таким делам касаются психического (психологического) состояния подростка в период, предшествовавший суициду, и повлиявших на это состояние факторов, в том числе возможного влияния со стороны конкретных лиц, желавших подобного исхода. В последнем случае должна быть установлена причинно-следственная

связь между действиями таких лиц и психическим состоянием несовершеннолетнего, что предоставляет возможность следствию и суду дать юридическую квалификацию этим действиям. Особенности самопрезентации подростка в социальных сетях наряду с другими характеризующими материалами, содержащимися в уголовном деле, позволяют составить психологический портрет погибшего в результате самоубийства молодого человека. Важным информационным источником могут стать высказывания самого подростка, размещенные в его аккаунте, или цитаты, соответствующие его взглядам. Нередко они характеризуют эмоциональный настрой или определенные смыслы, важные для подростка в данный период. При работе эксперта с коммуникативным материалом, переписками несовершеннолетнего в социальных сетях или в цифровых устройствах большое значение имеет их упорядочение в хронологическом порядке, который отражает динамику взаимодействий и состояния несовершеннолетнего, особенно в пресуицидальной стадии. Однако суицидальные намерения могут иметь глубокие корни, поэтому анализ интернет-активности подростка должен охватывать более продолжительный период. Конфликты в прошлом или их возникновение либо обострение в ближайший к суициду период находят, как правило, отражение в интернет-коммуникациях несовершеннолетних. Материалы, размещенные в сети «Интернет» и представляющие интерес для экспертов, иногда имеют не письменную, а аудиовизуальную форму. В таких случаях экспертное исследование касается не только содержательной стороны высказываний, но и невербальных характеристик активности подростков, их мимики, пантомимики, поведения.

Следующая категория КСППЭ, для которой анализ интернет-коммуникаций имеет большое значение, – экспертиза несовершеннолетних потерпевших по делам о сексуальных преступлениях, совершенных онлайн, или кибергруминге [Webster, S., et al., 2012; Kloess, J. A., Beech, A. R. and Harkins, L., 2014; Ioannou, M., et al., 2018]. *Кибергруминг* – это установление взрослым эмоциональных связей и отношений доверия с ребенком для его сексуальной эксплуатации. Целью преступника при этом является получение сексуализированных изображений ребенка или совершение с ним сексуальных действий онлайн либо при реальной встрече. Достигается это путем определенным образом построенного общения грумера и несовершеннолетнего [Корчагин, Н. Ю., и др., 2020; Медведева, А. С., 2020]. Следует отметить, что скрипты диалогов между обвиняемыми (грумерами) и их жертвами являются основным предметом судебно-лингвистической и судебно-психологической экспертиз либо комплексной психолого-лингвистической экспертизы, которые устанавливают сексуальную направленность и характер воздействия на ребенка или подростка со стороны грумера [Шеремет, О. А. и Шипшин, С. С., 2017]. Психолого-психиатрическая экспертиза несовершеннолетних потерпевших имеет в данном случае традиционный характер, однако решает, в частности, вопросы относительно способности подростка понимать характер и значение совершаемых с ним действий и оказывать им сопротивление с опорой не только на показания потерпевшего, но и на объективный материал его переписки с грумером. При этом эксперт должен быть осведомлен о типичных тактиках, применя-

емых в подобных случаях злоумышленниками, и фиксировать реакции на них несовершеннолетнего, свидетельствующие о понимании либо непонимании истинных целей собеседника, от чего, в свою очередь, зависит способность подростка сопротивляться посягательству.

Обсуждение и заключение

Интернет вошел в нашу жизнь во всех ее аспектах, в том числе связанных с судебно-следственными процессами. Развивается новое цифровое направление криминалистики (digital forensics) [Årnes, A., 2018]. Сфера психолого-психиатрической экспертизы также активно реагирует на эти изменения. Во всех описанных вариантах КСППЭ несовершеннолетних успешность экспертизы и обоснованность ее выводов, а зачастую и сама возможность ее проведения зависят от полноты материалов сети «Интернет», предоставляемых экспертам следствием. Понимание следователями значимости содержащейся в них информации, своевременное реагирование на запросы экспертов о предоставлении тех или иных материалов цифровой среды служат залогом продуктивности экспертной деятельности. В связи с этим необходима соответствующая подготовка следователей, информирование их о том, какими сведениями и из каких источников должны располагать эксперты для выполнения экспертного задания [Макушкин, Е. В., и др., 2018].

Проведение КСППЭ несовершеннолетних с использованием материалов сети «Интернет» предъявляет дополнительные требования и к экспертам. Так, эксперты-психологи должны не только владеть компетенциями в области клинической, возрастной, судебной, социальной психологии, но и ориентироваться в реалиях цифровой среды, социальных сетей, актуальных молодежных течений, связанных с интернет-коммуникациями. На очереди стоят разработки алгоритмов экспертного анализа интернет-продукции по делам несовершеннолетних, которые позволят повысить надежность и объективность выводов экспертов. В свою очередь, качество работы экспертов прямо связано с точностью правовых оценок и судебных решений по уголовным делам.

Список использованной литературы

- Антонян Ю. М., Бражников Д. А., Гончарова М. В. и др. Комплексный анализ состояния преступности в Российской Федерации и расчетные варианты ее развития: аналитический обзор. М. : ФГКУ «ВНИИ МВД России», 2018. 86 с.
- Войсункинский А. Е., Евдокименко А. С., Федунина Н. Ю. Альтернативная идентичность в социальных сетях // Вестник Московского университета. Сер. 14: Психология. 2013. № 1. С. 66–83.
- Дозорцева Е. Г., Ошевский Д. С., Сыроквашина К. В. Психологические, социальные и информационные аспекты нападения несовершеннолетних на учебные заведения // Психология и право. 2020. Т. 10, № 2. С. 97–110.

Корчагин Н. Ю., Дворянчиков Н. В., Антонов О. Ю., Шульга Т. И. Специфика стратегий психологического воздействия у лиц, совершающих преступления сексуальной направленности против несовершеннолетних с использованием телекоммуникационной сети Интернет // Психология и право. 2020. Т. 10, № 2. С. 111–126.

Кузина Л. С. Незаконный оборот наркотиков в сети Интернет // Вестник Воронежского института МВД России. 2020. № 2. С. 323–328.

Кузнецова Е. В. Информационное пространство сети Интернет в системе детерминант преступности несовершеннолетних // Вестник Московского университета МВД России. 2015. № 9. С. 71–74.

Макушкин Е. В., Бадмаева В. Д., Дозорцева Е. Г. и др. Подготовка материалов следователями для производства посмертной комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы несовершеннолетних, окончивших жизнь самоубийством (статья 110 УК РФ) : метод. рекомендации. М. : ФГБУ «НМИЦ ПН им. В. П. Сербского» Минздрава России, 2018. 20 с.

Макушкин Е. В., Бадмаева В. Д., Дозорцева Е. Г. и др. Преступления в интернет-среде с участием несовершеннолетних и их медико-психологическая профилактика. Аналитический обзор. М. : ФГБУ «НМИЦ ПН им. В. П. Сербского» Минздрава России, 2021. 56 с.

Медведева А. С. Реакции детей и подростков на сексуальный онлайн груминг // Психология и право. 2020. Т. 10, № 1. С. 44–54. DOI: 10.17759/psylaw.2020100111.

Михайлова Е. В. Участие несовершеннолетних в незаконном обороте наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов с использованием информационно-телекоммуникационных сетей // Вестник Всероссийского института повышения квалификации сотрудников Министерства внутренних дел Российской Федерации. 2019. № 3 (51). С. 37–42.

Поливанова К. Н. Детство в меняющемся мире // Современная зарубежная психология. 2016. № 2. С. 5–10.

Рубцова О. В., Посакалова Т. А., Ширяева Е. И. Особенности поведения в виртуальной среде подростков с разным уровнем сформированности «образа Я» // Психологическая наука и образование. 2021. Т. 26, № 4. С. 20–33. DOI: 10.17759/pse.2021260402.

Сафуанов Ф. С. Методологические проблемы комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы // Медицинская и судебная психология. Курс лекций : учеб. пособие / под ред. Т. Б. Дмитриевой, Ф. С. Сафуанова. 2-е изд., испр. М. : Генезис, 2005. С. 382–401. ISBN: 5-98563-019-6.

Солдатова Г. У. Цифровая социализация в культурно-исторической парадигме: изменяющийся ребенок в изменяющемся мире // Социальная психология и общество. 2018. Т. 9, № 3. С. 71–80. DOI: 10.17759/sps.2018090308.

Солдатова Г. У., Чигарькова С. В., Дренева А. А., Илюхина С. Н. Мы в ответе за цифровой мир: Профилактика деструктивного поведения подростков и молодежи в Интернете. М. : Когито-Центр, 2019. 176 с. ISBN: 978-5-89353-588-4.

Солдатова Г. У., Чигарькова С. В., Львова Е. Н. Онлайн-агрессия и подростки: результаты исследования школьников Москвы и Московской области // Социально-экономические и общественные науки. 2017. № 12. С. 103–109. DOI: 10.1555/2409-3203-2017-0-12-103-109.

Солдатова Е. А., Погорелов Д. Н. Феномен виртуальной идентичности: современное состояние проблемы // Образование и наука. 2018. Т. 20, № 5. С. 105–124. DOI: 10.17853/1994-5639-2018-5-105-124.

Сыроковашина К. В. Нападения в школах: агрессивные и аутоагрессивные действия несовершеннолетних // Современная зарубежная психология. 2019. Т. 8, № 3. С. 37–44. DOI: 10.17759/jmfp.2019080304.

Шеремет О. А., Шипшин С. С. Комплексное исследование интернет-переписки при расследовании уголовных дел о сексуальных преступлениях в отношении несовершеннолетних // Межвузовская научно-практическая интернет-конференция по юридической психологии. 2017. URL: <http://jp.mgppu.ru/forum/index.php?topic=224.0>.

Årnes A. Digital Forensics. Hoboken, NJ : John Wiley & Sons Inc, 2018. 384 p. ISBN: 9781119262381.

Bronfenbrenner U., Morris P. A. The bioecological model of human development // Handbook of child psychology: Theoretical models of human development / eds. R. M. Lerner and W. Damon. John Wiley & Sons Inc., 2006. P. 793–828.

Cinelli M., De Francisci G., Galeazzi M. A. et al. The echo chamber effect on social media // Proceedings of the National Academy of Sciences. 2021. Vol. 118, no. 9. P. 1–8. DOI: 10.1073/pnas.2023301118.

Gerard F. J., Whitfield K. C., Porter L. E., Browne K. D. Offender and offence characteristics of school shooting incidents // Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling. 2016. Vol. 13 (1). P. 22–38.

Ioannou M., Synnott J., Reynolds A., Pearson J. A comparison of online and offline grooming characteristics: An application of the victim roles model // Computers in Human Behavior. 2018. Vol. 85. P. 291–297.

Johnson G. M. Internet use and child development: Validation of the ecological techno-subsystem // Journal of Educational Technology & Society. 2010. Vol. 13, no. 1. P. 176–185.

Kloess J. A., Beech A. R., Harkins L. Online Child Sexual Exploitation: Prevalence, Process and Offender Characteristics // Trauma, Violence & Abuse. 2014. Vol. 15, no. 2. P. 126–139.

Langman P. Rampage School Shooters: A Typology // Aggression and Violent Behavior. 2009. Vol. 14. P. 79–86.

Moskos M., Olson L., Halbern S. et al. Utah Youth Suicide Study: Psychological Autopsy // Suicide Life Threatening Behavior. 2005. Vol. 35 (5). P. 536–546.

Portzky G., Audenaert K., Heeringen K. van. Suicide among adolescents. A psychological autopsy study of psychiatric, psychosocial and personality-related risk factors // *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*. 2005. Vol. 40 (11). P. 922–930.

Webster S., Davidson J., Bifulco A. et al. Final Report // *European On-line Grooming: Project final report*. 2012. 152 p.

References

Antonyan, Yu. M., Brazhnikov, D. A., Goncharova, M. V., et al., 2018. *Kompleksnyj analiz sostoyaniya prestupnosti v Rossijskoj Federacii i raschetnye varianty ee razvitiya: analiticheskij obzor* = [A comprehensive analysis of the state of crime in the Russian Federation and estimated options for its development: an analytical review]. Moscow: All-Russian Scientific Research Institute of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. (In Russ.)

Årnes, A., 2018. *Digital Forensics*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons Inc. ISBN: 9781119262381.

Bronfenbrenner, U. and Morris, P. A., 2006. The bioecological model of human development. In: R. M. Lerner and W. Damon, eds. *Handbook of child psychology: Theoretical models of human development*. John Wiley & Sons Inc. Pp. 793–828.

Cinelli, M., De Francisci, G., Galeazzi, M. A., et al., 2021. The echo chamber effect on social media. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 118(9), pp. 1–8. DOI: 10.1073/pnas.2023301118.

Dozortseva, E. G., Oshevsky, D. S. and Syrokvashina, K. V., 2020. Psychological, social and informational aspects of juvenile attacks on educational institutions. *Psihologiya i pravo* = [Psychology and Law], 10(2), pp. 97–110. (In Russ.)

Gerard, F. J., Whitfield, K. C., Porter, L. E. and Browne, K. D., 2016. Offender and offence characteristics of school shooting incidents. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 13(1), pp. 22–38.

Ioannou, M., Synnott, J., Reynolds, A. and Pearson, J. A., 2018. Comparison of online and offline grooming characteristics: An application of the victim roles model. *Computers in Human Behavior*, 85, pp. 291–297.

Johnson, G. M., 2010. Internet use and child development: Validation of the ecological techno-subsystem. *Journal of Educational Technology & Society*, 13(1), pp. 176–185.

Kloess, J. A., Beech A. R. and Harkins, L., 2014. Online Child Sexual Exploitation: Prevalence, Process and Offender Characteristics. *Trauma, Violence & Abuse*, 15(2), pp. 126–139.

Korchagin, N. Yu., Dvoryanchikov, N. V., Antonov, O. Yu. and Shul'ga, T. I., 2020. Specificity of psychological impact strategies in persons committing sexual crimes against minors using the Internet telecommunications network. *Psihologiya i pravo* = [Psychology and Law], 10(2), pp. 111–126. (In Russ.)

- Kuzina, L. S., 2020. Illegal drug trafficking on the Internet. *Vestnik Voronezhskogo instituta MVD Rossii* = [Bulletin of the Voronezh Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia], 2, pp. 323–328. (In Russ.)
- Kuznetsova, E. V., 2015. The information space of the Internet in the system of determinants of juvenile delinquency. *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii* = [Bulletin of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia], 9, pp. 71–74. (In Russ.)
- Langman, P., 2009. Rampage School Shooters: A Typology. *Aggression and Violent Behavior*, 14, pp. 79–86.
- Makushkin, E. V., Badmaeva, V. D., Dozortseva, E. G., et al., 2018. *Podgotovka materialov sledovatelyami dlya proizvodstva posmertnoj kompleksnoj sudebnoj psihologo-psihiatricheskoj ekspertizy nesovershennoletnih, okonchivshih zhizn' samoubijstvom (stat'ya 110 UK RF)* = [Preparation of materials by investigators for the posthumous complex forensic psychological and psychiatric examination of minors who have committed suicide (Article 110 of the Criminal Code of the Russian Federation)]. Methodological recommendations. Moscow: V. Serbsky Federal Medical Research Centre for Psychiatry and Narcology of the Ministry of Health of Russia. (In Russ.)
- Makushkin, E. V., Badmaeva, V. D., Dozortseva, E. G., et al., 2021. *Prestupleniya v internet-srede s uchastiem nesovershennoletnih i ih mediko-psihologicheskaya profilaktika* = [Crimes in the Internet environment involving minors and their medical and psychological prevention]. Analytical review. Moscow: V. Serbsky Federal Medical Research Centre for Psychiatry and Narcology of the Ministry of Health of Russia. (In Russ.)
- Medvedeva, A. S., 2020. [Reactions of children and adolescents to sexual online grooming]. *Psihologiya i pravo* = [Psychology and Law], 10(1), pp. 44–54. (In Russ.) DOI: 10.17759/psylaw.20100111.
- Mikhailova, E. V., 2019. [Participation of minors in illegal trafficking of narcotic drugs, psychotropic substances or their analogues using information and telecommunication networks]. *Vestnik Vserossijskogo instituta povysheniya kvalifikacii sotrudnikov Ministerstva vnutrennih del Rossijskoj Federacii* = [Bulletin of the All-Russian Institute for Advanced Training of Employees of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation], 3, pp. 37–42. (In Russ.)
- Moskos, M., Olson, L., Halbern, S., et al., 2005. Utah Youth Suicide Study: Psychological Autopsy. *Suicide Life Threatening Behavior*. 2005, 35(5), pp. 536–546.
- Polivanova, K. N., 2016. Childhood in a changing world. *Sovremennaya zarubezhnaya psihologiya* = [Modern Foreign Psychology], 2, pp. 5–10. (In Russ.)
- Portzky, G., Audenaert, K. and Heeringa, K. van, 2005. Suicide among adolescents. A psychological autopsy study of psychiatric, psychosocial and personality-related risk factors. *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 40(11), pp. 922–930.

- Rubtsova, O. V., Poskakalova, T. A. and Shiryaeva, E. I., 2021. [Features of behavior in the virtual environment of adolescents with different levels of formation of the “self-image”]. *Psichologicheskaya nauka i obrazovanie* = [Psychological Science and Education], 26(4), pp. 20–33. (In Russ. DOI: 10.17759/pse.2021260402.)
- Safuanov, F. S., 2005. [Methodological problems of complex forensic psychological and psychiatric examination]. In: T. B. Dmitrieva, F. S. Safuanov, eds. *Meditinskaya i sudebnaya psikhologiya* = [Medical and forensic psychology]. Course of lectures. Textbook. 2nd ed., rec. Moscow: Genezis. Pp. 382–401. (In Russ.) ISBN: 5-98563-019-6.
- Sheremet, O. A. and Shipshin, S. S., 2017. [Comprehensive study of Internet correspondence in the investigation of criminal cases of sexual crimes against minors]. *Mezhvuzovskaya nauchno-prakticheskaya internet-konferentsiya po yuridicheskoy psikhologii* = [Interuniversity scientific and practical Internet conference on legal psychology]. Available at: <<http://jp.mgppu.ru/forum/index.php?topic=224.0>>. (In Russ.)
- Soldatova, E. L. and Pogorelov, D. N., 2018. [The phenomenon of virtual identity: the current state of the problem]. *Obrazovanie i nauka* = [Education and Science], 20(5), pp. 105–124. (In Russ.) DOI: 10.17853/1994-5639-2018-5-105-124.
- Soldatova, G. U., 2018. [Digital socialization in the cultural-historical paradigm: a changing child in a changing world]. *Social'naya psikhologiya i obshchestvo* = [Social Psychology and Society], 9(3), pp. 71–80. (In Russ.) DOI: 10.17759/sps.2018090308.
- Soldatova, G. U., Chigar'kova S. V., Dreneva A. A. and Ilyukhina, S. N., 2019. *My v otvete za cifrovoj mir: Profilaktika destruktivnogo povedeniya podrostkov i molodezhi v Internetе* = [We are responsible for the digital world: Prevention of destructive behavior of adolescents and youth on the Internet]. Moscow: Kogito-Center. (In Russ.) ISBN: 978-5-89353-588-4.
- Soldatova, G. U., Chigar'kova, S. V. and L'vova, E. N., 2017. [Online aggression and adolescents: results of a study of schoolchildren in Moscow and the Moscow region]. *Social'no-ekonomicheskie i obshchestvennye nauki* = [Socio-economic and Social Sciences], 12, pp. 103–109. (In Russ.) DOI: 10.1555/2409-3203-2017-0-12-103-109.
- Syrovkashina, K. V., 2019. [Attacks in schools: aggressive and auto-aggressive actions of minors]. *Sovremennaya zarubezhnaya psikhologiya* = [Modern Foreign Psychology], 8(3), pp. 37–44. (In Russ.) DOI: 10.17759/jmfp.2019080304. (
- Voiskunsky, A. E., Evdokimenko, A. S. and Fedunina, N. Yu., 2013. Alternative identity in social networks. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Ser. 14: Psikhologiya* = [Bulletin of the Moscow University. Series 14. Psychology], 1, pp. 66–83. (In Russ.)
- Webster, S., Davidson, J., Bifulco, A., et al., 2012. Final Report. *European Online Grooming*: Project final report.

Информация об авторах / Information about the authors

Дозорцева Елена Георгиевна, доктор психологических наук, профессор, главный научный сотрудник, и. о. руководителя лаборатории психологии детского и подросткового возраста ФГБУ «Национальный медицинский исследовательский центр психиатрии и наркологии имени В. П. Сербского» Минздрава России (Российская Федерация, 119992, Москва, Кропоткинский пер., д. 23).

Elena G. Dozortseva, Dr. Sci. (Psychology), Professor, Chief Researcher, V. Serbsky Federal Medical Research Centre for Psychiatry and Narcology, Ministry of Health of Russia (23 Kropotkinsky St., Moscow, 119992, Russian Federation).

E-mail: edozortseva@mail.ru

Ошевский Дмитрий Станиславович, кандидат психологических наук, доцент, старший научный сотрудник лаборатории психологии детского и подросткового возраста ФГБУ «Национальный медицинский исследовательский центр психиатрии и наркологии имени В. П. Сербского» Минздрава России (Российская Федерация, 119992, Москва, Кропоткинский пер., д. 23).

Dmitry S. Oshevsky, Cand. Sci. (Psychology), Associate Professor, Senior Researcher of the Laboratory of Psychology of Childhood and Adolescence, V. Serbsky Federal Medical Research Centre for Psychiatry and Narcology, Ministry of Health of Russia (23 Kropotkinsky St., Moscow, 119992, Russian Federation).

E-mail: oshevsky@serbsky.ru

Сыроквашина Ксения Валерьевна, кандидат психологических наук, доцент, старший научный сотрудник лаборатории психологии детского и подросткового возраста ФГБУ «Национальный медицинский исследовательский центр психиатрии и наркологии имени В. П. Сербского» Минздрава России (Российская Федерация, 119992, Москва, Кропоткинский пер., д. 23).

Kseniya V. Syrokvashina, Cand. Sci. (Psychology), Associate Professor, Senior Researcher of the Laboratory of Psychology of Childhood and Adolescence, V. Serbsky Federal Medical Research Centre for Psychiatry and Narcology, Ministry of Health of Russia (23 Kropotkinsky St., Moscow, 119992, Russian Federation).

E-mail: syrokvashina@mail.ru

Заявленный вклад авторов / Contribution of the authors

Дозорцева Елена Георгиевна – сбор и систематизация данных о КСППЭ по уголовным делам о нападении несовершеннолетних на школы и о сексуальном насилии в отношении несовершеннолетних с использованием сети «Интернет»; анализ и обобщение результатов исследования.

Ошевский Дмитрий Станиславович – сбор и систематизация данных о КСППЭ по уголовным делам о распространении наркотиков с использованием сети «Интернет»; анализ и обобщение результатов исследования.

Сыроковашина Ксения Валерьевна – сбор и систематизация данных о КСППЭ по уголовным делам о самоубийствах несовершеннолетних; анализ и обобщение результатов исследования.

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

The authors declare no conflicts of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 20.10.2021; дата одобрения после рецензирования: 08.11.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 08.11.2021.

Submitted: 20.10.2021; reviewed: 08.11.2021; revised: 08.11.2021.

История политических и правовых учений / History of Political and Legal Doctrines

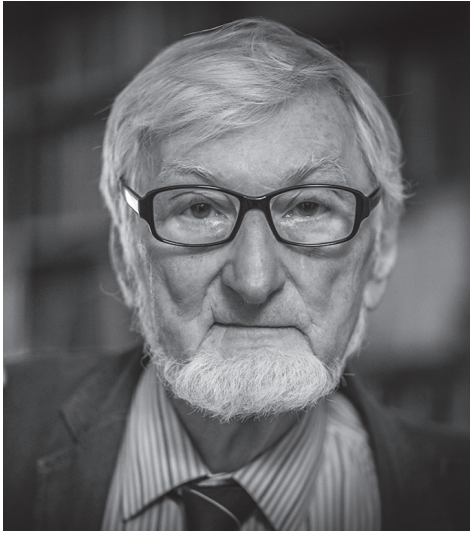


Фото: Krzysztof Żuczkowski

В этом номере журнала публикуется статья, посвященная памяти выдающегося польского ученого, непревзойденного специалиста в области истории философской, политической и правовой мысли России академика **Анджея Валицкого**. Ее автором является Лилианна Киейзик – член редакционной коллегии журнала «Правосудие/Justice», Dr. hab., ординарный профессор Института философии Зеленогурского университета (Польша).

Анджей Валицкий (1930–2020) – всемирно известный историк русской философии, правовой и политической мысли, автор более двадцати книг на польском и английском языках. Ряд его монографий переведен на русский, итальянский, японский, испанский,

украинский языки. На русском языке изданы наиболее значимые труды автора: «В кругу консервативной утопии. Структура и метаморфозы русского славянофильства» (М., 2019); «История русской мысли от Просвещения до марксизма» (М., 2013); «Философия права русского либерализма» (М., 2012); «Россия, католичество и польский вопрос» (М., 2012). Последняя книга Анджея Валицкого о России вышла на польском языке под названием «O Rosji inaczej» (Warszawa, 2019) («О России иначе». Варшава, 2019).

Валицкий – гражданин Польши и США. Окончил Варшавский университет (1953). Заслуженный профессор Польской академии наук и университета Нотр Дам (Индиана, США), действительный член Польской академии наук (1998). Работал на факультете социологии Варшавского университета (1958–1960), в Институте философии и социологии Польской академии наук (1960–1981). В качестве приглашенного профессора работал в университетах Англии, США, Австралии, Австрии, Дании, Японии, Швейцарии. Анджей Валицкий – лауреат престижной международной премии Бальцана (1998). Этой премии удостоены такие философы, как Рикер (1999) и Левинас (1989). Премия Бальцана – международная премия за высшие достижения в науке.

На изучение России Анджея Валицкого натолкнули, по его собственному признанию, два обстоятельства: знакомство с русским эмигрантом С. И. Гессеном, близким другом его семьи, и обстановка польской «оттепели» 1955–1956 гг. С. И. Гессен с 1935 г. жил и работал в Польше, дружил с родителями Валицкого и оказал существенное интеллектуальное влияние на Валицкого-гимназиста глубоким знанием русской культуры и философии. Поэтому Валицкий охотно поступил на обучение по специаль-

ности «русская филология» в Лодзинский университет (затем он перевелся в Варшавский университет). Его исследовательской деятельности способствовало превосходное знание русского языка.

Академик Валицкий состоял в переписке с учеными России. В письме к автору статьи о нем от 24 марта 2016 г. М. А. Маслину, заведующему кафедрой русской философии философского факультета МГУ имени М. В. Ломоносова, материалы которой легли в основу настоящего введения к статье профессора Лилианны Киейзик, Валицкий пишет: «Первым учителем... был для меня, к моему большому счастью, замечательный русский мыслитель, философ и теоретик правового государства, глубокий знаток идей Достоевского и Владимира Соловьева Сергей Гессен. Его отец, Иосиф Гессен, был в дореволюционной России (вместе с Августом Каминкой) редактором влиятельного еженедельника “Право”, провозгласившего борьбу за справедливое право. После революции Иосиф Гессен тесно сотрудничал с Павлом Ивановичем Новгородцевым в издаваемой в Германии кадетской газете “Руль”, а его сын Сергей развивал идеи Новгородцева в своей критике марксизма и в концепции развития правового государства, провозглашавшей (вслед за Новгородцевым) незыблемость права человека на “достойное существование”. Право это, ставшее фундаментом эволюции либерализма в сторону “welfare state”, провозгласил также английский “новый либерализм” начала XX в. (который нельзя смешивать с современным нам “неолиберализмом”, вернувшимся к апологии так называемого “свободного рынка”). Новгородцев и Сергей Гессен прекрасно знали об этом, но справедливо указывали, что в России неотъемлемое право человека на “достойное существование” провозгласил уже Владимир Соловьев».

Интерес к русской философии права Анджей Валицкий пронес через всю свою жизнь. Итогом его философско-правовых размышлений в контексте истории русской политико-правовой мысли стало его фундаментальное исследование «Философия права русского либерализма», дважды вышедшее в свет на английском языке. В предисловии к опубликованному в 2012 г. русскому переводу этой значимой работы Анджей Валицкий пишет: «Представленные в этой книге идеи русских либеральных философов права могут быть соотнесены с проблемами современной России. Они заслуживают серьезного внимания в текущей дискуссии о будущем России». Ее основные положения были изложены в России польским философом еще в 1991 г. в докладе, сделанном в Институте философии РАН. Анджей Валицкий обратился к тем философско-правовым идеям, которые могли бы стать, по его мнению, основой политического и социального возрождения России на основе главенства права. В качестве представителей этой философско-правовой линии Валицкий указал Б. Н. Чичерина, В. С. Соловьева, С. И. Петражицкого, П. И. Новгородцева, Б. А. Кистяковского и своего первого учителя С. И. Гессена. Книга основана на оригинальной методологии, развивающей ранее использованную А. Валицким в применении к анализу философии славянофилов концепцию Ф. Тенниса о *Gemeinschaft und Gessellschaft* (общине и обществе). В области философии права это означает, что все многообразие философско-правовых концепций, с известным приближением, можно разделить на три парадигмы. При этом парадигма

«Gemeinschaft» представляется как общинно-семейная (олицетворение правового консерватизма), «Gesellschaft» – как индивидуалистическая, и, кроме того, выделяется третья, особая парадигма – административно-бюрократическая. Либеральные концепции права в такой типологии в целом тяготеют к построениям типа «Gesellschaft», основанным на примате личности и ее свобод и защищающим ее автономию на основе закона. Эти построения в рамках русской традиции философии права созвучны аналогичным европейским идеям и не содержат «ничего специфически русского».

В этом аспекте, как и в своей общей оценке национального своеобразия русской философии, Анджей Валицкий сохраняет верность общей методологической установке, согласно которой русская философия является органической частью общеевропейской философской мысли и потому может и должна рассматриваться в сравнении с ней, а не в противопоставлении. Вместе с тем, несмотря на достаточную развитость философских обоснований права в рамках русского либерализма, эти обоснования были слабо укоренены в реальной жизни, которая имела свою логику и управлялась на основе административно-бюрократической парадигмы права. Рассмотренные Валицким русские концепции философии права объединяло общее непринятие позитивизма, что составляло своеобразие русской школы «возрожденного естественного права». К этому надо добавить, что высокий теоретический уровень философско-правовых построений русских либералов вовсе не был гарантией их реализации. Оторванные от жизни интеллигентские представления на протяжении многих поколений не учитывали того, что у народа своя правда. Это глубокое противоречие и стало одной из причин русской смуты в XX в., разлива бунтарски настроенной народной стихии и Гражданской войны.

Другую весьма ценную особенность философии права русского либерализма, в том числе интересную и в современном контексте, Валицкий усматривает в том, что власть закона, по мысли русских философов, вполне возможна без полной политической свободы, но не наоборот. Чичерин и Соловьев, а вслед за ними и другие русские философы права стремились к тому, чтобы политическая борьба велась в строгих рамках права. Иначе говоря, они исповедовали принцип, согласно которому правовые установления не могут определяться «политической целесообразностью», ибо закон диктует правила для политики, а не наоборот. Именно на этом принципе, как представляется, основывается убеждение Валицкого в том, что сегодня существует «реальная возможность творчески использовать наследие этих мыслителей в деле превращения России в правовое государство».

Краткое вступление к статье профессора А. Киейзик хочется закончить словами самого Анджея Валицкого: «Вся моя жизнь была эмоционально связана с Россией», которые послужили названием публикации профессора М. А. Маслина об этом ученом¹.

В. Н. Корнев,
доктор юридических наук, профессор,
главный редактор журнала «Pravosudie/Justice»

¹ Политология. 2018. №1 (6). С. 86–93.

Воспоминания

УДК 340.12

DOI: 10.37399/2686-9241.2021.4.216-224



Мои воспоминания об Анджее Валицком (на основании его писем и писем о. Георгия Флоровского о нем)¹

Л.-Б. Киейзик

*Институт философии, Зеленогурский университет, Зелена-Гура,
Польша*

L.Kiejzik@ifil.uz.zgora.pl

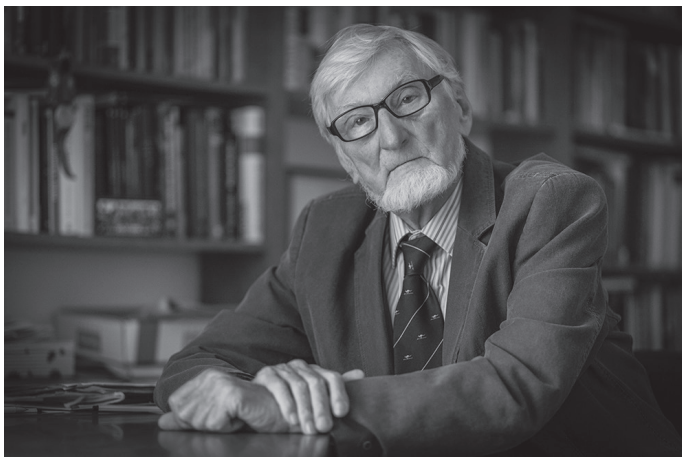


Фото: Krzysztof Żuczkowski

От редакции

Редакция журнала выражает благодарность Кишиштову Жучковскому (Krzysztof Żuczkowski) за предоставленные фотографии Анджея Валицкого, а также доктору философских наук, профессору Галине Фаизовне Га-раевой за профессиональный перевод статьи с польского языка.

¹ Публикация статьи: Kiejzik L. Moje wspomnienie o Andrzej Walickim (z wykorzystaniem kilku jego listów oraz listów o. Georgija Fłorowskiego o nim) // Przegląd Filozoficzny. Nowa Seria. 2021. Nr 2 (Publication of the article: Kiejzik, L., 2021. Moje wspomnienie o Andrzej Walickim (z wykorzystaniem kilku jego listów oraz listów o. Georgija Fłorowskiego o nim). *Przegląd Filozoficzny. Nowa Seria*, 2).

My Recollections of Andzhey Walicki (on the Basis of his Letters, and Father Georgi Florovsky's Letters About him)

Lilianna-Bożena Kiejzik

*Institute of Philosophy, University of Zielona Góra, Zielona Góra, Poland
For correspondence: L.Kiejzik@ifil.uz.zgora.pl*

From Editors

The editors of journal thank Krzysztof Żuczkowski for the fotos and Doctor Science (Philosophy), Professor Galina F. Garaeva for the professional translation of this article from Poland.

С книгами профессора Анджея Валицкого я была знакома задолго до нашей личной встречи. Я изучала их, когда готовилась к занятиям, и меня восхищали в них точность и ясность изложения мысли, огромные познания и эрудиция автора. Всем этим профессор Валицкий напоминал мне Алексея Лосева, работы которого я также изучала ранее в годы учебы. Оба этих человека олицетворяли тип ученого, который может запомнить и оперировать огромным количеством фактов, потратив годы, чтобы научиться такому мастерству и совершенству. В то время я даже не думала, что однажды встречу с Анджеем Валицким лично. Наша первая встреча с ним произошла в октябре 2002 г. в Кракове, на научной конференции, которую ежегодно организовывали кафедра русской философии Института философии Ягеллонского университета и лично Влодзимеж Рыдзевски (Włodzimierz Rydzewski), который был тогда деканом философского факультета.

Помню, что было уже темно, вечерело, во время перерыва я сидела на скамейке перед залом, где проходила работа конференции. Высоко под потолком горели несколько лампочек и в длинном коридоре было темно. Я уже выступила со своим докладом на русском языке, который был на конференции рабочим наряду с английским языком, при том что остальные участники конференции делали доклады на польском. Профессор Валицкий прогуливался один во время перерыва и, проходя мимо меня, остановился и спросил, откуда я знаю русский язык. Я ответила, мы улыбнулись друг другу, и я представилась: профессор Лилианна Кийзик, Зеленогурский университет, Институт философии. Профессор Валицкий продолжил свою прогулку. А я тогда подумала: «Круто, неужели его интересовало и содержание того, что я говорила о софиологии Булгакова?» А спустя некоторое время была опубликована его замечательная работа «Очерк русской мысли: От Просвещения до религиозно-философского ренессанса» (2005), и я обнаружила, что он ссылается на мой текст в главе о Булгакове.

Потом, позже, когда профессор Валицкий возвратился в Польшу на постоянное место жительства, мы встречались на конференциях и съездах, а также по случаю хабилитационных colloquium младших коллег, куда нас назначали в качестве рецензентов. Мы часто останавливались в одном

отеле, виделись за завтраком, и у меня тогда появилась возможность разговаривать с ним. Это были короткие разговоры, но очень «насыщенные» информацией, без разговоров ни о чем, «о погоде», которые я не люблю. Как правило, они касались русской философии, социальных вопросов, политики, проблем высшего образования. Чаще всего я спрашивала, а он отвечал, прекрасно зная, что говорит в качестве эксперта, и думаю, что это ему нравилось. Он также расспрашивал меня о том, как я себя чувствую, над чем сейчас работаю, был при этом всегда серьезным и сосредоточенным. У меня сложилось впечатление, что даже если он когда-то умел шутить, то уже давно забыл об этом. Я не думала тогда, что у него есть чувство юмора. Однако мое мнение изменилось в 2008 г., когда в сентябре в Варшаве проводился VIII Польский философский съезд. Я предложила своим коллегам Яну Красицкому и Янушу Добешевскому организовать круглый стол по русской философии и встречу специалистов в этой области знания. Организацией круглого стола занялся Януш Добешевский в силу его работы в Институте философии Варшавского университета. С основным докладом, содержащим вопросы для обсуждения, должен был выступить Мариан Брода, а затем планировалось выступление трех признанных ученых – Анджея Валицкого, Анджея де Лазари и о. Генриха Папроцкого, которые согласились принять участие в работе круглого стола.

Однако по причине отъезда Януша Добешевского за границу проблема сопровождения профессора Валицкого на круглый стол легла на плечи мои и Яна Красицкого. Я получила номер телефона профессора и собиралась позвонить ему накануне, чтобы договориться, когда и где мы сможем его забрать. Однако к тому моменту, когда нам надо было ехать к профессору Валицкому, сломалась машина Яна Красицкого, и нам пришлось арендовать автомобиль. Но это не помешало нам быть в назначенный час у профессора. Он показал нам свою квартиру и угостил чаем. Я была удивлена, увидев в библиотеке профессора Валицкого мою антологию русской философии XIX и XX вв.² Он попросил у меня автограф и сказал, что книга прекрасно дополняет его прежнюю антологию, выпущенную в 1961 г. в Варшаве под названием «Русская философия и общественная мысль 1825–1861 гг.» и, как мне кажется, недостаточно известную читателю, так как она никогда не переиздавалась. Мне было очень приятно, и в дальнейшем я убедилась, что он следит за всем, что касалось области изучения русской философии, и прекрасно в этом разбирается.

Когда мы, с большим запасом времени, направились в исторический район Варшавы – Прагу, где проходили заседания съезда, оказалось, что по Варшаве невозможно проехать. Город был буквально заблокирован, мы долго стояли в пробках, двигались в черепашьем темпе. Тогда я убедилась, как велико чувство юмора у профессора, который шутил с нами, рассказывал анекдоты, успокаивал. В какой-то момент, увидев толпу пешеходов,

² Речь идет о двухтомнике переводов под моей редакцией текстов русской религиозной философии, которую я подготовила с Евой Матушик, Галиной Гараевой, Татьяной Ронгинской, Боженой Валицкой, Михаилом Богуном, Янушем Добешевским, ксендзом Петром Пшесмыцким, Романом Сапенько и Андреем Турчинским [Kiejzik, L., 2001; 2002].

он крикнул профессору Красицкому: «Господин Янек, давайте, через них, двигайтесь через них, мы опаздываем!» Мы все стали смеяться.

К счастью, в лекционном зале присутствовал Анджей де Лазари, и он сообщил собравшимся о наших перипетиях. Мы добрались, когда Мариан Брода уже заканчивал свой доклад. Нас все ждали. Дальше все уже было без препятствий. Профессор убедился, что может говорить дольше, чем 20 минут, которые были выделены каждому участнику, и в ходе выступления несколько раз повторил, что говорит так долго потому, что я ему позволила это сделать. Юмор его не покидал, ко мне он с тех пор обращался «пани Лилианна».

Потом я стала посылать профессору Валицкому свои книги и получила несколько книг от него. Мы начали переписываться. Когда я прислала ему свою «профессорскую» книгу [Kiejzik, L., 2010], он написал мне в письме от 26 февраля 2012 г.: «Я прочитал Вашу книгу только сейчас, во время довольно долгой болезни, и хочу передать Вам слова большой признательности! Вы не просто отлично справились с двумя аспектами всеединства, но Вам пришла в голову идея оживить персонаж С. Булгакова спектаклем в отношениях с разными людьми и в свете разных воспоминаний. Не скрою, что мне было неприятно узнать, что о. Георгий Флоровский, которого я почти каждую неделю видел в Гарварде в 1960 г., не поддержал мнение Зандера о Булгакове <...>. Но еще печальнее тот факт, что официальная церковь так сильно дистанцируется сегодня от “религиозно-философского ренессанса” <...>, который так сильно повлиял на фундаментальное улучшение имиджа православия на Западе и даже способствовал преобразованиям внутри католицизма в период Ватиканского II Собора»³. Тогда еще никто из нас не знал, что о. Г. Флоровский не только встречался с Анджеем Валицким, но и писал о нем и его книгах в письмах брату Антонию – профессору Карлова университета в Праге, историку. Эти письма я открыла только в 2019 г., работая в архиве Славянской библиотеки в Праге. Недавно они были мной опубликованы на русском языке [Флоровский, Г., 2021]. Но об этом дальше.

В издательской серии «Русская философия» (Filozofia Rosyjska), которую я основала в 2010 г., вышла моя книга о Сергее Булгакове, а в сотрудничестве с профессором Азой Тахо-Годи, вдовой Алексея Лосева, и с профессором Еленой Тахо-Годи мы издали сборник всех исследований Лосева и о Лосеве, которые вышли в Польше. Это был третий том нашей серии. Я послала эти книги профессору Валицкому.

Через некоторое время я получила от него письмо, в котором он размышлял о несоответствии между реальной православной церковью и распространенными описаниями православной духовности. Он писал мне о «соборности», которую «надо было проповедовать по-французски», софиологии – официально осужденной церковью, наконец, об «имяславии», осужденном как ересь и «разгромленном в 1912 году с применением насильственного принуждения»⁴. Но следует отметить, что творчество А. Ф. Лосе-

³ А. Валицкий к Л. Киейзик, письмо от 26 марта 2012 г. Оригинал в коллекции автора.

⁴ А. Валицкий к Л. Киейзик, письмо от 24 августа 2012 г. Оригинал в коллекции автора.

ва оставалось вне научных интересов Валицкого. Как говорил он сам, за кругом интересов оставалось все, что не входило в хронологические рамки дореволюционной философии. Однако профессор Валицкий признал, что книга позволила ему понять, что творчество Лосева было явлением необычным. Читая эти слова, я очень гордилась, так как замысел издать в Польше все польские работы о Лосеве был моей идеей. Она родилась в квартире Лосевых на Арбате в Москве весной 2009 г., во время встречи с Азой Алибековной Тахо-Годи.

Примерно в это же время я придумала, что мы подготовим в Институте философии Зеленогурского университета публикацию о польских исследованиях русской философии. Проект расширился до двух томов (вышли соответственно в 2009 и 2012 гг.), каждый из которых был посвящен профессору Валицкому. Конечно же, я послала ему эти книги. В письме от 17 сентября 2012 г. он меня поблагодарил. Его радовало, «что так много людей считают [его] своим учителем»⁵.

В последующие годы мы встречались в Кракове и в Варшаве. Я консультировалась с профессором Валицким по поводу нового проекта, который начала тогда разрабатывать, на тему дружбы. В свое время я познакомилась с книгой Сандры Линч «Философия и дружба» [Lynch, S., 2005]. Это заставило меня задуматься, почему там нет никаких обращений и ссылок на русскую философию. А ведь именно о. Павел Флоренский в диссертации «Столп и утверждение истины» (1914) перечисляет четыре греческих глагола: *egan*, *philein*, *stergein* и *agapan*, называя и анализируя их содержание и указывая на слово *philia* как на любовь внутреннего признания, т. е. именно дружбу. Я решила написать о дружбе философов Серебряного века, получила грант на реализацию этой идеи и опубликовала в 2015 г. книгу [Kiejzik, L., 2015]. Конечно, я отправила ее профессору Валицкому. Он написал мне очень быстро, в январе 2016 г., еще находясь в процессе чтения. Как он выразился, я доставила ему этой книгой «большое удовольствие» и он считает ее «очень оригинальной», позволяющей «увидеть то, что уже было известно, в новом, более резком свете»⁶. Одновременно профессор прислал мне свою книгу со словом «дружба» в названии, подводящую итог его отношений с Исайей Берлином, которому он был признателен за «последовательную поддержку веры в смысл работы над интеллектуальной историей России»⁷. Он также написал мне, что гордился этой дружбой, старался быть ей верным, а также хотел продолжить мысли Берлина как по вопросу о России, так и по вопросам либеральной культуры. Я прочитала книгу и познакомилась одновременно с другим оттенком дружбы – очень интеллектуальной и зрелой. Они оба очень уважали друг друга, хотя и отличались в оценке русской религиозной мысли. Ведь Берлин был мыслителем «безнадежно светским», а Валицкий, по его

⁵ А. Валицкий к Л. Киейзик, письмо от 17 сентября 2012 г. Оригинал в коллекции автора.

⁶ А. Валицкий к Л. Киейзик, письмо от 14 января 2016 г. Оригинал в коллекции автора.

⁷ А. Валицкий к Л. Киейзик, письмо от 14 января 2016 г. Оригинал в коллекции автора.

собственным словам, «ценил эту традицию» и уже в студенческие годы был «в какой-то мере под ее влиянием»⁸, когда читал с увлечением Бердяева или Шестова. Меня эта книга очень заинтересовала, так как она являлась примером того, о чем писал о. С. Булгаков, характеризуя дружбу как актуализацию двуйпостасности, гениальность жизни и служение идеям.

Удивительно, но и в этом письме Валицкий вспоминал о. Г. Флоровского, и как будто какой-то невыразимый порыв вел его перо. Я помню, что меня это тогда поразило. Он упомянул, что его знакомство с Берлином совпало по времени со знакомством в Гарварде с о. Г. Флоровским, который прочитал (по-польски!) и высоко оценил его книжный дебют «Личность и история» [Walicki, A., 1959]. Но, кажется, о. Г. Флоровский не писал ему об этом, а просто сказал, ведь они часто встречались во время пребывания Валицкого как стипендиата в Гарварде, где о. Г. Флоровский работал после отъезда из Европы в начале 50-х гг. И это были не любезности, а именно похвала. Флоровский несколько раз писал о Валицком своему брату Антону – профессору истории Карлова университета в Праге. И здесь мы должны пояснить, потому что, наверное, не все знают, что у о. Г. Флоровского был «трудный» характер. Причем слово «трудный» можно считать эвфемизмом: он был просто ехидным, его раздражало, что студенты не знают иностранных языков, что аспиранты не читают источников, а преподаватели делают обобщения без анализа фактов. Как правило, он резко критиковал всех вокруг, хорошее мнение имел только о собственных исследованиях и текстах. Флоровский вступал на конференциях в споры с признанными специалистами и порой мог быть даже грубым. Он писал негативные рецензии на публикации, заставлял авторов научных диссертаций, в том числе многостраничных книг, выполнять дополнительную работу, вплоть до изменения концепции. Этим он хвалился в письмах к брату Антонию. Георгий Флоровский разделял максиму Ницше о том, что лучший способ работы – это метод искусства «медленного чтения текстов» [Флоровский, Г., 2021, с. 176]. Он считал, что читать надо и ранние архивы, и возвращаться к источникам, уже разработанным, потому что всегда в них можно найти что-то интересное и упущенное. Он также советовал историкам больше заниматься «экзегетикой» [Флоровский, Г., 2021, с. 119], взвешивать и рассматривать отдельные отрывки источников и не спешить с обобщениями. Анализировать источники необходимо осторожно, а не поверхностно, иначе это приводит к «упрощению предпосылок» и откровенным ошибкам. Его раздражала спешка, очередной «рассказ» истории другими словами, о чем он писал брату в письмах.

Расскажем немного об этих письмах о. Г. Флоровского брату, так как в них мы встречаем фамилию Анджея Валицкого. Весной и осенью 2019 г. при реализации очередного грантового проекта я работала в архиве Антония Флоровского Славянской библиотеки, находящейся в Праге. Там хранится более чем 300 писем о. Георгия Флоровского к брату Антонию, написанных в 1925–1968 гг. – с момента принятия решения о выезде из Праги в институт Святого Сергия (Saint Serge) в Париже, а затем в годы пре-

⁸ А. Валицкий к Л. Киейзик, письмо от 14 января 2016 г. Оригинал в коллекции автора.

бывания в США (с 1948 г.). Эти письма являются идеальным отражением того, что мы называем эпохой культуры Серебряного века. Они показывают споры, происходившие в среде русской эмиграции в Париже, отношения Флоровского с Булгаковым и другими представителями «религиозно-философского ренессанса», закулисную критику Булгаковской софиологии и описания научной среды в США, в американских университетах. Они, безусловно, являют бездну информации о русской философии – от Владимира Соловьева до Семена Франка и об исследованиях, проведенных историками-эмигрантами Берлином, Пайпсом, Якобсоном и другими. Первые письма были написаны от руки, и их очень трудно читать из-за почерка о. Г. Флоровского, но есть также значительная коллекция более поздних писем, напечатанных на машинке [Флоровский, Г., 2021, *passim*].

Среди писем есть несколько, в которых о. Г. Флоровский не только упоминает имя Валицкого, но описывает Антонию его исследования, публикации и встречи с ним. Как я уже отметила, о. Г. Флоровский встречался с Валицким в своей квартире, и они говорили о его книге «Личность и история». Позднее, уже по собственной инициативе, о. Г. Флоровский заинтересовался другой книгой Валицкого «В кругу консервативной утопии. Структура и метаморфозы русского славянофильства» [Walicki, A., 1964], о чем ее автор до момента ознакомления с этими письмами не знал. И самое главное: о. Г. Флоровский высказался об исследованиях Валицкого весьма позитивно. Эту информацию мы впервые встречаем в письме от 10 марта 1960 г., в то время, когда Валицкий в качестве стипендиата Форда находился в Гарварде. Но эта же информация встречается еще раз в письме от 14 апреля 1960 г.

Через несколько лет, написав собственные исследования философии В. С. Соловьева с использованием найденных забытых текстов философа, в письмах от 30 мая 1965 г., 15/28 августа 1965 г., 10 октября 1965 г. о. Г. Флоровский возвращается к исследованиям Валицкого и упоминает его книги [Флоровский, Г., 2021, с. 97, 100, 159, 163, 177]. Ему нравилось, что Валицкий пишет «хронологически», а не «топически», что Флоровский считал неправильным способом изложения вопроса. В письме от 26 апреля 1966 г., сообщая брату о новых книгах, он называет работу Эдварда Таде-на «Консервативный национализм в России XIX столетия» [Thaden, E., 1964] и сравнивает ее с работами Валицкого. Г. Флоровский отмечает, что автор охватывает больше материала, чем Валицкий в своей недавно выпущенной на польском языке книге «В кругу консервативной утопии. Структура и метаморфозы русского славянофильства», рассматривая также труды М. Н. Каткова и Ростислава Фадеева. Но при этом Валицкий серьезнее, прощательнее и глубже, а его статьи нередко появляются в «Славии Ориенталис», которая «наверняка и у вас выходит» [Флоровский, Г., 2021, с. 190].

Я надеюсь, что смогу перевести эти письма о. Г. Флоровского и издать их на польском языке вместе с другими, где были представлены тонкие характеристики, например, Исаяи Берлина, с которым Валицкий дружил.

В 2019 году, когда я еще работала над русским изданием писем о. Г. Флоровского, я распечатала те, в которых он писал о Валицком, и отправила их профессору. Он поблагодарил меня письмом от 17 мая 2019 г. Его радовало, что о. Г. Флоровский высоко оценил его первую книгу, хотя, впрочем, он знал это раньше, потому что они ведь встречались и общались. Но он

не знал негативных отзывов о творчестве Р. Пайпса и Э. Тадена. Он считал, что книга Пайпса о Н. М. Карамзине, которую о. Г. Флоровский оценил как «слабую, ученическую компиляцию», была совсем неплохой, а работа Тадена – даже очень хорошей, а то, что оба не были философами, так это другое дело. Конечно, профессору Валицкому понравилось, что, по оценке о. Г. Флоровского, он выступал как толковый и знающий историк философии и знаток славянофильства и немецкого консерватизма. Профессор Валицкий хотел, чтобы эти письма были выпущены с соответствующим комментарием. К сожалению, я не успела отправить ему русскую публикацию всех этих писем, которые были опубликованы только в этом году. Не получает он также их польские переводы, если я смогу их издать.

Но все эти письма, безусловно, останутся свидетельством определенной эпохи, которая больше не вернется, частью которой был и Анджей Валицкий.

Список использованной литературы

Флоровский Г. Письма к брату Антонию. М. : Православный Свято-Тихоновский гуманитарный университет (ПСТГУ), 2021. 216 с. ISBN: 978-5-7429-1350-4.

Kiejzik L. Niemarksistowska filozofia rosyjska. Antologia tekstów filozoficznych XIX i pierwszej połowy XX wieku. Cz. 1. Łódź : Ibidem, 2001. 237 s. ISBN: 9788388679209.

Kiejzik L. Niemarksistowska filozofia rosyjska. Antologia tekstów filozoficznych XIX i pierwszej połowy XX wieku. Cz. 2. Łódź : Ibidem, 2002. 277 s. ISBN: 83-88-679-20-1.

Kiejzik L. Sergiusz Bułgakow i filozofowie Srebrnego Wieku. Rozważania o przyjaźni. Warszawa : Wydawnictwo IFiS PAN, 2015. 270 s. ISBN: 978-83-7683-106-0.

Kiejzik L. Sergiusza Bułgakowa filozofia wszechjedności. Warszawa : Scholar. 2010. 282 s. ISBN: 978-83-7383-484-2.

Lynch S. Philosophy and Friendship. Edinburgh : Edinburgh University Press, 2005. 224 s. ISBN: 9780748617272.

Thaden E. Conservative Nationalism in Nineteenth Century Russia. Seattle : University of Washington Press, 1964. 206 p. ISBN: 0295737530.

Walicki A. Osobowość a historia. Studia z dziejów literatury i myśli rosyjskiej. Warszawa : Państwowy Instytut Wydawniczy, 1959. 487 s.

Walicki A. Rosyjska filozofia i myśl społeczna 1825–1861. Warszawa : Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1961. 432 s.

Walicki A. W kręgu konserwatywnej utopii. Struktura i przemiany rosyjskiego słowianofilstwa. Warszawa : Państwowy Instytut Wydawniczy 1964. 493 s. ISBN: 978-83-012-1152-3.

Walicki A. Zarys myśli rosyjskiej. Od oświecenia do renesansu religijno-filozoficznego. Kraków : Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2005. 862 s. ISBN: 8323319995.

References

- Florovsky, G., 2021. *Pis'ma k bratu Antoniyu* = [Letters to brother Anthony]. Moscow: St. Tikhon's Orthodox University for the Humanities (PSU). (In Russ.) ISBN: 978-5-7429-1350-4.
- Kiejzik, L., 2001. *Niemarksistowska filozofia rosyjska. Antologia tekstów filozoficznych XIX i pierwszej połowy XX wieku. Cz. 1.* Łódź: Ibidem. ISBN: 9788388679209.
- Kiejzik, L., 2002. *Niemarksistowska filozofia rosyjska. Antologia tekstów filozoficznych XIX i pierwszej połowy XX wieku. Cz. 2.* Łódź: Ibidem. ISBN: 83-88-679-20-1.
- Kiejzik, L., 2010. *Sergiusza Bułgakowa filozofia wszechjedności.* Warszawa: Scholar. ISBN: 978-83-7383-484-2.
- Kiejzik, L., 2015. *Sergiusz Bułgakov i filozofowie Srebrnego Wieku. Rozważania o przyjaźni.* Warszawa: Wydawnictwo IFiS PAN. ISBN: 978-83-7683-106-0.
- Lynch, S., 2005. *Philosophy and Friendship.* Edinburgh: Edinburgh University Press. ISBN: 9780748617272.
- Thaden, E., 1964. *Conservative Nationalism in Nineteenth Century Russia.* Seattle: University of Washington Press. ISBN: 0295737530.
- Walicki, A., 1959. *Osobowość a historia. Studia z dziejów literatury i myśli rosyjskiej.* Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy.
- Walicki, A., 1961. *Rosyjska filozofia i myśl społeczna 1825–1861.* Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Walicki, A., 1964. *W kręgu konserwatywnej utopii. Struktura i przemiany rosyjskiego słowianofilstwa.* Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy. ISBN: 978-83-012-1152-3.
- Walicki, A., 2005. *Zarys myśli rosyjskiej. Od oświecenia do renesansu religijno-filozoficznego.* Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego. ISBN: 8323319995.

Информация об авторе / Information about the author

Кнейзик Лилианна-Божена, Dr hab., ординарный профессор Института философии Зеленогурского университета (Польша, 65-001, г. Зелена-Гура, Аллея Войска Польского, д. 71А).

Lilianna-Bozena Kiejzik, Dr hab., Full Professor of the Institute of Philosophy, University of Zielona Góra (71A al. Wojska Polskiego, Zielona Góra 65-001, Poland).

E-mail: L.Kiejzik@ifil.uz.zgora.pl

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 11.10.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 03.11.2021.

Submitted: 11.10.2021; revised: 03.11.2021.