

№3⁽¹⁴⁸⁾ 2019
МАРТ

ISSN 1729-5920

LEX RUSSICA

Право обучающегося
и преподавателя
на индивидуальный облик

Современные способы
компьютерных преступлений
и закономерности
их реализации

Юридические проблемы
использования российскими
банками облачных услуг
зарубежных провайдеров

Сингапурская конвенция
о приведении в исполнение
мировых соглашений,
достигнутых в результате
посредничества (медиации):
от мечты к реальности?

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА



- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-25128 от 7 мая 2014 г., ISSN 1994-1471;
- ✓ издается с 2004 г., с 2013 г. — ежемесячно;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ», электронной библиотеке «КиберЛенинка».

«Актуальные проблемы российского права» — это научно-практический юридический журнал, посвященный актуальным проблемам теории права, практике его применения, совершенствованию законодательства, а также проблемам юридического образования. Рубрики

журнала охватывают все основные отрасли права, учитывают весь спектр юридической проблематики, в том числе теории и истории государства и права, государственно-правовой, гражданско-правовой, уголовно-правовой, международно-правовой направленности. На страницах журнала размещаются экспертные заключения по знаковым судебным процессам, материалы конференций, рецензии на юридические новинки.

В журнале активно публикуются не только известные ученые и практики, но и молодые, начинающие ученые, студенты юридических вузов. Конечно, размещается большое количество материалов ведущих специалистов Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), в том числе выполненных в рамках НИРов, грантов, активно публикуются победители различных конкурсов.

LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН)



- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г., ISSN 1729-5920;
- ✓ издается с 2004 г., с 2013 г. — ежемесячно;
- ✓ является преемником научных трудов ВЮЗИ-МЮИ-МГЮА, издаваемых с 1948 г.;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ», электронной библиотеке «КиберЛенинка».

Lex Russica («Русский закон») — научный юридический журнал, посвященный фундаментальным проблемам теории государства и права (в том числе этноправа), совершенствования законодательства и повышения эффективности правоприменения, правовой культуры, юридического образования и методики преподавания правовых дисциплин, международного права, сравнительного правоведения и др.

Журнал знакомит с юридическими школами вузов России; публикует очерки об ученых, чьи имена золотыми буквами вписаны в историю юридической науки, обзоры конференций и круглых столов, проведенных в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) или с участием профессорско-преподавательского состава Университета в других российских и зарубежных научных центрах, рецензии на новые юридические издания; содействует сближению и гармонизации российского и зарубежного права.

Авторами журнала являются известные российские и зарубежные ученые-юристы (из Германии, Китая, Польши, Франции, Финляндии и др.).

Председатель редакционного совета журнала

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

Заместитель председателя редакционного совета

СИНЮКОВ Владимир Николаевич проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, почетный сотрудник МВД России.

Главный редактор журнала

БОГДАНОВ Дмитрий Евгеньевич доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Заместитель главного редактора

КСЕНОФОНТОВА Дарья Сергеевна кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Ответственный секретарь

САЛИЯ Марианна Романовна эксперт отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Редакционный совет журнала

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин доктор публичного права (Франция).

БОНДАРЬ Николай Семенович доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

БРИНЧУК Михаил Михайлович доктор юридических наук, профессор, заведующий сектором эколого-правовых исследований Института государства и права Российской академии наук.

ВААС Берндт профессор кафедры трудового и гражданского права в рамках европейского и международного трудового права Института гражданского и коммерческого права факультета права Университета Гёте (Германия).

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

де ЗВААН Яап Виллем профессор кафедры Жанна Монне, почетный профессор кафедры права Европейского Союза Университета Эразмус в Роттердаме (Нидерланды).

ИСАЕВ Игорь Андреевич доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ.

Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory.
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.
Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.

КОМОРИДА Акио	профессор Университета Канагава (Япония).
КОЛЮШИН Евгений Иванович	доктор юридических наук, профессор, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.
МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович	кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса.
МОРОЗОВ Андрей Витальевич	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой информационного права, информатики и математики Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России).
НОГО Срето	доктор юридических наук, профессор Университета Джона Нейсбитта (Белград, Сербия), президент Сербской королевской академии, генеральный секретарь Ассоциации международного уголовного права, вице-президент Всемирного форума по борьбе с организованной преступностью в эпоху глобализации (штаб-квартира в Пекине).
ОТМАР Зойль	доктор права, почетный доктор права, почетный профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).
ПАН Дунмэй	доктор юридических наук, профессор Хэнаньского университета, почетный ученый «Хуанхэ».
ПЕТРОВА Татьяна Владиславовна	доктор юридических наук, профессор кафедры экологического и земельного права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.
РАРОГ Алексей Иванович	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.
РАССОЛОВ Илья Михайлович	доктор юридических наук, доцент, и. о. заведующего кафедрой информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».
СТАРИЛОВ Юрий Николаевич	доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета, заведующий кафедрой административного и административного процессуального права Воронежского государственного университета.
СТАРОСТИН Сергей Алексеевич	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ТУМАНОВА Лидия Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.
ФЕДОРОВ Александр Вячеславович	кандидат юридических наук, профессор, заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, главный редактор журнала «Наркоконтроль».
тер ХААР Берил	доцент Лейденского университета (Нидерланды).

**ХЕЛЛЬМАНН
Уве** Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

**ШЕВЕЛЕВА
Наталья
Александровна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета.

**ЯРКОВ
Владимир
Владимирович** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса Уральского государственного юридического университета.

Редакционная коллегия журнала

**ГРОМОШИНА
Наталья
Андреевна** доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**ЕРШОВА
Инна
Владимировна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**ЖАВОРОНКОВА
Наталья
Григорьевна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**КАШКИН
Сергей
Юрьевич** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**КОМАРОВА
Валентина
Викторовна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**КОРНЕВ
Аркадий
Владимирович** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**ЛЮТОВ
Никита
Леонидович** доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**МАЦКЕВИЧ
Игорь
Михайлович** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Chairman of the Council of Editors

BLAZHEEV Victor Vladimirovich Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

Vice-Chairman of the Council of Editors

SINYUKOV Vladimir Nikolaevich Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Professor, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Officer of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation.

Editor-in-Chief of the Journal

BOGDANOV Dmitry Evgenievich Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University.

Deputy Editor-in-Chief of the Journal

KSENOFONTOVA Darya Sergeevna PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Executive Editor

SALIYA Marianna Romanovna Expert of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.

Council of Editors

BECHET-GOLOVKO Karine Doctor of Public Law (France).

BONDAR Nikolay Semenovich Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Courts of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

BRINCHUK Mikhail Mikhailovich Doctor of Law, Professor, Head of the Sector for Environmental and Legal Studies of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences.

WAAS Berndt Prof., Dr., Professor of the Department of Labor Law and Civil Law under consideration of European and International Labor Law of the Institute of Civil and Commercial Law of the Faculty of Law, Goethe University, Frankfurt (Germany).

GRACHEVA Elena Yurievna Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

de ZWAAN Jaap Willem Emeritus Professor of the Law of the European Union at Erasmus University Rotterdam (The Netherlands), also Jean Monnet Professor.

ISAEV Igor Andreevich Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation.

KOMORIDA Akio	Professor of the Kanagawa University (Japan).
KOLYUSHIN Evgeniy Ivanovich	Doctor of Law, Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation.
MALINOVSKIY Vladimir Vladimirovich	PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.
MOROZOV Andrey Vitalievich	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Information Law, Informatics and Mathematics of the All-Russian State University of Justice (RLA of the Ministry of Justice of Russia).
NOGO Sreto	Doctor of Law, Professor of John Naisbitt University (Belgrade, Serbia), President of The Serbian Royal Academy, Secretary General of Association of international criminal law, Vice-President of the World Forum on fighting with organized crime in the Global Era (headquarter in Beijing).
OTMAR Seul	Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).
PAN Dunmey	Doctor of Law, Professor of Henan Daxue, «Huang He» Merited Scholar.
PETROVA Tatiana Vladislavovna	Doctor of Law, Professor of the Department of Environmental and Land Law of the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University.
RAROG Aleksey Ivanovich	Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Lawyer of the City of Moscow.
RASSOLOV Ilya Mikhailovich	Doctor of Law, Associate Professor, Acting Head of the Department of Information Law and Digital Technologies of the Kutafin Moscow State Law University, Editor-in-Chief of the Journal «Judicial and Law-Enforcement Practice».
STARILOV Yuriy Nikolaevich	Doctor of Law, Professor, Dean of the Faculty of Law, Head of the Department of Administrative Law and Administrative Procedural Law of the Voronezh State University.
STAROSTIN Sergey Alekseevich	Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Administrative Law and Procedure of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
TUMANOVA Lidia Vladimirovna	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, Dean of the Law Faculty of the Tver State University, Merited Lawyer of the Russian Federation.
FEDOROV Aleksandr Vyacheslavovich	PhD in Law, Professor, Vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).
ter HAAR Beryl	Associate Professor of Leiden University (Netherlands).

- HELLMANN**
Uwe
Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).
- SHEVELEVA**
Natalia
Aleksandrovna
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the St. Petersburg State University.
- YARKOV**
Vladimir
Vladimirovich
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Procedure of the Ural State Law University.
- Editorial Board**
- GROMOSHINA**
Natalia
Andreevna
Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Civil and Administrative Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ERSHOVA**
Inna
Vladimirovna
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Entrepreneurial and Company Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ZHAVORONKOVA**
Natalia
Grigorievna
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KASHKIN**
Sergey
Yurievich
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KOMAROVA**
Valentina
Viktorovna
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KORNEV**
Arkadiy
Vladimirovich
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- LYUTOV**
Nikita
Leonidovich
Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Labour Law and Law of Social Security of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- MATSKEVICH**
Igor
Mikhailovich
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ ПРАВА / THEORIA LEX

- Попов В. И. *Методологические основания многоаспектного подхода к пониманию права и его значение для юридической практики* 9

ЧАСТНОЕ ПРАВО / JUS PRIVATUM

- Малеина М. Н. *Право обучающегося и преподавателя на индивидуальный облик* 24

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО / JUS PUBLICUM

- Жеребцов А. Н., Павлов Н. В. *Вопросы сущности и правоприменительного значения административной практики* 34

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО / JUS GENTIUM

- Ильинская О. И. *Некоторые проблемы договорного регулирования международных отношений в области охраны окружающей среды* 45

- Засемкова О. Ф. *Сингапурская конвенция о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества (медиации): от мечты к реальности?* 60

- Случевская Ю. А. *Проблемы формирования международно-правовой модели совместного использования и охраны международных водотоков* 73

НАУКИ КРИМИНАЛЬНОГО ЦИКЛА / JUS CRIMINALE

- Россинская Е. Р., Рядовский И. А. *Современные способы компьютерных преступлений и закономерности их реализации* 87

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА / NOVUS LEX

- Сушина Т. Е. *Современное состояние и перспективы развития гражданского иска в уголовном процессе* 100

КИБЕРПРОСТРАНСТВО / CYBERSPACE

- Канашевский В. А. *Юридические проблемы использования российскими банками облачных услуг зарубежных провайдеров* 108

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / COMPARATIVE STUDIES

- Беллинг Д. В., Кулямина Г. *О помиловании в немецком праве* 116

- Трофимец И. А. *Генезис брачного права Испании* 124

ИСТОРИЯ ПРАВА / HISTORIA LEX

- Бакишев К. А. *История законодательства о транспортных правонарушениях в Уголовном кодексе Казахстана* 134

- Грахоцкий А. П. *Франкфуртский процесс (1963—1965 гг.) и преодоление прошлого в Германии* 146

- Зайнутдинов Д. Р. *Правосоциалистическая правовая мысль в эпоху революции и Гражданской войны в России (1917—1918 годы)* 159

CONTENTS

THEORY OF LAW / THEORIA LEX

- Popov V. I.** *Methodological Foundations of a Multidimensional Approach to the Understanding of Law and its Importance for Legal Practice* 9

PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

- Maleina M. N.** *The Right of a Student and a Teacher to an Individual Appearance* 24

PUBLIC LAW / JUS PUBLICUM

- Zherebtsov A. N., Pavlov N. V.** *The Issues of the Nature and Legal Value of Administrative Practices* 34

INTERNATIONAL LAW / JUS GENTIUM

- Ilyinskaya O. I.** *Some Challenges of Treaty Regulation of International Relations in the Field of Environmental Protection* 45

- Zasemkova O. F.** *The Singapore Convention on Enforcement of Mediated Settlement Agreements (Mediation): From Dream to Reality?* 60

- Sluchevskaya Yu. A.** *Problems of Formation of an International Regime of the Joint Use and Protection of International Watercourses* 73

CRIMINAL SCIENCES / JUS CRIMINALE

- Rossinskaya E. R., Ryadovskiy I. A.** *Modern Means of Committing Computer Crimes and Patterns of their Execution* 87

IMPROVEMENT OF LEGISLATION / NOVUS LEX

- Sushina T. E.** *Current State and Prospects of Development of a Civil Suit in Criminal Proceedings* 100

CYBERSPACE / CYBERSPACE

- Kanashevskiy V. A.** *Legal Problems of Using Cloud Services of Foreign Providers by Russian bBanks* 108

COMPARATIVE LEGAL STUDIES / COMPARATIVE STUDIES

- Belling D. V., Kulyamina G.** *Pardon in German Law* 116

- Trofimets I. A.** *Genesis of Marriage Law in Spain* 124

HISTORY OF LAW / HISTORIA LEX

- Bakishev K. A.** *History of Law on Traffic Offences in the Criminal Code of Kazakhstan* 134

- Grakhotkiy A. P.** *The Frankfurt Trial (1963—1965) and Overcoming the Past in Germany* 146

- Zaynutdinov D. R.** *Prosocial Legal Thought in the Age of Revolution and Civil War in Russia (1917—1918)* 159

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ МНОГОАСПЕКТНОГО ПОДХОДА К ПОНИМАНИЮ ПРАВА И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ

Аннотация. Статья посвящена не столько проблемам правопонимания, сколько методологическим подходам, лежащим в основе признания права как многоаспектного явления. Методологическими основаниями многоаспектного характера права являются природа самого концепта, которая неотделима от теории систем, общая теория нормативности, субъективная, объективная и интерсубъективная природа права, теория индифферентных методологических рядов, а также потребности юридической практики. Перечень оснований признания первенства за многоаспектным подходом к пониманию права не ограничивается вышеуказанными методологическими подходами. Многоаспектный подход к пониманию права представлен в виде различных правовых концепций как целостная органическая система, взаимодействующая с юридической практикой, оказывающая на нее системное воздействие в целях ее преобразования и удовлетворения духовных и материальных потребностей общества, государства и личности. Многоаспектный подход к пониманию права — это не разрозненные правовые концепции. Этот подход предстает как целостная органически взаимосвязанная система концепций, которые не находятся в состоянии конфронтации между собой, а, напротив, используют весь накопленный арсенал правовых закономерностей для преобразования правотворческого правореализационного и правоприменительного процессов.

В наибольшей степени обобщения накопленный опыт концептуального выражения права можно представить в виде монистического, плюралистического и многоаспектного подхода к пониманию права. Интегральная или интегративная концепция правопонимания является производной от многоаспектного подхода, поскольку для того, чтобы провести операцию интегрирования, необходимо определиться с некоторыми элементами множества.

Ключевые слова: право, метод, основания, многоаспектность, концепт, объективизм, субъективизм, интерсубъективизм, концепт, индифферентность, системность, юридическая практика, функциональность, плюрализм, правопонимание, понимание, род, вид.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.009-023

© Попов В. И., 2019

* Попов Владимир Иванович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории государства и права и международного права Института государства и права Тюменского государственного университета

vip.porov.70@mail.ru

625025, Россия, г. Тюмень, ул. Ленина, д. 38

**ВВЕДЕНИЕ,
ИЛИ ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ**

Вот уже третье десятилетие, начиная с конца 80-х гг. XX в., в отечественной юриспруденции развивается теория о понимании права. Основная особенность указанной теории заключается в том, что предметная область ее исследования лежит в сфере правовых концепций. Именно правовые концепции, типология правопонимания в различных вариативных степенях являются ее объектом и предметом.

Правовые концепции и правопонимание тесно взаимосвязаны друг с другом, однако отождествление этих категорий неприемлемо, поскольку правовые концепции являются завершающим этапом процесса понимания права и не отражают всей сложности природы мыслительного процесса, частью которого и является правопонимание.

Важность исследования теории познания, объектно-предметное к ней обращение определены тем, что именно в этой теории содержатся смежные с категорией «понимание» категории «сознание», «знание», «познание», «мышление», «смысл», которым необходимо дать онтологическую характеристику в контексте разработки теории правопонимания.

Понимание и правопонимание находятся в родовидовой зависимости. Это означает, что гносео-онтологические свойства понимания присущи и пониманию права, однако правопонимание в силу его связи с правом обладает индивидуальными особенностями, обусловленными правовой действительностью. Понимание как область человеческого сознания и как элемент мышления обладает свойствами рода, а понимание права свойствами вида.

Родовидовое соотношение в логике используют для выражения отношений между классами. Тот, который содержит в себе другой, называют родом (понимание), а тот, что содержится, — видом (понимание права или правопонимание). Родовое отношение призвано внести определенный порядок в систему классификаций. И род, и вид характеризуются признаками. Причем существенным является правило, когда каждая видовая характеристика объекта классификации (понимание права) влечет его родовую характеристику (понимание), но не наоборот.

Данные индивидуальные особенности родовидового соотношения и взаимодействия лежат в предметной области теории правопонимания. В результате такого взаимодействия рождается феномен, именуемый пониманием права. Однако сознание, погружаясь в право, осуществляет поиск не просто права, оно пытается и находит связи и отношения, которые обладают свойством устойчивости и повторяемости в конкретно-временной системе координат, т.е. сознание осуществляет поиск как общих, так и конкретных закономерностей, правового генезиса.

Речь идет о том, что понимание права — сложный эмоционально-интеллектуальный процесс, который включает в себя эмоции, чувства, переживания по поводу действующего и желаемого права, однако, в отличие от правосознания, эмоции, чувства, переживания являются тем побудительным моментом, который, стимулируя сознание, накопленный в нем правовой опыт, правовые знания, навыки, умения, пробуждает в сознании правовые образы, содержащие закономерные свойства права. Формирование таких образов объективируется в сознании посредством семантических знаковых форм. По мнению В. Дильтея, «понимание — это процесс, который дарует внутреннее комплексу внешних чувственных знаков, процесс, с помощью которого мы интуитивно чувствуем за знаком, данным нашим чувством, психическую реальность, выражением которой он является»¹.

В отличие от правосознания, его структуры, правопонимание — это целостный органический процесс мышления, включающий в себя системное взаимодействие правовой психологии и правовой идеологии.

Именно закономерности правового генезиса, проявляемые в различных правовых теориях и на различных методологических уровнях исследования, и выступают предметом понимания вообще и правопонимания в частности.

Так сложилось в отечественной теории права, что правопонимание мыслится исключительно через правовые концепции, за пределами научного исследования остается сам феномен понимания, его онтологическая субстанция. Безусловно, концептуализация теории правопонимания — это одно из правильных на-

¹ Дильтей В. Введение в науку о духе // Зарубежная эстетика и теория литературы XIX—XX веков. С. 108—110, 119—120.

правлений научно-теоретического и практико-юридического исследования. Однако правовые концепции в работах многих авторов освещаются весьма поверхностно, без акцентирования внимания на их фундаментальных, сущностных аспектах. Речь в данном случае идет об общей, а зачастую и компилятивной характеристике правовых теорий с указанием времени, места, представителей той или иной теории и краткого описания закономерных ее свойств. Такой подход лежит скорее в предметной области истории правовых учений и отчасти философии права и в меньшей степени связан собственно с онтологией правопонимания. Однако осмысление сущности правопонимания в отечественной юриспруденции имело и имеет место в настоящее время и осуществляется традиционно для отечественной теории права, с помощью формирования понятийно-дефинитивного образа правопонимания². Формирование теории правопонимания имеет исключительно важное значение для понимания сущностной природы самого правового концепта, с одной стороны, и понимания, что есть право, — с другой. Здесь мы имеем следующую алгоритмическую связку: понимание — правопонимание (как теоретическая конструкция) — правовой концепт — право.

«Концепт (лат. *conceptus* — понятие) — содержание понятия, его смысловая наполненность в отвлечении от конкретно-языковой формы его выражения. Крнп поместил концепт между языковыми высказываниями и соответствующими им денотатами. В научном знании определенным образом упорядоченный и иерархизированный минимум концептов образует концептуальную схему, а нахождение требуемых концептов и установление их связи между собой образуют суть концептуализации, которая, в свою очередь, представляет процедуру введения онтологических представлений в накопленный массив эмпирических данных, обеспечивает теоретическую организацию материала и схематизацию связи понятий, отображающих возможные тенденции изменения реферативного поля объектов, что позволяет

продуцировать гипотезы о их природе и характере взаимосвязей. Концепт функционирует внутри сформированной концептуальной схемы в режиме понимания-объяснения»³. Как видим, концепт представляет собой не замкнутую систему, природа его бытия неотделима от концептуальной схемы или концептуальной системы.

Потому-то монистическое направление в правопонимании противоречит теории концепта, которая утверждает, что концепт — это элемент иерархически выстроенной системы. «Концепты в рамках одной концептуальной схемы необязательно должны соотноситься между собой предметной областью, но они соотносятся и обязательно должны соотноситься в рамках целостности, в которую они (концепты) входят»⁴.

Когда мы говорим о правовых концепциях или, как стало принято в отечественной теории права, о типах правопонимания (хотя это не одно и то же), мы должны иметь в виду следующее. Во-первых, правовые концепции — это не изолированные системы, существующие в рамках правовых школ и направлений. Во-вторых, правовые концепции не находятся в противоречии друг с другом, как на это обращают внимание некоторые авторы⁵, скорее в противоречии и, возможно, в антагонизме находятся исследователи, носители тех или иных правовых теорий, пытающиеся доминировать на «рынке» научной конкуренции. В-третьих, правовые концепции представляют собой органическую систему взаимосвязанных, взаимообусловленных элементов, выполняющих относительно разную в своей предметно-методологической направленности функцию, но в то же время решающие общие задачи социальной регламентации и упорядоченности социальных, правовых отношений.

В настоящее время наметился кризис современного правопонимания: он видится, во-первых, в «перепроизводстве» правовых концепций, во-вторых, в оторванности правопонимания от юридической практики и, в-третьих, мы остаемся упрямыми в стрем-

² Баранов П. П. Позитивистское правопонимание в юридической науке, практике и повседневной жизни современной России // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 4. С. 7—14.

³ Всемирная энциклопедия : Философия / гл. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов. М. : АСТ ; Мн. : Харвест, Современный литератор, 2001. С. 506, 507.

⁴ Всемирная энциклопедия. С. 506, 507.

⁵ См.: Оль П. А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству : монография. СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр-Пресс», 2005. С. 25.

лении выработать единственно верное представление о праве в рамках замкнутых систем-концепций только, например, юридического позитивизма или только либертариизма. Эти концепции, по нашему мнению, лишены функциональности или являются ограниченно функциональными в контексте юридической практики. Поскольку охватывают лишь часть, сторону бытия права.

В вопросе о понимании права мы имеем три основных направления научно-познавательного процесса. Первый стремится к выработке единого, универсального определения понятия права, т.е. формируется монистический методологический подход к пониманию права. Второй — плюралистический, представленный палитрой различных мнений о праве, и многоаспектный подход к пониманию права, утверждающий, что право нельзя свести к единственно истинной, правильной дефинитивно-понятийной форме.

Разновидностью многоаспектного правопонимания выступает интегративный подход к пониманию права, поскольку для того, чтобы произвести операцию интегрирования, необходимо сначала определиться с некоторыми элементами множества.

Интегративная концепция начинает формироваться в начале 90-х гг. XX в. как стремление объединить все прогрессивные признаки права в единую дефиницию и единое понятие⁶.

В 2002 г. В. А. Поляков формулирует интегральный подход к пониманию права в рамках коммуникативного концепта, в котором «объединились субъективное и объективное, материальное и идеальное, сущее и должное, формальное и ценностное, свободное и принудительное в праве»⁷. Интегративность В. В. Лазарева сосредотачивает свои усилия на объединении существенных признаков права из различных правовых концепций с целью выработки единого универсального определения понятия права⁸, а интегральность А. В. Полякова объединяет различные правовые концепты для конструирования «коммуникативной те-

рии права как одного из возможных вариантов интегрального правопонимания... снимающего глубинные основания для концептуального противостояния, исторически сложившегося между аналитической, естественно-правовой и социологической юриспруденцией»⁹. Формулируя коммуникативный концепт, А. В. Поляков привлекает для его обоснования понятия из других наук — философии, философии права, социологии, «в связи с этим предмет юридической науки приобретает сложные модельные качества, и особое значение получает такая его характеристика, как конструктивность»¹⁰. Когда мы говорим о монистической концепции, то мы имеем в виду не только юридический позитивизм или нормативизм, это может быть любая правовая концепция, находящаяся в противостоянии с другими правовыми теориями и отстаивающая свою исключительность, поощряющая субъектно-объектное противостояние.

К известным представителям монистического подхода можно отнести В. В. Сорокина, который в основу своего «одноаспектного» правопонимания, как краеугольный камень, помещает философскую религиозную традицию и делает ее методологическим принципом понимания права. Одноаспектность его правопонимания укладывается в схему: истина может быть только одна, и эта истина у Бога, который сам есть истина, а значит, и понимание права должно быть единственным, наполненным религиозно-духовным божественным смыслом, пропущенным через философскую русскую религиозную традицию. Гонение на плюрализм правопонимания у В. В. Сорокина объективируется в суждении, что не позволительно «нам приветствовать перепроизводство определений понятия права ради плюрализма подходов... Подобный плюрализм настоящую науку обедняет, так как отвлекает ученых от истины. <...> Признание плюрализма подходов в правопонимании предполагает девальвацию истины в этой сфере научного познания, отказ от целостного восприятия права в пользу его

⁶ Теория права и государства : учебник / под ред. проф. В. В. Лазарева. М., 1996. С. 98.

⁷ Антонов М. В. О коммуникативной теории права Андрея Васильевича Полякова // Российский юридический журнал. 2015. № 6. С. 26.

⁸ Теория права и государства / под ред. проф. В. В. Лазарева. С. 98.

⁹ Поляков А. В. Коммуникативная теория права: генезис и теоретико-правовое обоснование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. С. 1.

¹⁰ Тарасов Н. Н. К вопросу о предмете общей теории права и теоретических понятиях // Российский юридический журнал. 2015. № 6. С. 16.

фрагментации, одобрение разнообразных заблуждений»¹¹.

Несмотря на симпатии к плюралистическому правопониманию, А. В. Аверин отстаивает монистическое направление, считая, что для юридической практики значение будет иметь юридическая форма, которую он именуется инструментальным подходом к пониманию права. Инструментальный подход, по сути, есть не что иное, как нормативная концепция, признающая правом только то, что закрепляет законодатель в нормах права в системной их взаимосвязи (нормы, институты, подотрасли и отрасли права)¹². Монизм А. В. Аверина подтверждается ссылками на примеры из уголовно-правовой практики¹³. Однако автор не учитывает того обстоятельства, что юридическая практика не ограничивается реализацией и применением только норм охранительного права. Не подлежит сомнению, что в деятельности по применению норм публичного права наипервейшее значение приобретают те концепции, которые отождествляют право с юридическими нормами и законом. Чего не скажешь о таких видах юридической практики, где реализуются диспозитивно-регулятивные предписания. Это касается арбитражной и гражданско-правовой практики и собственно деятельности по созданию, разработке и принятию юридических норм. В этих видах юридической практики используется функциональный арсенал всех правовых концепций, особенно тех, которые призваны наполнить справедливый содержанием бездуховную формализованную юридическую субстанцию, задачей которой является наметить, объективировать в юридическом тексте лишь контуры наиболее важных, по мнению государства, общественных отношений, без учета их реального социального и правового многообразия.

Опираясь на системное понимание правовых концептов, смеем утверждать, что «плюрализм правопонимания» и «многоаспектный характер права» — понятия не тождественные. Первое предстает как множественность мнений о праве, различные мнения. Второе представляется как системно-цельное явление правового

феномена, выраженного в многоаспектной природе самого концепта, а потому и в многоаспектном характере правовых закономерностей, присущих различным правовым концепциям.

Многоаспектный подход к пониманию права — это не плюрализм мнений, это целостная иерархическая система взглядов (концепций), отражающая общее свойство нормативности, обладающее функциональностью, основным направлением которого является правовое освоение и преобразование социально-правовой действительности.

Такое понимание многоаспектного характера права позволяет сделать его практико-ориентированным, значимым для правотворческого, правореализационного и правоприменительного процесса. Плюрализм правовых мнений дезорганизует правовое регулирование, дезориентирует правотворца, правоприменителя, а многоаспектность права как целостное системное явление посредством закономерных свойств, присущих различным правовым концептам, выступает, напротив, организующим началом для понимания и объяснения сложных форм, способов генезиса правовых явлений как теоретической, так и практико-юридической направленности. Различные подходы к пониманию права представляют различные стороны, грани, аспекты бытия такого сложного феномена, как право. Здесь действует логический принцип: аспектов много, но все они отражают суть целостного явления, именуемого правом. Принцип многоаспектности — суть истинности бытия всего многообразия и природы человека, и природы окружающего мира, в том числе и права. Если бы физика окружающего мира следовала принципу монизма, то не существовало бы многообразия форм и биологической, и социальной жизни. Монизм, как в природе, так и в праве, правопонимании, неизбежно приводит к стагнации, вырождению и функциональной неспособности преобразования юридической практики на основе универсальных и разноплановых принципов и закономерностей, присущих различным типам правопонимания.

¹¹ Сорокин В. В. Понятие и сущность права в духовной культуре России : монография. М. : Проспект, 2007. С. 5, 12.

¹² Аверин А. В. Правопонимание и юридическая практика // Ленинградский юридический журнал. 2008. № 4. С. 19—37.

¹³ Аверин А. В. Указ. соч. С. 19—37.

ЗНАЧЕНИЕ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ НОРМАТИВНОСТИ ДЛЯ ПОНИМАНИЯ МНОГОАСПЕКТНОЙ ПРИРОДЫ ПРАВА

Природа самой нормативности принадлежит человеку разумному, находится в сознании и психике самого человека, взаимодействуя с социальной средой в процессе коммуникативных связей и отношений, порождает, являет в мир нормативность в виде различных форм ее бытия и, соответственно, многообразия его понимания и объяснения.

Так, например, нормативность в рамках правовых систем объективируется и получает свое внешнее выражение в виде письменных актов, приказов власти или судебных решений, имеющих прецедентное значение. Нормативность может также быть объективирована в социальной среде в процессе взаимодействия социальных структур, социальных субъектов, когда правила, приобретающие свойство повторяемости и стабильности, становятся устойчивыми нормами, санкционированными государством.

Или в процессе насильственного (психического или физического) воздействия на личность происходит ценностная оценка и осмысление себя в социуме, государстве, и здесь нормативность объективируется в формализации естественных прав и свобод. Концептуальное описание нормативности позволяет вписать правовые концепции в общую теорию систем и применить ее как методологический принцип для понимания онтологических, гносеологических, эпистемологических, антропологических герменевтических и практико-юридических свойств непосредственно самого акта понимания права. Нормативность «выходит за рамки позитивизма, признавая, что нормативность — явление не сугубо правовое. Она коренится в природе человека и присуща любому обществу. В этом контексте нормативность выступает как универсальная закономерность социального развития, которая состоит в том, что у общества есть внутренняя потребность в определенной упорядоченности»¹⁴. Признавая, что и социология права, и право естественное, и любое другое право (например, должное) обладают свойством нормативности, мы признаем их участие в конструировании право-

порядка, тем самым мы признаем их особую сторону, грань участия в регулировании общественных отношений, а значит, и признаем, что право как инструмент, как явление, как понятие и определение представляет собой многоаспектный феномен, не сводимый к единственно верному определению или понятию. Фактически свойство нормативности выступает исходным основанием, на котором выстраивается все здание правовых школ, направлений и концепций правопонимания.

ОБЪЕКТИВНЫЕ, СУБЪЕКТИВНЫЕ И ИНТЕРСУБЪЕКТИВНЫЕ ОСНОВАНИЯ МНОГОАСПЕКТНОСТИ ПРАВА

Природой плюрализма понимания права и основанием многоаспектности права как системы выступают объективизм, субъективизм, интерсубъективизм. По справедливому мнению О. Г. Данеляна, «в зависимости от того, какая реальность представляется в качестве источника правовых смыслов, и различаются способы обоснования права»¹⁵, правовых концептов. Именно объективизм, субъективизм, интерсубъективизм дали палитру мнений, взглядов на многоаспектную природу права. Так и право, объединяющим началом которого является объективизм, субъективизм, интерсубъективизм, выступает целостным, но в то же время многоаспектным явлением, концепты которого играют свою функциональную роль в регулировании общественных отношений, и осуществляют они эту роль присущими только этим концептам методами в рамках присущей только им предметности.

Предметно-методологическим, мировоззренческим основанием правового объективизма «выступает материалистическая установка выведения всех идеальных смыслов из “жизни”, из объективной реальности»¹⁶. Здесь можно выделить и юридический позитивизм, и нормативизм, детерминированный различными фактами объективной действительности, и социологическую правовую концепцию «живого права».

Правовой субъективизм, считает О. Г. Данелян, в своей методологической основе опи-

¹⁴ Давыдова М. Л. Нормативность юридической техники: к вопросу о механизме действия правотворческих правил и средств // Юридическая техника. 2012. № 6. С. 154.

¹⁵ Философия права : учебник / О. Г. Данилян, Л. Д. Байрачная, С. И. Максимов [и др.] ; под ред. О. Г. Даниляна. М. : Эксмо, 2005. С. 43.

¹⁶ Философия права. С. 43.

рается на сознание субъекта, «в основном это нравственно-философские концепции», для которых «характерен взгляд на правовую реальность “сверху”, из духовно-идеальной сферы. Источник правосознания, а следовательно, и правопорядка выводится из идеи, или смысла права, которые открываются в сознании (разуме) субъекта»¹⁷.

Интерсубъективность как основание права исходит из того, «что смысл права не растворяется в сознании субъекта или во внешнем социальном мире, а раскрывается во взаимодействии (коммуникации) субъектов. Основной конструкцией правопонимания здесь является «договор», а в постклассической конструкции правопонимания «за точку отсчета берется не позиция внешнего наблюдателя, соотносящего право с каким-нибудь внешним критерием, а внутренний опыт участника правового общения. Здесь право рассматривается не как чуждая человеку сила, которая стремится его подчинить, а как способ его бытия»¹⁸.

Таким образом, триединство объективного, субъективного и интерсубъективного является тем методологическим основанием, которое утверждает, что природа различных мнений, взглядов кроется именно в этом триединстве, что право существует в этом триединстве как целостная органическая система с функциональной направленностью, а не как разрозненные, вечно конфликтующие правовые школы, правовые идеи.

ТЕОРИЯ ИНДИФФЕРЕНТНЫХ МЕТОДОЛОГИЧЕСКИХ РЯДОВ

Следующим методологическим основанием многоаспектного подхода к пониманию права является теория индифферентных методологических рядов, предложенная И. А. Ильиным в работе «Понятия права и силы (Опыт методологического анализа)»¹⁹. И. А. Ильин относился к праву как сложному и многостороннему образованию, «обладающему целым рядом отдельных сторон и форм “бытия”». Каждая из этих сторон входит в сущность того, что именуется одним общим

названием “права”, но каждая из них представляет по всему существу своему нечто до такой степени своеобразное, что предполагает и требует особого, наряду с другими, специального определения и рассмотрения. Если общее изучение опускает хотя бы одну из этих сторон, то оно не полно; если изучение одной из них бессознательно сливается с другой, то возникает опасность методологических смешений, могущих иногда прямо обесценить все исследование. Эта точка зрения признает, таким образом, что нет единого универсального и исключительного способа изучения права, который вытеснил бы и заменил все остальные, сделал бы их излишними, ненужными. Способов изучения права много, каждый из них в отдельности ценен, необходим и незаменим. Вера в специальный методологический монизм падает и уступает место принципиальному признанию методологического плюрализма. Подходя к праву во всей его сложности со своей особой точкой зрения, каждая методологически обособленная дисциплина выделяет в нем именно ту сторону, которая важна для нее, и именно эту сторону объявляет существенной в праве, составляющей искомую сущность права. Получается не одно определение права, а несколько, может быть, много, и ни одно из этих определений не может и не должно претендовать на исключительность. Все они вместе и только сообща могут притязать на исчерпывающее постижение сущности права»²⁰.

Индифферентность в данной теории имеет весьма условное значение и применяется лишь для методологического удобства исследования различных уровней рядов права. При этом допускается их сближение и слияние. Понятие права тесно соприкасается с понятием силы, которое имеет онтологическое значение для характеристики права, может с ним соприкасаться или не иметь для права никакого значения. «Сила — явление эмпирически реальное, выражающееся в способности быть причинно-определяющим моментом в сфере физической или психической»²¹. Поэтому понятие силы образует реальный методологический ряд. Сила — явление, понятие, обладающее свойством детерминанты.

¹⁷ Данилян О. Г. Указ. соч. С. 46.

¹⁸ Данилян О. Г. Указ. соч. С. 48, 49.

¹⁹ Ильин И. А. Теория права и государства. Изд. 2-е, доп. / под ред. и с биограф. очерком В. А. Томсинова. М. : Зерцало, 2008. С. 184.

²⁰ Ильин И. А. Указ. соч. С. 184.

²¹ Ильин И. А. Указ. соч. С. 188.

В психологическом понимании право есть не что иное, как правовое переживание или переживание права, введенное во временной поток индивидуального сознания, именно в таком реальном значении и анализирует право психолог. Эта конструкция образует психологический методологический ряд. Если понятие права мы будем помещать в социологический методологический ряд, то, во-первых, право предстает как отношение индивида к окружающим и отношение окружающих к нему, во-вторых, право есть правовая норма, введенная через ее применение в фактический состав общественных отношений в качестве схемы этих отношений²². Психологический и социологический методологические ряды И. А. Ильин включает в реальный методологический ряд, наделяя два концепта понятием силы. При этом оговаривается существенный момент, что для психолога и социолога особое значение имеет нормативное определение понятия права, которое уже дано в готовом виде психологу и социологу юристом. Иначе они будут «блуждать в потемках и растворять свой объект в широкой и неопределенной атмосфере случайных прозрений»²³. Юридическое определение права мыслится как понятие, свободное от понятия силы, как логическое понятие и образует юридический методологический ряд. В этом значении право как понятие приобретает только свойство нормы либо суждения о должном, то есть мыслится с позиций юридической догматики²⁴.

Такая постановка проблемы предполагает возможность сближения юридического, психологического и социологического методологических рядов, при такой манипуляции право как логическое понятие теряет чисто юридическое смысловое звучание и приобретает понятие силы, сближаясь с социологией и психологией.

Отсюда, делает вывод И. А. Ильин, определения права и других понятий юриспруденции, которые включают в себя явно или тайно момент силы, должны быть признаны неюридическими в тесном и строгом смысле²⁵.

Основной методологический принцип теории индифферентных методологических ря-

дов — это принцип диффузии, или взаимопроникновения, признаков права или его свойств при операции сближения методологических рядов, а также возможности образования самостоятельных рядов в рамках обособленной предметности и метода бытия или образования новых концептов, которые бы включали в себя признаки или свойства из разных концептуальных построений. Применяя, например, метод диффузии, субъективное право в логическом методологическом ряду будет мыслиться как «понятие и суждение», в нормативном (юридическом) методологическом ряду — «как полномочия и обязывание», в психологическом ряду — «как индивидуальное переживание полномочия и обязанности», в социологическом ряду — «как переживания полномочия и обязанности, введенное в ряд психических взаимодействий»²⁶.

Если, например, право мыслится в юридическом методологическом ряду, лишенном понятия силы, то оно как понятие должно мыслиться и пониматься через его признаки, если же право рассматривается в одном из реальных рядов — социологическом или психологическом, соединенном с понятие силы, то «мы будем говорить не о его признаках, а о его свойствах»²⁷.

Этот метод создает и дополнительные возможности по формированию новых методологических рядов. Так, например, используя метод индифферентных рядов, можно выделить самостоятельный философский методологический ряд, где право мыслится в наиболее абстрактном виде в рамках методологии философии и философии права как свобода свободной воли, равный масштаб к неравным людям, или как свобода, формальное равенство и справедливость, или как защищенный правом интерес. Поэтому либертарно-юридический подход к пониманию права по своему содержанию представляет философский подход: его атрибутами выступают философские, абстрактные категории свободы, равенства и справедливости.

Метод индифферентных методологических рядов — это метод диффузии, метод взаимопроникновения признаков, понятий, свойств

²² См.: Ильин И. А. Указ. соч. С. 199.

²³ Ильин И. А. Указ. соч. С. 199.

²⁴ Винниченко О. Ю., Попов В. И., Романчук И. С. Проблемы теории государства и права : учеб. пособие. Тюмень : Изд-во Тюм. гос. ун-та, 2011. С. 27.

²⁵ Ильин И. А. Указ. соч. С. 202.

²⁶ См.: Ильин И. А. Указ. соч. С. 212.

²⁷ См.: Ильин И. А. Указ. соч. С. 206.

права. В данном контексте справедливым является мнение Н. Н. Тарасова, который считает, что «активное привлечение в юриспруденцию понятий иных наук», а не только юридической, конфигурирует «систему разноплановых представлений о праве (формально-юридическое, социологическое, психическое и т.п.), юридическая наука путем обращения к соответствующим понятиям не просто расширяет свой предмет в плоскости избранной абстракции, но и, разворачивая ту или иную концепцию права, “конструирует” его в нескольких измерениях»²⁸. Такая позиция Н. Н. Тарасова в самом концентрированном виде отражает суть метода индифферентных методологических рядов и частного его проявления — диффузии.

Ставшее классическим в рамках отечественной юриспруденции нормативное определение права как системы общеобязательных, формально-определенных, гарантированных государством норм, выражающих волю законодателя (возведенную в закон волю собственников средств производства, всего народа, экономически господствующего класса) и т.д. и т.п., вовсе не является таковым, поскольку соединяет в своей дефиниции признаки из различных реальных, детерминированных силой методологических рядов.

Например, воля есть признак не юридический, а скорее психологический, как показывает И. А. Ильин, говоря, что «определение права как “выражения воли” будет отнесено, с нашей точки зрения, не в юридический, а в психологический ряд. Ибо оно вводит право в реальный ряд, являясь результатом рассмотрения его психологического генезиса и устанавливая между ним и волей реальную связь происхождения. Это дает возможность рассматривать и самое право как причинно-определяющую силу»²⁹.

В этой связи можно отграничить такие концепции, как юридический позитивизм, от того нормативного правопонимания, содержащего признак «воли», которое сложилось благодаря материалистической, или, если быть более точным, марксистско-ленинской, методологии. Юридический позитивизм как чистое учение о праве и нормативизм советского толка отождествляет понятие права и закона, в этом проявляется их методологическое единство.

Однако если юридический позитивизм рассматривает право в «чистом виде», т.е. свободном от реальных методологических рядов, то нормативное определение и понятие права, напротив, рассматривает, изучает, исследует право во всеобщей детерминированной взаимосвязи с различными происходящими в обществе процессами — экономическими, политическими, социальными, этическими, психическими, культурологическими и даже религиозными.

Нормативное определение права, состоявшееся в советской юридической науке и используемое ныне в некотором изменении, не может быть признано чисто юридическим определением, понятием. Это интегративная дефиниция, содержащая в себе признаки, а если быть точным, свойства права из социологического (регулятор наиболее важных общественных отношений, гарантированных государством норм), психологического (право как воля) и нормативного (система норм, формальная определенность) методологических рядов.

ПРАВОПОНИМАНИЕ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

Любая правовая концепция, появившаяся на свет в результате акта научного творчества, должна пройти апробацию в рамках юридической практики, или хотя бы на уровне теории должны быть предложены ее практико-юридические перспективы применения. Иначе мы можем говорить лишь о построениях в стиле Джоан Роулинг³⁰. И в данном случае речь идет не столько о практике как критерии истины, сколько о тех правовых концептах, которые могут быть применены на практике, то есть тех, которые обладают функциональностью в социально-правовой действительности. Правовые концепции, объединенные в органическую систему, представляют собой мини-доктрины, которые могут быть положены в основание правовых позиций субъектов юридической практики. Каждая концепция права тождественна понятию мини-доктрина; это значит, что правовая концепция функционирует в рамках своего предела (Lim), определяемого объектом, предметом и методологией. Предмет любой правовой доктрины-концепции понимается, объектив-

²⁸ Тарасов Н. Н. К вопросу о предмете общей теории права и теоретических понятиях // Российский юридический журнал. 2015. № 6. С. 16.

²⁹ Ильин И. А. Указ. соч. С. 204.

³⁰ Автор книг о Гарри Поттере.

руется через наиболее общие и индивидуально-частные правовые закономерности. Здесь проявляется следующее: чем абстрактнее сама концепция, тем абстрактнее ее закономерности, тем затруднительнее реализовать эту теорию на практике, где требуется, например, конкретизация понятий и определений, детализация (квалификация) правил поведения и инструментария правового регулирования. Поэтому для каждого правового концепта существует свой практико-ориентированный уровень экстраполяции. Для либертарной концепции — это уровень конституционных правовых отношений. Для синтетической теории В. В. Сорокина — уровень религиозно-правовых отношений. Для коммуникативной концепции права — это сфера частноправовых отношений и отношений в сфере осуществления трудовых прав и обязанностей.

Когда мы говорим о влиянии правопонимания на юридическую практику, мы должны иметь в виду, что на ее формирование оказывают влияние не сами концепции-доктрины, а правовые закономерности, формирующие понятие ее предмета. В этой связи не случайна существенная особенность определения правопонимания, данного Н. Д. Железновой, где смыслообразующим элементом выступает «познание общих закономерностей функционирования права»³¹. Отсюда следует, что если, например, в судебной правоприменительной деятельности судья использует арсенал закономерностей, присущий только одной концепции (как правило, это юридический позитивизм), то рассчитывать на решение дела, отвечающее критериям справедливости, не приходится. Необходимо в этом случае предпринять легализацию (формализацию) применения всего арсенала правовых закономерностей, лежащих в предметной области различных правовых концепций. Однако закрепление правовых закономерностей, лежащих в предметной области правовых концепций, в частности судебной практике, весьма затруднительно в силу традиций господствующего в сознании судей, да и в самой практике, нормативизма советского толка.

Так, ИФНС России по г. Тюмени провела проверку соблюдения порядка реализации ал-

когольной продукции ООО «Исида», осуществляющим деятельность по розничной продаже алкогольной продукции. В ходе проверки были выявлены нарушения лицензионных требований и условий (продажа пяти бутылок вина на общую сумму 575 руб. без маркировки федеральными специальными марками), установленных ст. 15.12 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях³². В соответствии с постановлением мирового судьи ООО «Исида» признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 15.12 КоАП РФ, и ему назначено наказание в виде штрафа — 40 тыс. руб. с конфискацией предметов административного правонарушения. На основании данного факта Лицензионная палата Тюменской области обратилась в Арбитражный суд Тюменской области с иском об аннулировании лицензии на продажу алкогольной продукции ООО «Исида» в связи с нарушением ст. 12 и п. 3 ст. 20 Федерального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции»³³.

Ответчик в отзыве на исковое заявление указал, что аннулирование лицензии не правомерно, поскольку в случае удовлетворения исковых требований Лицензионной палаты будет нарушен принцип однократности ответственности общества, поскольку оно по данному факту привлекалось к административной ответственности в соответствии с ч. 2 ст. 15.12 КоАП РФ и аннулированию лицензии в порядке п. 3 ст. 20 Федерального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции». А также будет нарушен принцип соразмерности наказания, поскольку административного наказания в размере 40 тыс. руб. для общества достаточно и применение специально-предупредительной меры в виде аннулирования лицензии в отношении лица, совершившего такой вид административного правонарушения впервые, является чрезмерной ответственностью. Арбитражный суд первой инстанции не принял возражения ответчика и удовлетворил исковые требования Лицензионной палаты в полном

³¹ Железнова Н. Д. Правопонимание и судебная практика: теоретические проблемы взаимодействия : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2001. С. 32.

³² СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

³³ СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4553.



объеме. Апелляционная жалоба ответчика также осталась без удовлетворения.

Однако Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа отменил решение и постановление соответствующих судов и направил дело на новое рассмотрение в арбитражный суд первой инстанции на том основании, что в отзыве на заявление об аннулировании лицензии, а также в апелляционной жалобе ООО «Исида», ссылаясь на конкретные обстоятельства дела (нахождение на реализации всего 5 бутылок стоимостью 575 руб., совершение правонарушения впервые и т.д.), указывало на несоразмерность совершенного правонарушения и принятой к обществу меры.

В нарушение ч. 4 ст. 170 и ч. 2 ст. 271 Арбитражного процессуального кодекса РФ в решении суда и постановлении апелляционной инстанции не содержатся доводы, по которым суд отклонил доводы заинтересованного лица о несоразмерности наказания. Данное нарушение норм процессуального права могло привести к принятию неправильного решения, поэтому судебные акты в силу ч. 3 ст. 288 АПК РФ подлежат отмене с направлением дела на новое рассмотрение.

При новом рассмотрении дела Арбитражный суд Тюменской области вынес решение, в котором удовлетворил требования Лицензионной палаты Тюменской области по следующим основаниям. «Статьей 26 Федерального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» установлен запрет на оборот алкогольной продукции без маркировки. Факт оборота подобной продукции является основанием для аннулирования лицензии. При этом законодателем не установлены какие-либо дополнительные условия для аннулирования лицензии, кроме как установление названного факта»³⁴.

В рамках нового рассмотрения дела суд первой инстанции, учитывая «намек» кассационной инстанции, что «в решении суда и постановлении апелляционной инстанции не содержатся доводы, по которым суд отклонил доводы заинтересованного лица о несоразмерности наказания», приводит эти доводы именно в рамках монистического подхода

к пониманию права, именуемого юридическим позитивизмом, который, оперируя принципом формализации, принимает решение, соответствующее только букве закона.

Однако Высший Арбитражный Суд РФ только в 2014 г. отреагировал на складывающуюся юридическую практику, которая шла вразрез с принципом справедливости. Так, в абз. 2 п. 10 постановления ВАС РФ от 11 июля 2014 г. № 47 зафиксирована позиция, что «при рассмотрении споров, связанных с аннулированием названных лицензий, судам необходимо исходить из того, что установление факта соответствующего нарушения само по себе еще не является безусловным основанием аннулирования лицензии. Суду надлежит оценить существенность допущенного нарушения и с учетом этого обстоятельства принять решение о необходимости применения такого последствия, как аннулирование лицензии»³⁵.

В рамках данного дела суды первой и апелляционной инстанции принимали решение, опираясь лишь на формально-догматический метод, который ориентирует судью защищать только внешние «контуры» общественных отношений, признанные государством наиболее важными, оставляя за границами этого контура фактически складывающиеся отношения, безусловно имеющие правовое значение и правовые последствия для субъектов права вообще и субъектов предпринимательской деятельности в частности. Фактически при аннулировании лицензии суд не учел такие факторы, как степень тяжести правонарушения, совершено ли это правонарушение обществом впервые, соразмерна ли тяжесть ответственности правонарушению, имеет ли место нарушение принципа однократности ответственности. Все эти вопросы оставались без судебной оценки, поскольку не ст. 12, не п. 3 ст. 20, не ст. 26 Федерального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции» не содержат иных обстоятельств, при наличии или отсутствии которых суд должен вынести решение, отказав лицензионной палате в аннулировании лицензии на продажу алкогольной продукции.

Решения, в которых учитываются только те обстоятельства, которые посчитал нужным за-

³⁴ Решение по арбитражному делу № А70-188/8-2007 от 29 декабря 2007 г.

³⁵ Постановление ВАС РФ от 11 июля 2014 г. № 47 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 9. 2014.

крепить в норме права законодатель, являются типичными для отечественной правовой и судебной системы. Проблема правового регулирования заключается в том, что законодатель не может охватить формулировками нормативных правовых актов все жизненные случаи, это делает юридический позитивизм и нормативизм ограниченно функциональными и неспособными быстро реагировать на динамично развивающиеся социальные факты, жизненные обстоятельства, возникающие в процессе рассмотрения конкретного юридического дела.

Доктрина, выраженная в правовых концептах в силу континентальной традиции, не может применяться при корректировке юридической нормы, поскольку судьи не наделяются правотворческой функцией. Формально-юридический доктринальный метод — это единственный метод, которым оперирует при осуществлении правосудия российский судья.

«Формализация — это метод» сегодняшней юридической практики, «суть которого заключается в построении символических знаковых моделей некоторой предметной области, позволяющих выявить структуру исследуемых явлений и процессов при отвлечении от их качественной характеристики»³⁶. Поэтому, когда в сознании судей доминирует парадигма формализации правовой позиции, при рассмотрении дела они устраняются от «качественной характеристики» казуса, тем самым формулируют правовые позиции, не содержащие принципы справедливого рассмотрения дела.

Судебные решения, мотивированные закономерностями юридического позитивизма, когда правом признается только то, что зафиксировал законодатель в нормативном правовом акте, не озадачены поиском справедливых оснований в рамках казуса, если на то нет прямого указания в законе. В этой связи в правовой системе должны быть выработаны компенсационные, защитные механизмы, зафиксированные в судебных правовых позициях, объективно существующей социально-правовой справедливости при рассмотрении юридического дела. Такие компенсационные механизмы должны быть быстрыми и своевре-

менными, иначе это приводит к непоправимым последствиям в различных сферах социальной деятельности, в том числе в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина. И таким механизмом, во-первых, может быть распределение правотворческих полномочий между Федеральным собранием РФ и высшими судебными органами РФ. Во-вторых, применение доктрины или доктрин правового характера (концепций), если усилия юридической нормы при обеспечении реализации справедливых оснований права недостаточны. Категория справедливости в отечественной судебной правоприменительной деятельности в силу господства юридического позитивизма волюнтаристского толка не наделяется юридическим содержанием, особенно когда реализуются императивные нормы административного права. В рамках вышеназванного дела именно принципы однократности и соразмерности ответственности за указанное правонарушение не стали основанием удовлетворения требований ответчика в силу того, что они не закреплены в законе. Хотя требование справедливости, в форме принципов однократности и соразмерности, должно быть положено в основание рассмотрения подобной категории дел. Поэтому категория справедливости нуждается в придании ей понятийно-дефинитивного образа или конкретных признаков в законодательстве, которое регулирует данную сферу общественных отношений.

Характеризуя принцип справедливости, австралийский правовед и философ Джон Финнис утверждает, что «сложное понятие справедливости включает три элемента и применимо ко всем ситуациям, в которых наличествуют эти элементы. Первый элемент может быть назван *направленность-на-другого*: справедливость связана с отношениями и делами человека с другими людьми; она «интерсубъективна» или межличностна»³⁷. Второй элемент — это обязанность: «то, что должны другому или что обязаны сделать по отношению к другому, и соответственно то, на что это другое лицо имеет право»³⁸. И третий элемент Д. Финнис называет «равенством» или «пропорциональностью»³⁹, или соразмерностью в нашем конкретном слу-

³⁶ Яркова Е. Н. История и методология экономики : учеб. пособие. Тюмень : Издательство Тюмен. гос. университета, 2013. С. 249.

³⁷ Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. с англ. В. П. Гайдамака и А. В. Панихиной. М. : ИРИСЭН, Мысль, 2012. С. 205.

³⁸ Финнис Дж. Указ. соч. С. 206.

³⁹ Финнис Дж. Указ. соч. С. 206, 207.

чае. Таким образом, интересубъектность, обязанность и пропорциональность (соразмерность) — это состав элементов, при наличии или отсутствии хотя бы одного можно судить о наличии или об отсутствии принципа справедливости в деятельности субъектов правоприменения при возложении юридической ответственности.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подводя итог вышеизложенному, смеем утверждать, что методологическими основаниями многоаспектного подхода к пониманию права являются, во-первых, потребности самой юридической практики: правотворческой, правореализационной, правоприменительной, правообеспечительной, правозащитной, интерпретационной. Для правореализации и применения диспозитивных норм в судебной деятельности, особенно при пробелах в законодательстве, большое значение приобретает социологическое правопонимание. Социологический концепт является тем источником, из глубин которого судья или правотворец черпает «живое право» в качестве обоснования и построения судебной позиции и конструирования нормативного правового акта. Социологическая юриспруденция со всей очевидностью требует признания судебного прецедента в качестве источника права в России. Инструментальный концепт или догматическое правопонимание,

отождествляющие право и закон, актуальны для реализации норм уголовного и административного права. Психологическая концепция имеет своим адресатом в равной мере всех субъектов юридической практики, поскольку нормативно-атрибутивные переживания являются источником различных форм выражения и объективирования правил поведения, а также выступают мотивацией законодательной инициативы или правомерных действий правоприменителя.

Во-вторых, природа самого концепта утверждает, что он не может существовать как изолированный элемент, не взаимосвязанный с другими концептами. Антологическая природа концепта утверждает закон в его системном, иерархическом существовании и взаимодействии с другими концепциями. И это позволяет утверждать, что правовые концепции — это органическая, функциональная система, взаимодействующая с юридической практикой. Сами по себе правовые концепты, действующие «поодиночке», являются ограниченно функциональными и не могут претендовать на исключительность в преобразовании правовой действительности.

В-третьих, объективизм, субъективизм, интересубъективность — это «святая троица», обоснования тройственной природы правовых теорий.

В-четвертых, теория индифферентных методологических рядов должна развеять миф о спасительном дефинитивно-понятийном монизме в правопонимании.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аверин А. В. Правопонимание и юридическая практика // Ленинградский юридический журнал. — 2008. — № 4.
2. Антонов М. В. О коммуникативной теории права Андрея Васильевича Полякова // Российский юридический журнал. — 2015. — № 6.
3. Баранов П. П. Позитивистское правопонимание в юридической науке, практике и повседневной жизни современной России // Российский журнал правовых исследований. — 2015. — № 4.
4. Винниченко О. Ю., Попов В. И., Романчук И. С. Проблемы теории государства и права : учебное пособие. — Тюмень : Издательство Тюменского государственного университета, 2011.
5. Всемирная энциклопедия : Философия / гл. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов. — М. : АСТ ; Мн. : Харвест, Современный литератор, 2001.
6. Железнова Н. Д. Правопонимание и судебная практика: теоретические проблемы взаимодействия : дис. ... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2001.
7. Ильин И. А. Теория права и государства / под ред. и с биограф. очерком В. А. Томсинова. — Изд. 2-е, доп. — М. : Зерцало, 2008.
8. Нерсесянц В. С. Философия права. — М., 1997.
9. Оль П. А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству : монография. — СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр-Пресс», 2005.

10. Поляков А. В. Коммуникативная теория права: генезис и теоретико-правовое обоснование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — СПб., 2002.
11. Сорокин В. В. Понятие и сущность права в духовной культуре России : монография. — М. : Проспект, 2007.
12. Тарасов Н. Н. К вопросу о предмете общей теории права и теоретических понятиях // Российский юридический журнал. — 2015. — № 6.
13. Теория права и государства : учебник / под ред. проф. В. В. Лазарева. — М., 1996.
14. Философия права : учебник / О. Г. Данилян, Л. Д. Байрачная, С. И. Максимов [и др.] ; под ред. О. Г. Даниляна. — М. : Эксмо, 2005.
15. Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. с англ. В. П. Гайдамака и А. В. Панихиной. — М. : ИРИСЭН, Мысль, 2012.
16. Хьелл Л., Зиглер Д. Теории личности. — 3-е изд. — СПб. : Питер, 2014.
17. Яркова Е. Н. История и методология экономики : учебное пособие. — Тюмень : Издательство Тюменского государственного университета, 2013.

Материал поступил в редакцию 16 июля 2018 г.

METHODOLOGICAL FOUNDATIONS OF A MULTIDIMENSIONAL APPROACH TO THE UNDERSTANDING OF LAW AND ITS IMPORTANCE FOR LEGAL PRACTICE

POPOV Vladimir Ivanovich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Theory of the State and Law and International Law of the Institute of the State and Law of Tyumen State University
vip.popov.70@mail.ru
625025, Russia, Tyumen, ul. Lenina, d. 38

Abstract. *The article is devoted to the methodological approaches underlying recognition of law as a multidimensional phenomenon rather than to the problems of legal understanding. Methodological grounds of the multidimensional nature of law include the nature of the concept itself that is inseparable from the theory of systems, the general theory of normativity, subjective, objective and intersubjective nature of law, the theory of indifferent methodological series, as well as the needs of legal practice. The list of grounds for recognition of superiority of the multidimensional approach to understanding of law is not limited to the above mentioned methodological approaches. The multidimensional approach to the understanding of law is takes the form of various legal concepts constituting an integral organic system interacting with legal practice, making a systemic impact on it with the purpose to transform it and to meet moral and material needs of the society, state and individual. The multidimensional approach to understanding law does not represent a fragmented legal concept. This approach appears as an integral organically interconnected system of concepts that are not in a state of confrontation with each other, but, on the contrary, use the entire accumulated arsenal of legal patterns to transform law-making and law-enforcement processes.*

The most generalized experience of conceptual expression of law can be represented as monistic, pluralistic and multiaspectual approaches to the understanding of law. An integral or integrative concept of legal understanding is derived from the multiaspectual approach, because, in order to carry out the integration operation, it is necessary to determine some elements of the multiplicity.

Keywords: *law, method, bases, complexity, concept, objectivism, subjectivism, intersubjectivism, concept, indifference, consistency, law practice, functionality, pluralism, understanding of law, understanding, type, subtype.*

REFERENCES

1. Averin A. V. Pravoponimanie i iuridicheskaja praktika [Legal understanding and law practice]. *Leningradskiy iuridicheskij zhurnal [Leningrad Law Journal]*. 2008. No. 4. (In Russ.)



2. Antonov M. V. O kommunikativnoy teorii prava andrey a vasilevicha polyakova [Andrei Polyakov communicative theory of law]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal [Russian OJuridical Journal]*. 2015. No. 6. (In Russ.)
3. Baranov P. P. Pozitivistское pravoponimanie v yuridicheskoy nauke, praktike i povsednevnoy zhizni sovremennoy Rossii [Positivist legal understanding in the juridical science, practice and everyday life of modern Russia]. *Rossiyskiy zhurnal pravovyykh issledovaniy [Russian Journal of Legal Studies]*. 2015. No. 4. (In Russ.)
4. Vinnichenko O. Yu., Popov V. I., Romanchuk I. S. 3roblemy teorii gosudarstva i prava : uchebnoe posobie [Problems of the theory of the State and law : A study guide]. Tyumen, Tyumen State University Publishing House, 2011. (In Russ.)
5. Vsemirnaya entsiklopediya : filosofiya [World Encyclopedia : Philosophy]. A. A. Gritsanov (ed.). Moscow, AST Publ.; Minsk, Harvest, Sovremennyy literator Publ., 2001. (In Russ.)
6. Zheleznova N. D. Pravoponimanie i sudebnaya praktika: teoreticheskie problemy vzaimodeystviya : dis. ... kand. yurid. nauk [Understanding of Law and Court Practice: theoretical problems of interaction : PhD Thesis]. N. Novgorod, 2001. (In Russ.)
7. Ilyin I. A. Teoriya prava i gosudarstva [Theory of law and the State]. V. A. Tomsinov (ed. and introduction). 2nd ed., Moscow, Zertsalo Publ.. 2008. (In Russ.)
8. Nersesyants V. S. Filosofiya prava [Philosophy of Law]. Moscow, 1997. (In Russ.)
9. Ol P. A. Pravoponimanie: ot plyuralizma k dvuedinstvu : monografiya [Understanding of Law: from pluralism to duality : monograph]. St. Petersburg, R. Aslanov's Publishing House "Yuridicheskiy tsentr-Press". 2005. (In Russ.)
10. Polyakov A. V. Kommunikativnaya teoriya prava: genezis i teoretiko-pravovoe obosnovanie : avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk [Communicative theory of law: Genesis and theoretical and legal justification : Abstract of the Doctoral Dissertation. St. Petersburg, 2002. (In Russ.)
11. Sorokin V. V. Ponyatie i sushchnost prava v dukhovnoy kulture rossii : monografiya [The concept and essence of law in the spiritual culture of Russia : A monograph]. Moscow, Prospekt Publ., 2007. (In Russ.)
12. Tarasov N. N. K voprosu o predmete obshchey teorii prava i teoreticheskikh ponyatiyakh [On the subject of general theory of law and theoretical concepts]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal [Russian Juridical Journal]*. 2015. No. 6. (In Russ.)
13. Teoriya prava i gosudarstva : uchebnik [Theory of law and the State : A textbook]. Prof. V. V. Lazarev (ed.). Moscow, 1996 (In Russ.).
14. Filosofiya prava : uchebnik [Philosophy of law : A textbook]. O. G. Danilyan, L. D. Bayrachnaya, S. I. Maximov [et al.]; O. G. Danilyan (ed.). Moscow, Eksmo Publ., 2005. (In Russ.)
15. Finnis J. Estestvennoe pravo i estestvennye prava [Natural law and natural rights]. Translated from English by V.P. Gaydamak & A.V. Panikhina. Moscow, IRISEN, Mysl Publ., 2012. (In Russ)
16. Khjell I., Zigler D. Teorii lichnosti [Theories of personality]. 3rd ed. St. Petersburg. Piter Publ, 2014. (In Russ)
17. Yarkova E. N. Istoriya i metodologiya ekonomiki : uchebnoe posobie [History and methodology of Economics : A study guide]. Tyumen, Tyumen State University Publishing House, 2013. (In Russ.)

ПРАВО ОБУЧАЮЩЕГОСЯ И ПРЕПОДАВАТЕЛЯ НА ИНДИВИДУАЛЬНЫЙ ОБЛИК¹

Аннотация. Индивидуальный облик (вид) в широком смысле включает в себя внешность, фигуру, физические данные, одежду, то есть совокупность таких сведений о лице, которые можно получить, не прибегая к специальным исследованиям. Позитивное содержание субъективного права на индивидуальный облик состоит из правомочий самостоятельно определять и использовать свой индивидуальный облик, распоряжаться своим изображением. Правовые статусы обучающегося и преподавателя придают специфику правомочиям, пределам осуществления и способам защиты права на индивидуальный облик.

Оценивая законность установления требований к внешнему облику, автор обращает внимание на требования к одежде и другим компонентам внешнего облика и требования к порядку принятия решения. В Федеральном законе об образовании не оговаривается ограничение таких компонентов внешнего облика обучающихся, как прическа, макияж, татуировки, пирсинг, украшения. Поэтому такие ограничения права на индивидуальный облик, установленные образовательными организациями, допустимы только при соблюдении правил принятия локальных актов образовательных организаций.

В статье дается решение ситуации, когда проект акта образовательной организации о внешнем облике обучающегося не одинаково оценивается советом обучающихся, советом родителей, представительным органом работников этой организации и (или) обучающимися.

В Модельном кодексе профессиональной этики педагогических работников общие требования к внешнему облику преподавателя имеют рекомендательный характер. Поэтому если работником нарушаются моральные нормы, то и следует применять моральные, а не правовые санкции. Возникает вопрос, можно ли некий внешний вид преподавателя оценить как аморальный проступок, в том числе когда преподаватель не находится на работе. В статье обосновывается, что требуется установить неодинаковые правовые последствия аморальных проступков, совершенных преподавателем вне места работы, с учетом формы вины. Если преподаватель совершает аморальный проступок вне места работы и информирует о нем неопределенный круг лиц, то налицо сознательная пропаганда своего повеления, собственная оценка поступка как дозволенного, в то время как обществом (частью общества) такое поведение оценивается как безнравственное. В приведенных выше случаях применение установленных мер трудового законодательства оправданно. Если преподаватель совершает аморальный поступок вне места работы и об этом становится известно случайно, без ведома самого преподавателя, а ино-

¹ Статья подготовлена при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс».

© Малеина М. Н., 2019

* Малеина Марина Николаевна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист Российской Федерации
aspirantstudent@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

гда — против его воли, то применение мер трудового законодательства об увольнении вызывает сомнение. В связи с этим предлагается изменить положения Трудового кодекса о последствиях аморальных проступков преподавателя.

Ключевые слова: право на индивидуальный облик, право на изображение, право на свободу совести, личные неимущественные права, права человека, нематериальное благо, внешний вид, студент, обучающийся, преподаватель, образовательная организация, хиджаб, правила внутреннего распорядка, моральный кодекс, образовательное право, Закон «Об образовании в Российской Федерации».

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.024-033

ИНДИВИДУАЛЬНЫЙ ОБЛИК КАК НЕМАТЕРИАЛЬНОЕ БЛАГО И СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО НА ИНДИВИДУАЛЬНЫЙ ОБЛИК

Среди разных видов нематериальных благ, принадлежащих гражданину от рождения или в силу закона, в ст. 150 ГК РФ не предусмотрено такое благо, как индивидуальный облик. Между тем перечень нематериальных благ не является исчерпывающим. Граждане осознают ценность индивидуального облика и обращаются в суд за защитой, если считают, что это благо или субъективное право на него нарушено. Например, приказом работодателя на сотрудника Х. было наложено дисциплинарное взыскание в виде выговора, поскольку Х. во время проведения строевого смотра был недостаточно выбрит, что, по мнению руководства, является нарушением профессионально-этических норм. В дальнейшем в текст приказа было внесено изменение и вместо наложенного взыскания было строго указано Х. на нарушение профессионально-этических норм, предъявляемых к сотруднику ФПС Кодексом чести сотрудника МЧС России. Сотрудник Х. требовал признать измененный приказ незаконным и взыскать компенсацию морального вреда, так как «нормативных правовых актов, регламентирующих степень выбритости, не существует». Суд исковое требование удовлетворил².

Если не детализировать все компоненты индивидуального облика как нематериально-

го блага (степень выбритости, яркость макияжа, фасон одежды, место расположения татуировки и пр.), то можно предложить следующее его определение. Индивидуальный облик (вид) в широком смысле включает в себя внешность, фигуру, физические данные, одежду, то есть совокупность таких сведений о лице, которые можно получить, не прибегая к специальным исследованиям³.

Существуют разные классификации прав человека и гражданина. Среди них можно выделить такое субъективное право, индивидуализирующее личность, как право на индивидуальный облик (вид). Позитивное содержание права на индивидуальный облик состоит из правомочий самостоятельно определять и использовать свой индивидуальный облик, распоряжаться своим изображением⁴.

Непосредственно в российском законе это право не сформулировано. При рассмотрении споров Европейским Судом по правам человека это право подводится под действие ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (ETS № 5) от 4 ноября 1950 г.⁵ как право на уважение частной жизни, включающее возможность формировать свое поведение по поводу внешнего облика и его изображения⁶.

Согласно п. 1 ст. 55 Конституции РФ «перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других обще-

² Апелляционное определение Верховного суда Республики Саха (Якутия) от 11 ноября 2013 г. по делу № 33-4372-13 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Малеина М. Н. Право гражданина на индивидуальный облик (вид) // Советское государство и право. 1990. № 11. С. 134.

⁴ Малеина М. Н. Указ. соч. С. 136—137.

⁵ Бюллетень международных договоров. 2001. № 3.

⁶ См., например: Информация о постановлении ЕСПЧ от 15 января 2009 г. по делу «Реклос и Давурлис (Reklos and Davourlis) против Греции» (жалоба № 1234/05) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2009. № 5.

признанных прав и свобод человека и гражданина», но все-таки необходимо закрепить, например в Гражданском кодексе РФ, право на индивидуальный облик, поскольку это право принадлежит любым гражданам.

Субъективное право, которое входит в правовой статус определенной категории (группы) лиц, получает дополнительную окраску (закрепляются отдельные новые правомочия или изменяется их формулировка, вводятся пределы осуществления права и специфические меры ответственности за нарушение).

Особый правовой статус имеют такие участники образовательных отношений, как обучающийся и преподаватель. В Федеральном законе от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»⁷ (далее — Закон об образовании) основные права, обязанности, меры социальной поддержки и стимулирования, ответственность обучающихся закреплены в гл. 4. Иные, не предусмотренные Законом об образовании права и обязанности обучающихся устанавливаются в других федеральных законах и иных нормативных правовых актах Российской Федерации, локальных нормативных актах образовательной организации, в договоре об образовании (при его наличии). Меры социальной поддержки и стимулирования дополнительно вводятся законами субъектов Российской Федерации.

Согласно п. 2 ст. 47 Закона об образовании «в Российской Федерации признается особый статус педагогических работников в обществе и создаются условия для осуществления ими профессиональной деятельности. Педагогическим работникам в Российской Федерации предоставляются права и свободы, меры социальной поддержки, направленные на обеспечение их высокого профессионального уровня, условий для эффективного выполнения профессиональных задач, повышение социальной значимости, престижа педагогического труда». Права, свободы, обязанности преподавателей закреплены в Законе об образовании (прежде всего в гл. 5), Трудовом кодексе РФ, локальных нормативных актах образовательной организации.

ПРАВО ОБУЧАЮЩЕГОСЯ НА ИНДИВИДУАЛЬНЫЙ ОБЛИК

Оценивая законность установления требований к внешнему облику, обратим внимание на требования к одежде и другим компонентам внешнего облика и требования к порядку принятия решения.

Применительно к одному из компонентов индивидуального облика — одежде обучающихся — в Законе об образовании сформулированы требования, которые представляют собой ограничения права на индивидуальный облик.

Государственные и муниципальные организации, осуществляющие образовательную деятельность⁸ по образовательным программам начального общего, основного общего и среднего общего образования, устанавливают требования к одежде обучающихся в соответствии с типовыми требованиями, утвержденными уполномоченными органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Следовательно, каких-либо типовых требований к одежде обучающихся образовательных организаций другой организационно-правовой формы или государственных и муниципальных образований, осуществляющих образовательную деятельность по образовательным программам профессионального образования, на уровне актов субъектов Российской Федерации быть не может.

В субъектах Российской Федерации приняты соответствующие нормативные правовые акты. Однако по содержанию они однотипны и, как правило, повторяют положения письма Минобрнауки России от 28 марта 2013 г. № ДЛ-65/08 «Об установлении требований к одежде обучающихся»⁹ о соответствии одежды погоде и месту проведения учебных занятий, температурному режиму в помещении, санитарно-эпидемиологическим правилам и нормативам, о возможности устанавливать разные виды одежды (повседневная, парадная, спортивная), о соответствии одежды обучающихся светскому характеру обучения в государственных и муниципальных образовательных организациях и общепринятым в обществе нормам делового стиля¹⁰.

⁷ СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

⁸ Проводя границу между образовательной организацией, организацией, осуществляющей обучение, и организацией, осуществляющей образовательную деятельность, в дальнейшем будем использовать термин «образовательная организация».

⁹ Вестник образования России. 2013. № 8.

¹⁰ См., например: постановление Департамента образования администрации Владимирской области от 26 января 2017 г. № 2 «Об утверждении типовых требований к одежде обучающихся по образователь-

Вместе с тем любые организации, осуществляющие образовательную деятельность, вправе устанавливать требования к одежде обучающихся, в том числе требования к ее общему виду, цвету, фасону, видам одежды обучающихся, знакам отличия, и правила ее ношения (п. 1 ст. 38 Закона об образовании). Такие требования предусматриваются в уставе, правилах внутреннего распорядка или специальных актах о внешнем виде обучающихся.

Большинство образовательных организаций, реализующих программы профессионального образования, воспользовались такой возможностью и достаточно подробно прописывают требования к одежде обучающихся. Например, согласно правилам внутреннего распорядка Орловского государственного университета (утверждены 25 июля 2016 г.) обучающиеся «обязаны приходить в университет аккуратно одетыми. Внешний вид и одежда должны соответствовать общепринятым нормам делового стиля и носить светский характер. Не допускается пребывание в зданиях и на территории университета в шортах и другой пляжной одежде и обуви, рваных джинсах, брюках с чрезмерно низкой посадкой, прозрачных блузках и майках, вызывающе коротких мини-юбках, декольтированной одежде, а также в спортивной одежде (за исключением занятий по физическому воспитанию). Запрещено носить одежду, обувь и аксессуары с травмирующей фурнитурой, символикой асоциальных неформальных молодежных объединений, пропагандирующих психоактивные вещества и противоправное поведение, а также одежду, нарушающую светский характер образования, которая является обязательным атрибутом религиозных обрядов, демонстрирующих религиозную принадлежность» (п. 4.9)¹¹.

В Законе об образовании не оговаривается возможность ограничения других компонентов внешнего облика обучающихся — прически,

макияжа, татуировки, пирсинга, украшений. Однако в локальных актах образовательных организаций иногда такие правила содержатся. Например, в постановлении администрации Михайловского муниципального района обучающимся общеобразовательных учреждений Михайловского муниципального района запрещается появляться в общеобразовательных учреждениях с экстравагантными стрижками и прическами, с волосами, окрашенными в яркие неестественные оттенки, с ярким маникюром и макияжем, с пирсингом (п. 2.8)¹². Такое ограничение права на индивидуальный облик на местном уровне допустимо только при соблюдении правил принятия локальных актов образовательных организаций.

Отдельно рассмотрим вопрос о демонстрации обучающимися в учебных учреждениях конфессиональной принадлежности.

Приведем одно из последних решений на высшем судебном уровне. Так, 7 заявителей (все представители своих несовершеннолетних детей) обратились в суд с требованием о признании незаконным пп. 3 п. 9 Типовых требований к школьной одежде и внешнему виду обучающихся в государственных общеобразовательных организациях Республики Мордовия и муниципальных общеобразовательных организациях Республики Мордовия, утвержденных постановлением Правительства Республики Мордовия от 12 мая 2014 г. № 208, в котором обучающимся запрещалось ношение головных уборов в помещениях образовательных организаций (за исключением случаев, связанных с состоянием здоровья обучающихся). В обоснование заявления было указано, что дочери заявителей не имели возможности в полной мере исповедовать свою религию — ислам и запрет нарушает права на свободу вероисповедания и право на образование.

По мнению суда, оспариваемая норма полностью соответствует принципу равенства прав

ным программам начального общего, основного общего и среднего общего образования» // Сетевое электронное издание Vedom.ru. URL: <http://www.vedom.ru>, 27.01.2017 ; приказ Департамента образования, культуры и спорта Ненецкого автономного округа от 5 февраля 2015 г. № 19 «Об утверждении типовых требований к одежде обучающихся по образовательным программам начального общего, основного общего и среднего общего образования» // Сборник нормативных правовых актов Ненецкого автономного округа. 2015. № 4.

¹¹ URL: <http://www.osu.ru/doc/2295#4>.

¹² Постановление администрации Михайловского муниципального района от 2 августа 2013 г. № 1117-па «Об установлении единых требований к школьной одежде и внешнему виду обучающихся государственных (краевых) и муниципальных общеобразовательных учреждений Приморского края» // Вперед. № 95 (11022). 2013. 8 августа.

обучающихся в государственных и муниципальных образовательных организациях независимо от их отношения к религии и религиозной принадлежности, и в соответствии с конституционным принципом отделения религиозных объединений от государства государство обеспечивает светский характер образования в государственных и муниципальных образовательных учреждениях. Образование может быть получено как в государственных и муниципальных образовательных организациях, так и в частных образовательных организациях, в том числе в религиозных образовательных организациях, процесс обучения в которых организуется в соответствии с канонами того или иного вероисповедания. Суд пришел к выводу, что установление типовых требований к одежде обучающихся в государственных и муниципальных образовательных организациях не должно рассматриваться как ограничение прав обучающихся на свободу совести и вероисповедания и отказал в удовлетворении заявления¹³.

Определением Верховного Суда РФ решение Верховного Суда Республики Мордовия оставлено без изменения. В качестве дополнительного аргумента Верховным Судом РФ было указано, что ношение детьми и подростками головного убора в помещении во время учебных занятий и занятий физической культурой является причиной различных заболеваний, может снижать зрительную способность ребенка, поэтому введение запрета на ношение головных уборов в помещениях образовательных учреждений согласуется с одним из основополагающих принципов государственной политики и правового регулирования отношений в сфере образования — приоритета жизни и здоровья человека¹⁴.

В январе 2017 г. был проведен всероссийский опрос ВЦИОМ 1 200 респондентов-россиян об отношении к внешним проявлениям религиозной принадлежности в учебных учреждениях. 47 % опрошенных считают, что в этом нет ничего предосудительного, а 47 %, напротив, считают подобное поведение недопустимым, 6 % затруднились ответить¹⁵. Следует, конечно, понимать, что принятие решения о ношении хиджаба или о запрете ношения нельзя оторвать от других элементов внешне-

го облика (например, наличие бороды и пр.) и правил поведения верующих в образовательной организации (требование выделения места для молитвы, пропуск занятий в праздничные дни и пр.). Вряд ли продвижение религиозной символики ограничится только хиджабом.

Следует внимательно анализировать редакцию требований в актах субъектов Российской Федерации и локальных актах образовательных организаций к одежде обучающихся, поскольку в них используются предписания для обязательного исполнения (обороты «не допускается», «запрещено носить», «обучающийся должен») или нормы-пожелания (обороты — «не рекомендуется», «нежелательно»), исполнение последних не должно повлечь наложение взысканий на обучающегося.

Что касается оценки законности порядка принятия решения о внешнем облике обучающихся в образовательных организациях, то этот порядок выглядит следующим образом. Локальный акт государственной или муниципальной организации, осуществляющей образовательную деятельность по образовательным программам начального общего, основного общего и среднего общего образования, не должен противоречить требованиям к одежде обучающихся в типовых требованиях, утвержденных уполномоченными органами государственной власти субъектов Российской Федерации, а также требованиям Закона об образовании. Локальные акты образовательных организаций другой организационно-правовой формы или государственных и муниципальных образований, осуществляющих образовательную деятельность по образовательным программам профессионального образования, по вопросам об одежде обучающихся должны соответствовать Закону об образовании (то есть у образовательной организации есть право устанавливать требования к одежде обучающихся и правила ее ношения при соблюдении установленного законом порядка принятия решения). Локальные акты любой образовательной организации, касающиеся внешнего облика обучающегося помимо одежды, должны не ухудшать положение обучающихся по сравнению с установленным законодательством об образовании, трудовым законодательством положением и должны

¹³ Решение Верховного суда Республики Мордовия от 24 октября 2014 г. № 3-9/2014 // СПС «Консультант-Плюс».

¹⁴ Определение Верховного Суда РФ от 11 февраля 2015 г. № 15-АПГ14-11 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ URL: <http://www.wciom.ru>.

приниматься в установленном порядке (п. 3, 4 ст. 30 Закона об образовании).

Иногда образовательные организации достаточно формально относятся к порядку принятия решений. В одном споре, рассматривая исковое заявление Ш. О. в интересах ее малолетней дочери Ш. о признании незаконными действий руководства школы о понуждении к приобретению и ношению школьной формы и компенсации морального вреда, суд выявил ряд нарушений: администрация школы не знакомила каждого родителя с положением о школьной форме и внешнем виде обучающегося и педагогического работника; не имеется подтверждения согласования локального акта с управляющим советом и советом обучающихся школы; не решен вопрос по порядку приобретения формы родителями обучающихся из многодетных, малоимущих семей и семей, находящихся в социально опасном положении, а также относительно обучающихся, родители которых не желают или не имеют возможности приобрести форму¹⁶.

Следует отметить, что согласно п. 3 ст. 30 и п. 1 ст. 38 Закона об образовании локальный нормативный акт образовательной организации с требованиями к одежде обучающихся и иными требованиями, затрагивающими права обучающихся (в том числе право на индивидуальный облик), должен приниматься с учетом мнения совета обучающихся, совета родителей, а также представительного органа работников этой организации и (или) обучающихся в ней (при его наличии). Деятельность советов обучающихся строится в соответствии с письмом Минобрнауки России от 14 февраля 2014 г. № ВК-262/09 «О методических рекомендациях о создании и деятельности советов обучающихся в образовательных организациях»¹⁷. В частности, совет обучающихся имеет право выражать обязательное к учету мнение при принятии локальных нормативных актов образовательной организации, затрагивающих права и законные интересы обучающихся (п. 5.1.3).

Полагаю, что такая формулировка нормы Закона об образовании о полномочиях совета

обучающихся требует уточнения, поскольку не прописано, как учитывается мнение названных органов в случае разногласий.

Думается, что, поскольку требования к внешнему облику затрагивают права обучающихся и касаются их родителей, оплачивающих одежду, украшения, прически, следует предусмотреть, что если совет обучающихся и совет родителей против предложений образовательной организации, осуществляющей образовательную деятельность по образовательным программам начального общего, основного общего и среднего общего образования, то проект локального акта (нормы о требованиях к одежде, украшениям, прическам) отклоняется. Соответственно, если совет обучающихся против предложений образовательной организации, осуществляющей образовательную деятельность по основным профессиональным образовательным программам, то проект локального акта должен отклоняться.

Полагаю, что правило о порядке принятия локальных актов (включая ситуации разногласия указанных органов), по которым требуется учет мнения совета обучающихся, совета родителей и представительного органа, должен быть прописан в Законе об образовании, а не решаться в уставе или правилах внутреннего распорядка каждой организации. Мнение представительного органа работников образовательной организации по вопросам, затрагивающим права обучающихся¹⁸, должно иметь только рекомендательный характер.

ПРАВО ПРЕПОДАВАТЕЛЯ НА ИНДИВИДУАЛЬНЫЙ ОБЛИК

В Модельном кодексе профессиональной этики педагогических работников организаций, осуществляющих образовательную деятельность (разработанном Департаментом государственной политики в сфере воспитания детей и молодежи Минобрнауки России в 2014 г.¹⁹), предусмотрено, что «внешний вид педагогического работника при выполнении им трудовых обя-

¹⁶ Апелляционное определение Пермского краевого суда от 8 сентября 2014 г. по делу № 33-8011 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ Официальные документы в образовании. 2014. № 11.

¹⁸ Закон об образовании различает права обучающихся и меры социальной поддержки обучающихся (обеспечением стипендий, питанием, транспортом, местами в общежитии и пр.).

¹⁹ Письмо Минобрнауки России от 6 февраля 2014 г. № 09-148 «О направлении материалов» // Вестник образования России. 2014. № 21.

занностей должен способствовать уважительному отношению к педагогическим работникам и организациям, осуществляющим образовательную деятельность, соответствовать общепринятому деловому стилю, который отличают официальность, сдержанность, аккуратность» (п. 14).

В тексте Модельного кодекса подчеркивается его рекомендательный характер («Кодекс представляет собой свод общих принципов профессиональной этики и основных правил поведения, которым рекомендуется руководствоваться педагогическим работникам организаций, осуществляющих образовательную деятельность, независимо от занимаемой ими должности» — п. 2; «педагогическому работнику рекомендуется соблюдать положения Кодекса в своей деятельности» — п. 3), следовательно, исполнение предусмотренных там правил не приравнивается к юридическим обязанностям.

В локальных актах образовательных организаций более подробно описывается желаемый внешний вид преподавателя. Например, в Положении о требованиях к внешнему виду (дресс-код) преподавателей и сотрудников государственного бюджетного образовательного учреждения города Севастополя «средняя общеобразовательная школа № 29 имени М. Т. Калашникова» (утв. приказом директора 1 сент. 2016 г.)²⁰ преподавателям «запрещается находиться в школе в блузах, оголяющих живот; в открытых летних сарафанах; в слишком короткой юбке (не выше 10 сантиметров от середины колена); в одежде с глубоким декольте, оголенной спиной или плечами; в шортах, укороченных либо зауженных брюках спортивного либо неделового стиля; в пирсингах и татуировках на открытых частях тела, не соответствующих нормам делового стиля; с ярким макияжем, с длинными ярко накрашенными ногтями; в слишком яркой и броской бижутерии»²¹ и пр.

Все это локальное нормотворчество можно было бы с успехом оспорить, если бы не положения Закона об образовании о том, что педагогические работники обязаны соблюдать правовые, нравственные и этические нормы, следовать требованиям профессиональной этики (п. 1 ст. 48). Эта норма не уточняет группу нравственных норм, то есть имеет общий

характер, значит, относится и к поведению по формированию своего внешнего облика. Такое смешение правовых и моральных норм и, соответственно, последствий их несоблюдения вызывает недоумение. Если работником нарушаются моральные нормы, то и следует применять моральные, а не правовые санкции в виде увольнения. Так, анализируя природу корпоративных норм, которые регулируют отношения в сфере образования и устанавливаются различного рода общественными объединениями (профсоюзами педагогических работников, студенческими советами, родительскими комитетами), юристы отмечают, что такие «корпоративные нормы при их применении не могут опереться на силу государственного принуждения, они обеспечиваются исключительно общественным авторитетом издающей их общественной организации»²². Поэтому, полагаю, требуется внести изменения в пп. 2 п. 1 ст. 48 Закона об образовании, указав, что педагогические работники обязаны соблюдать правовые нормы законодательства об образовании (исключив обязанность соблюдать нравственные и этические нормы).

Необходимо задуматься и над приоритетами, заложенными в п. 4 ст. 47 Закона об образовании. В этой норме закреплено, что академические права и свободы, указанные в п. 3 данной статьи, «должны осуществляться с соблюдением прав и свобод других участников образовательных отношений, требований законодательства Российской Федерации, норм профессиональной этики педагогических работников, закрепленных в локальных нормативных актах организации, осуществляющей образовательную деятельность». Думается, что нормы права остаются приоритетными перед нормами морали, поэтому следовало бы оставить в законе положения об осуществлении прав и свобод педагогического работника с соблюдением требований законодательства. Что же касается применения норм профессиональной этики в образовательных отношениях, то было бы справедливо указать, что они применяются, если не ограничивают трудовые и иные юридические права педагогических работников.

В соответствии с п. 3 ст. 30 Закона об образовании при принятии локальных норматив-

²⁰ URL: school29edusev.ru/uploads/5000/20428/section/328030/polozheniya/.

²¹ В связи с очень большим объемом перечень ограничений приведен только в части.

²² Козырин А. Н., Трошкина Т. Н. Нормы образовательного права // Публично-правовые исследования. 2016. № 4. С. 19—57.

ных актов, затрагивающих права работников образовательной организации, должно учитываться мнение советов обучающихся, советов родителей, представительных органов обучающихся, а также в порядке и в случаях, которые предусмотрены трудовым законодательством, — представительных органов работников (при наличии таких представительных органов). Соответственно мнение выборного органа первичной профсоюзной организации работников образовательной организации при принятии локальных нормативных актов выражается по правилам ст. 372 ТК РФ. Вместе с тем, полагаем, следует указать в ст. 30 Закона об образовании, что мнение советов обучающихся, советов родителей, представительных органов обучающихся по вопросам принятия локальных нормативных актов, затрагивающих права работников образовательной организации, имеет только рекомендательный характер.

Согласно ч. 1 п. 6 и ч. 5 ст. 81 ТК РФ совершенные работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы, влечет расторжение трудового договора по инициативе работодателя; при этом увольнение работника в случаях, когда аморальный проступок совершен работником вне места работы или по месту работы, но не в связи с исполнением им трудовых обязанностей, не допускается позднее одного года со дня обнаружения проступка работодателем.

Возникает вопрос: можно ли некий внешний вид преподавателя оценить как аморальный проступок, в том числе когда преподаватель не находится на работе? Так, преподаватель средней общеобразовательной школы одновременно обучалась на курсах в модельном агентстве и прошла учебную фотосессию для рекламы магазина одежды, где была запечатлена в закрытом купальнике. Агентство опубликовало фотографии на интернет-сайте, поскольку в договоре преподаватель-модель давала согласие на такое использование. Руководство школы уволило преподавателя, так как «распространением в Интернете фотографий фривольного содержания в целях продвижения некоего коммерческого проекта» преподаватель нарушила Кодекс профессиональной этики преподавателей и «нанесла урон имиджу школы

и высокому званию педагогического работника». Благодаря широкой поддержке в сети Интернет учительницу посетил министр образования области и ее вновь пригласили на работу в школу²³. Как видно из примера, есть сторонники того и другого подхода к внешнему облику преподавателя вне места его работы.

Полагаю, что требуется установить неодинаковые правовые последствия аморальных проступков, совершенных преподавателем вне места работы с учетом формы вины. Если преподаватель совершает аморальный проступок вне места работы и информирует о нем неопределенный круг лиц, сообщая об этом в Instagram, размещая видеоролик на YouTube, рассказывая об этом обучающимся на лекции или зрителям в телешоу, то налицо сознательная пропаганда своего повеления, собственная оценка поступка как дозволенного, в то время как обществом (частью общества) такое поведение оценивается как безнравственное. В приведенных выше случаях применение установленных мер трудового законодательства оправданно.

Если же преподаватель совершает аморальный проступок вне места работы и об этом становится известно случайно, без ведома самого преподавателя, а иногда — против его воли, то применение мер трудового законодательства об увольнении вызывает сомнение.

ВЫВОДЫ

Обеспечить защиту права на индивидуальный облик обучающегося и преподавателя возможно только при комплексном изменении образовательного законодательства, гражданского и трудового законодательства.

Предлагаю внести следующие изменения и дополнения в российское законодательство:

- 1) в п. 1 ст. 150 *Гражданского кодекса РФ* ввести такое охраняемое нематериальное благо гражданина, как индивидуальный облик;
- 2) *Закон об образовании*:
 - дополнить п. 4 ст. 30 указанием на то, что не подлежат применению нормы локальных нормативных актов, ухудшающие положение обучающихся или работников образовательной организации по сравнению с положением, установленным гражданским

²³ Углонова К. Уволенная после съемки в купальнике учительница из Омска вернется в школу // Комс. правда. 2015. 13 июня.

²⁴ The article was prepared with the information support of LRS "ConsultantPlus".

- законодательством (а не только по сравнению с трудовым законодательством, законодательством об образовании);
- изложить в другой редакции пп. 2 п. 1 ст. 48, указав, что педагогические работники обязаны соблюдать правовые нормы законодательства об образовании (исключив обязанность соблюдать нравственные и этические нормы);
 - изменить содержание п. 4 ст. 47, указав, что права и свободы педагогических работников осуществляются с соблюдением требований законодательства, а нормы профессиональной этики в образовательных отношениях

применяются, если не ограничивают трудовые и иные права педагогических работников;

3) уточнить норму п. 8 ч. 1 ст. 81 *Трудового кодекса РФ*, указав в качестве основания расторжения трудового договора по инициативе работодателя совершение работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка по месту работы в процессе исполнения трудовой деятельности или не в связи с исполнением им трудовых обязанностей либо вне места работы, если работником приняты меры по доведению сведений об этом до определенного круга лиц.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Козырин А. Н., Трошкина Т. Н. Нормы образовательного права // Публично-правовые исследования. — 2016. — № 4.
2. Малеева М. Н. Право гражданина на индивидуальный облик (вид) // Советское государство и право. — 1990. — № 11.
3. Уланова К. Уволенная после съемки в купальнике учительница из Омска вернется в школу // Комсомольская правда. — 2015. — 13 июня.

Материал поступил в редакцию 6 сентября 2018 г.

THE RIGHT OF A STUDENT AND A TEACHER TO AN INDIVIDUAL APPEARANCE²⁴

MALEINA Marina Nikolaevna, Doctor of Law, Professor of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Lawyer of the Russian Federation
 aspirantstudent@yandex.ru
 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *An individual appearance (image) in a broad sense includes appearance, figure, physical abilities, clothing, that is, the totality of such information about a person that can be obtained without resorting to specific examinations. The positive content of the subjective right to individual appearance consists of the authority to independently determine and use an individual appearance, to dispose an image. Legal statuses of the student and the teacher make authority and limits of implementation and ways to protect the right to an individual appearance more specific.*

Assessing the legitimacy of setting appearance requirements, the author draws attention to the requirements for clothing and other elements of appearance and the requirements applied to the procedure of decision-making. The Federal Law on Education does not provide for restricting such elements of students' appearance as hair, makeup, tattoos, piercing, jewelry. Therefore, such restrictions concerning the right to individual appearance established by educational organizations are allowed only if they have been passed in compliance with the rules of adoption of local acts of educational organizations.

The article provides a solution to the situation when the draft act of the educational organization concerning students' appearance is not equally evaluated by the council of students, council of parents, a representative body of employees of this organization and (or) students.

Under the Model Code of Professional Ethics of Teachers, general requirements for the appearance of the teacher are advisory in nature. Therefore, if the employee violates moral norms, then moral rather than legal sanctions should be applied. The question arises whether it is possible to evaluate certain appearance of the teacher as an immoral offense also when the teacher is out of work. The article substantiates that it is necessary to establish

different legal consequences of immoral offenses committed by the teacher out of work taking into account the form of fault. If the teacher commits an immoral offense out of work and informs an indefinite number of people about it, then we deal with a conscious promotion of his or her conduct, his own assessment of his or her conduct as permissible, while the society (a part of the society) evaluates such behavior as immoral. In the above cases, it is justified to apply measures provided for under labor legislation. If the teacher commits an immoral act out of work and this becomes known accidentally while the teacher is unaware of the fact of disclosure and sometimes when the disclosure takes place against his will, the application of measures of labor legislation regulating dismissal is questionable. In this regard, it is proposed to amend the provisions of the Labor Code concerning consequences of immoral misconduct of the teacher.

Keywords: *right to individual appearance, right to an image, the right to freedom of conscience, personal intangible rights, human rights, intangible benefit, appearance, student, teacher, educational organization, hijab, internal regulations, moral code, educational law, Law "On education in the Russian Federation".*

REFERENCES

1. Kozyrin A. N., Troshkina T. N. Normy obrazovatel'nogo prava [Norms of educational law]. *Publichno-pravovye issledovaniya [Public Law Studies]*. 2016. No. 4. (In Russ.)
2. Maleina M. N. Pravo grazhdanina na individualnyi oblik (vid) [The right of a citizen to individual appearance (image)]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo [The Soviet State and Law]*. 1990. No. 11. (In Russ.)
3. Uglanova K. Uvolennaya posle sjemki v kupalnike uchitel'nitsa iz Omska vernetsya v shkolu [An Omsk teacher dismissed after photos in a swimsuit will come back to school]. *Komsomolskaya Pravda*. 2015. June 13. (In Russ.)

ВОПРОСЫ СУЩНОСТИ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОГО ЗНАЧЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ПРАКТИКИ

Аннотация. В настоящем исследовании рассматриваются сложившиеся в юридической науке подходы к определению юридической практики как социально значимой юридической деятельности субъектов. Предлагается авторское социально-философское и юридическое обоснование юридической (административной) практики как средства преобразования действительности, выступая тем самым необходимым социальным, организационным и юридическим средством совершенствования человеческой деятельности по осуществлению государственного и муниципального управления. Предлагается социально-философское осмысление административной (государственно-управленческой) практики как сформированного результата государственно-управленческой деятельности, возникающего в процессе развития управленческих отношений и влекущего достижение социально полезных целей государственного (муниципального) управления, облеченного в форму административного правового акта или повторяющегося организационного действия органа и (или) должностного лица публичного управления (обыкновения управленческой практики). В ходе исследования предлагается авторское видение форм объективизации административной практики деятельности по осуществлению государственного и муниципального управления, которыми выступают эмпирический ненормативный правовой акт и обыкновение управленческой практики. Итогом исследования сущности и форм объективизации административной практики стало определение ее значения для правоприменительной практики, которая заключается в обязанности практики для субъектов государственного и муниципального управления, которым они адресованы, при осуществлении внутреннего государственного и муниципального управления. Обязательность эмпирических правовых актов управления для управляемых субъектов в рамках внешнего государственного и муниципального управления является опосредованной постольку, поскольку они становятся участниками управленческих правоотношений, в рамках которых реализуются положения этих актов. В иных случаях данные акты для управляемых субъектов обязательными не являются. Кроме этого, управляемый субъект не лишается права действовать в соответствии с положениями закона или подзаконного нормативного

© Жеребцов А. Н., Павлов Н. В., 2019

* Жеребцов Алексей Николаевич, доктор юридических наук, профессор кафедры административной деятельности ОВД Краснодарского университета МВД России (КрУ МВД России)
admgan2066@yandex.ru

350005, Россия, г. Краснодар, ул. Ярославская, д. 128

** Павлов Николай Владимирович, кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и финансового права Кубанского государственного аграрного университета имени академика И.Т. Трубилина

Nik281@mail.ru

350044, Россия, г. Краснодар, ул. Калинина, д. 13

правового акта, а не в соответствии с положениями ненормативного правового акта управления, который формально не является нормативным правовым актом, но фактически обладает нормативными свойствами. В представленной работе определяется значение обыкновений управленческой деятельности как одной из форм объективизации административной практики.

Ключевые слова: юридическая практика, административная практика, эмпирический правовой акт, обыкновения управленческой практики, нормативный правовой акт, ненормативный правовой акт, организационные управленческие операции, обязательность практики, административное правоприменение.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.034-044

СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ПРОБЛЕМЫ ПОНЯТИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ

В современной теоретико-правовой науке весьма активно исследуются проблемы юридической практики как составной части юридической деятельности субъектов права. Вместе с тем до настоящего времени не сформировалось ни доктринального, ни легального подхода к определению указанного явления. Особенно малоизученным представляется вопрос о философской и социально-юридической сущности административной практики. В настоящее время в теоретико-правовой науке сформировалось как минимум три основных подхода к определению сущности юридической практики. Одни ученые считают, что практика есть результат созидательной деятельности субъекта¹, другие — что это сама созидательная деятельность субъекта², третьи — что это как деятельность субъекта, так и ее объективированный результат³. При всем многообразии имеющихся научных подходов к определению сущности юридической (административной) практики следует согласиться с мнением тех ученых, которые административную практику рассматривают как действительность, которая в своей объективной основе оказыва-

ется необходимостью, продуктом повседневной деятельности субъектов государственного управления. Эту деятельность можно определить как профессиональную юридическую деятельность, под которой в науке понимается нормативно одобренная, социально преобразующая деятельность субъектов, порождающая определенные юридические последствия⁴.

СОЦИАЛЬНО-ФИЛОСОФСКОЕ СУЩНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКОЙ (АДМИНИСТРАТИВНОЙ) ПРАКТИКИ

Решение поставленных приведенной научной триадой проблем понимания сущности юридической (в том числе административной) практики видится нам в диалектике развития действительности и действительного. Административная практика есть объективная действительность, которая «создает реальные условия для появления новых явлений, процессов, состояний, пока что существующих только как возможность. При этом переход возможного в действительное становится реальным благодаря субъективной деятельности индивида, общества и государства, а возможное, ставшее действительным, в свою очередь, служит объек-

¹ См., например: *Алексеев С. С.* Общая теория права : в 2 т. М. : Юрид. лит., 1981. Т. 1. С. 340—341 ; *Рожнов А. Н.* Правоприменительная практика как нетрадиционный источник российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 11.

² См., например: *Гревцов Ю. И.* Правовые отношения и осуществление права. Л. : ЛГУ, 1987. С. 49 ; *Салун В. А.* Теория правовых средств и механизм реализации права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Новгород, 2003. С. 12.

³ См., например: *Леушин В. И.* Юридическая практика в системе социальных общественных отношений. Красноярск, 1987. С. 4—22 ; *Мещеряков Д. Д.* Правоприменительная тактика (проблемы теории и практики) : дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2005. С. 32 ; *Вопленко Н. Н., Рожнов А. П.* Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. Волгоград : ВолГУ, 2004. С. 69—71.

⁴ См.: *Карташов В. Н.* Профессиональная юридическая деятельность (вопросы теории и практики) : учеб. пособие. Ярославль, 1992. С. 7.

тивной основой для появления новых возможностей и их актуализации в наличное бытие»⁵. Приведенные положения позволяют признать, что административная практика формируется в процессе диалектического движения от необходимой действительности к возможному и последующему преобразованию в измененное действительное. Следовательно, административная практика выступает определенным средством преобразования действительности и тем самым — необходимым социальным, организационным и юридическим средством совершенствования человеческой деятельности по осуществлению государственного и муниципального управления.

ОСОБЕННОСТИ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ПРАКТИКИ

В приведенной связи дальнейшую характеристику сущности административной практики нам представляется уместным осуществить через ее признаки и свойства, раскрывающие содержание данного явления:

- 1) административная практика формируется в процессе повседневной и непрерывной деятельности уполномоченных органов (должностных лиц) государства по управлению общественными делами. При этом управление возникает как организационная потребность общества (населения муниципального образования) и государства, но эта организационная потребность не может существовать вне осознания необходимости создания единых правил осуществления данной управленческой деятельности. Это значит, что в процессе государственного (муниципального) управления необходимо достижение единообразного применения норм административного права, что невозможно без формирования единообразной практики их применения;
- 2) бытие административного права находится в постоянном развитии и изменении. Эти трансформации влекут возникновение измененного действительного, т.е. новой реальности, направленной на удовлетворение организационных потребностей субъектов, т.е. публичного управления. Измененное действительное — как позитивный результат государственно-управленческого воздействия на общественные отношения —

формируется исключительно в процессе количественных и качественных преобразований, происходящих в многообразной системе управленческих общественных отношений;

- 3) ценностная характеристика административной практики сводится к тому, что именно измененное действительное, являющееся закономерным и необходимым (по гегелевскому определению — разумным), лежит в основе ее формирования. Она подчиняется диалектическим законам развития управленческих отношений в обществе: закону отрицания отрицания; закону перехода количественных изменений в качественные; закону единства и борьбы противоположностей. Все это свидетельствует о постоянном и неизбежном движении действительности к измененному действительному и о формировании, как следствие, административно-правового результата такой повседневной управленческой юридической деятельности;
- 4) административная (государственно-управленческая) практика как измененное действительное и как продукт юридической деятельности, направленный на удовлетворение потребности общества (личности) в организационном упорядочении их отношений с государством, представляет собой не что иное, как конечный результат государственно-управленческой деятельности уполномоченных субъектов исполнительной ветви государственной власти и исполнительно-распорядительных органов местного самоуправления;
- 5) следует различать административную практику, имеющую административно-правовую форму обобщения практического результата созидательной деятельности (административную практику, облеченную в форму административного акта органа государственного управления, т.е. административно-правовую практику), а с другой стороны — данный обобщенный результат имеет форму обыкновения, т.е. организационно-управленческую практику. Между ними имеются существенные различия:
 - а) административная практика, облеченная в форму административного акта органа государственного управления, имеет выражение в административно-правовом акте, который является обязательным

⁵ Сырых В. М. Материалистическая теория права : Избранное. М. : РАП, 2011. С. 831.

для применения подчиненными объектами государственного управления. Чиновничьи обыкновения такой правовой формы не имеют: «...они ни письменным, ни устным актом власти не закреплены, являются сложившимися в конкретных организациях обычаями (“неформальными нормами”) деятельности (распределения дел между служащими, существующими процедурами визирования документов и т.д.)»⁶;

- б) административные (чиновничьи) обыкновения «существуют как правила деятельности в отдельных государственных организациях, это локальные нормы»⁷; в свою очередь, административная практика, облеченная в форму административного акта органа государственного управления, имеет всеобщий характер для всех органов государственного управления и его служащих, осуществляющих задачи и функции государственного управления в одних и тех же отраслях и сферах государственного (муниципального) управления;
- в) административные (чиновничьи) обыкновения «субъективны в том смысле, что используются, если их признает руководитель организации или пока их не закрепят в актах субъектов власти»⁸. В свою очередь, административная практика, облеченная в форму административного акта органа государственного управления, имеет объективный характер в том смысле, что является обязательной для всех подчиненных органов и служащих государственного и муниципального управления.

Приведенные положения позволяют признать две основные формы административной практики, основанной на критерии ее управленческого содержания: административно-правовой практики и организационно-управленческой практики.

Подводя промежуточный итог, следует отметить, что в *социально-философском смысле* административная (государственно-управленческая) практика понимается как сформированный результат государственно-управленческой деятельности, возникающий в процессе раз-

вития управленческих отношений и влекущий за собой достижение социально полезных целей государственного управления, облеченный в форму административного акта или повторяющегося организационного действия органа и (или) должностного лица публичного управления (обыкновения управленческой практики). Признаваемая в приведенном смысле административно-правовая практика выполняет ряд функций, которые позволяют охарактеризовать ее в социально-юридическом смысле. Такими являются функции совершенствования административной юридической деятельности, формирования определенности и единообразия реализации и применения нормы административного права и совершенствования самой административной практики.

Реализация приведенных функций позволяет говорить об административной практике в *социально-юридическом смысле* как об обобщенном и о вещественном результате практической созидательной деятельности по государственному (муниципальному) управлению общественными делами, облеченном в форму ненормативного правового акта (административно-правовая практика) или обыкновения управленческой практики (организационно-управленческая практика) и направленном на позитивное изменение деятельности по осуществлению задач и функций для достижения целей государственного и муниципального управления. Из приведенного определения видно, что административная практика имеет две формы своей объективизации: *административно-правовая практика в форме ненормативного правового акта и организационно-управленческая практика в форме обыкновения управленческой практики*.

ФОРМЫ ОБЪЕКТИВИЗАЦИИ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ПРАКТИКИ

В настоящее время ненормативные правовые акты как форма объективизации административной практики характеризуются обширным видовым многообразием: распоряжения, письма, телеграммы, указания, рекомендации, методики, правила, информационные сообщения, методические пособия, обзоры, наставления,

⁶ Бахрах Д. Н. Административное право России : учебник. М. : Норма, Инфра-М, 2000. С. 38.

⁷ Бахрах Д. Н. Указ. соч. С. 38.

⁸ Бахрах Д. Н. Указ. соч. С. 38.

предложения, предписания, руководства, требования и т.п. В соответствии с ч. 2 ст. 23 Федерального конституционного закона от 17.12.1997 № 2-ФКЗ (с изм. и доп.) «О Правительстве Российской Федерации»⁹ они выступают актами по оперативным и другим текущим вопросам, не имеющим нормативного характера. Принимаемые органами исполнительной власти и иными лицами, наделенными функциями исполнительной власти, ненормативные правовые акты могут быть следующих видов: а) правовые акты, имеющие правоприменительный характер, которые являются самыми распространенными видами правовых актов управления; б) правовые акты, имеющие интерпретационный характер, т.е. акты официального и даже неофициального толкования норм административного права; в) правовые акты, содержащие положения административной практики. Последние из приведенных, по нашему мнению, целесообразно определить как *эмпирические правовые акты* (слово «эмпирика» является синонимом слова «практика»), под которым следует понимать правовой акт государственного и муниципального управления, представляющий собой вид неправового акта управления, не порождающий новых прав и обязанностей субъектов публично-управленческих отношений, содержащий правовые предписания, направленные на единообразную, целесообразную и необходимую реализацию (и прежде всего применение) норм административного и муниципального права при осуществлении государственного и муниципального управления.

Второй формой овеществления (объективизации) административной практики является облечение ее в юридически значимую систему организационных действий должностных лиц органа исполнительной власти, местного самоуправления или служащих иных коллективных субъектов, наделенных государственно-властными и исполнительно-распорядительными полномочиями. Данная форма объективизации административной практики является наиболее сложной, а признание ее в качестве таковой в настоящее время является дискуссионным. В дальнейшем мы считаем возможным рассматриваемую форму объективизации административной практики называть *«организационные управленческие операции (обыкновения управленческой практики)»*.

Сущность юридически значимых организационных действий субъектов управления как объективированного выражения административной практики, по нашему мнению, заключается в возникновении — в соответствии с этапами формирования административной практики — согласованной системы организационных действий должностных лиц государственного и муниципального управления, признаваемых в качестве необходимых и целесообразных вариантов их поведения в определенной позитивно-управленческой или административно-юрисдикционной ситуации. Эта предметная деятельность имеет два порядка. «Предмет первого порядка — это результаты практической деятельности по реальному преобразованию природного и социального мира (это предметы в собственном смысле). Предметы второго порядка — это результаты отражения (в том числе и опережающего отражения) предметов первого порядка, т.е. их образы и мерки — нормы. Специфика предметов второго порядка в том, что они являются продуктами общественного сознания»¹⁰. Деяние как предметный результат первого порядка, т.е. результат практической деятельности субъекта, является основой формирования общественного сознания, т.е. предметного результата деятельности второго порядка. Именно эти предметные результаты деяния человека формируют третий уровень человеческого поведения — операцию, которая представляет собой совокупность деяний (действий или бездействий) субъекта, преследующих единую цель. Собственно формирование предметных аспектов деятельности субъекта и образует операцию как обобщенный и овеществленный (объективированный) результат государственно- и муниципально-управленческих организационных действий субъектов.

В этой связи представляется необходимым признать, что они приобретают характер административной практики лишь при условии их многократного применения в повседневной управленческой деятельности субъектов. Это обстоятельство делает организационные управленческие операции близкими по своему содержанию к обычаю. Традиционно социальный обычай понимается как сформировавшееся в процессе многократного применения социальное правило поведения, признаваемое,

⁹ СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5712.

¹⁰ Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М. : Юрид. лит., 1980. С. 18.

поддерживаемое и охраняемое обществом или его социальными группами. Организационные управленческие операции (обыкновения управленческой практики) не являются правовыми обычаями, но могут иметь юридическое значение, поскольку способствуют осуществлению и повышению эффективности процесса государственного или муниципального управления, лежат в основе возникновения, изменения, реализации и прекращения административных правоотношений. Они представляют собой обыкновения правореализационной (правоприменительной) практики, но не облеченные в эмпирический правовой акт государственного и муниципального управления. Изложенное позволяет сформулировать следующее определение данного явления: *административное (чиновничье) обыкновение* — это система социальных (неправовых) норм, регулирующих организационно-корпоративные отношения, возникающие в процессе деятельности служащих государственного аппарата и носящие локальный характер, лежащие (или могущие лежать) в основе формирования административно-правового обычая.

Значение административной практики для правоприменительной деятельности субъектов государственно-управленческих отношений. Изложенные положения о социально-философской и социально-юридической сущности административной практики и видах ее объективизации делают актуальными вопросы ее обязательности для правореализационной (правоприменительной) деятельности должностных лиц органов исполнительной власти и исполнительно-распорядительных органов местного самоуправления. Характер обязательности административной практики зависит прежде всего от формы ее объективизации, т.е. облечена административная практика в эмпирический правовой акт управления или выступает обыкновением управленческой практики.

Вопрос об обязательности правовых актов государственного управления решается в рамках двух аспектов. Первый заключается в том, что ненормативные правовые акты управления обязательны в связи с прямым указанием в законе или ином нормативном правовом акте или в самом ненормативном правовом акте государственного управления. Так, согласно ч. 1 ст. 34.2 НК РФ Министерство финансов Российской Федерации дает письменные разъяснения налоговым органам, налогоплательщикам, от-

ветственному участнику консолидированной группы налогоплательщиков, плательщикам сборов и налоговым агентам по вопросам применения законодательства РФ о налогах и сборах. Данная законодательная норма фактически адресует субъектам налоговых правоотношений обязанность соблюдать положения официального толкования норм НК РФ. Из данных положений можно сделать следующие выводы. Во-первых, эти положения касаются актов толкования (разъяснения) норм налогового законодательства, т.е. имеют информационно-разъяснительный характер. Во-вторых, эти правовые акты не содержат правовых норм, не конкретизируют нормативные предписания и не являются нормативными правовыми актами. В-третьих, разрешается коллизия указанных актов с актами судебной практики в пользу последних. Кроме этого, в настоящее время имеют место случаи, когда правоприменительные акты толкования норм права являются одновременно актами разъяснения практики применения норм права. Так, в письме Минтруда России от 22.06.2012 № 17-1/10/1-248 «О разъяснении практики применения ст. 12 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»» излагаются положения, не только содержащие толкование положений ст. 12 указанного Закона, но и административную практику применения положений данных норм. Подобный подход к определению обязательности эмпирических правовых актов управления содержится и в письме Роспотребнадзора от 31.08.2007 № 0100/8935-07-32 «Об особенностях правоприменительной практики, связанной с обеспечением защиты прав потребителей в сфере туристического обслуживания».

Вторым аспектом обязательности эмпирических правовых актов является круг субъектов, для которых они обязательны для исполнения. По общему правилу такая обязательность распространяется, во-первых, на субъектов, которым они адресованы. Во-вторых, на все органы исполнительной власти, местного самоуправления и на иных субъектов, наделенных государственно-властными, исполнительно-распорядительными полномочиями, подчиненных органу, издавшему ненормативный правовой акт. В-третьих, неправовые акты управления обязательны для применения в повседневной государственно- и муниципально-управленческой деятельности структурных подразделений и их служащих. Это общее правило подтверждается

и в постановлении Конституционного Суда РФ¹¹. При этом они не являются обязательными к применению в отношении организационно и служебно не подчиненных органов и служащих исполнительной власти и местного самоуправления, т.е. субъектов, которым эти акты не адресованы. Эти положения об обязательности ненормативных правовых актов управления оставляют открытым вопрос о степени их обязательности для управляемой стороны административно-правового отношения, если эти отношения возникают в сфере внешнего государственного и муниципального управления, т.е. управления, связанного «с воздействием на объекты, непосредственно не входящие в механизм исполнительной власти»¹². По смыслу приведенных ранее положений ненормативные правовые акты не содержат норм права и не порождают права и обязанности субъектов административно-правовых отношений, носят персонифицированный характер. Это означает, что их требования не касаются управляемых субъектов, т.е. не являются для них обязательными. Это положение представляет собой общее правило. Вместе с тем на практике возникают ситуации, когда государственные служащие, реализуя в процессе правоприменительной деятельности положения этих актов, порождают права и обязанности управляемых субъектов административно-правовых отношений, что было предметом рассмотрения в приведенном ранее постановлении Конституционного Суда РФ. Получается, что ненормативные правовые акты управления, в сущности, выступают актами, имеющими опосредованный нормативный характер.

Таким образом, следует признать, что ненормативные правовые акты управления обязательны для применения их в процессе государственного и муниципального управления управляющими субъектами, которым они адресованы, при осуществлении внутреннего государственного и муниципального управления. Обязательность указанных правовых актов управления для управляемых субъектов в рам-

ках внешнего государственного и муниципального управления является опосредованной постольку, поскольку они становятся участниками управленческих правоотношений, в рамках которых реализуются положения этих актов. В иных случаях данные акты для управляемых субъектов обязательными не являются. Кроме этого, управляемый субъект не лишается права действовать в соответствии с положениями закона или подзаконного нормативного правового акта, а не в соответствии с положениями ненормативного правового акта управления, который формально не является нормативным правовым актом, но фактически обладает нормативными свойствами.

Другой актуальной проблемой, затрагивающей значение административной практики, является вопрос о степени обязательности судебной практики по административным делам для управляющих и управляемых субъектов административно-правовых отношений. Данная проблема разрешается в приведенном нами ранее письме Минфина России от 07.11.2013 № 03-01-13/01/47571 «О формировании единой правоприменительной практики»¹³, где отмечается, что «в случае когда письменные разъяснения Минфина России (рекомендации, разъяснения ФНС России) по вопросам применения законодательства Российской Федерации о налогах и сборах не согласуются с решениями, постановлениями, информационными письмами Высшего Арбитражного Суда РФ, а также решениями, постановлениями, письмами Верховного Суда РФ, налоговые органы начиная со дня размещения в полном объеме указанных актов и писем судов на их официальных сайтах в сети Интернет либо со дня их официального опубликования в установленном порядке при реализации своих полномочий руководствуются указанными актами и письмами судов». Эти положения носят узковедомственный характер, но вместе с тем характеризуют общую тенденцию, отражающую значение судебной практики для правоприменительной деятельности органов исполнительной власти

¹¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 31.03.2015 № 6-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 части 4 статьи 2 Федерального конституционного закона “О Верховном Суде Российской Федерации” и абзаца третьего подпункта 1 пункта 1 статьи 342 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой открытого акционерного общества “Газпром нефть”» // СЗ РФ. 2015. № 15. Ст. 2301.

¹² Аврутин Ю. Е. Преодолимы ли парадоксы парадигм публичного управления в теории государственного управления и в административном праве? // Административное право и процесс. 2016. № 8. С. 20.

¹³ Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение). 2013. 20 декабря.

и иных органов, наделенных функциями исполнительной власти. Она заключается не только в приоритете судебной практики перед административной практикой, но и в обязательности ее для органов исполнительной власти и их должностных лиц. К сожалению, современная позитивно-управленческая и административно-юрисдикционная практика свидетельствует о незнании государственными служащими не только положений судебной практики, но и обязательности ее в практической правоприменительной деятельности. Наиболее распространенным примером такого нарушения является отказ лица, осуществляющего производство по делу об административном правонарушении, ознакомить с материалами дела об административном правонарушении представителя лица, привлекаемого к административной ответственности, при явке его одновременно с лицом, привлекаемым к административной ответственности, для ознакомления с материалами дела. Это противоречит указанию ч. 3 п. 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 (с изм. и доп.) «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»¹⁴, где отмечается, что если лицо, привлекаемое к административной ответственности, либо потерпевший в соответствии с ч. 2 ст. 24.4 КоАП РФ в судебном заседании заявит ходатайство о привлечении защитника или представителя к участию в деле об административном правонарушении, то такой защитник или представитель должен быть допущен к участию в деле об административном правонарушении без представления соответствующей доверенности. Это положение применимо на любой стадии производства по делу об административном правонарушении, где допустимо участие представителя.

Обыкновения управленческой деятельности как одна из форм объективизации административной практики имеют особое значение для деятельности органов и должностных лиц исполнительной власти, местного самоуправления и иных субъектов, которым переданы полномочия исполнительной власти. Это значение, по нашему мнению, заключается в следующих положениях:

Во-первых, обыкновения управленческой деятельности формируют упорядоченную систему организационных отношений в процессе внутриорганизационной деятельности подразделений и должностных лиц органов исполнительной власти и местного самоуправления, формируя тем самым определенный организационный порядок функционирования указанных органов государства.

Во-вторых, обыкновения управленческой деятельности оказывают положительное влияние на решение задач, реализацию функций для достижения целей государственного и муниципального управления.

В-третьих, обыкновения управленческой деятельности направлены на оптимизацию и повышение эффективности деятельности органов и должностных лиц исполнительной власти и исполнительно-распорядительных органов местного самоуправления. Управленческая оптимизация представляет собой процесс формирования наилучшего (интенсивного) механизма или состояния управленческой деятельности управляющего субъекта. Оптимизация предполагает совершенствование содержания государственного и муниципального управления, т.е. она должна коснуться цели, задач, функций, методов, властных факторов и форм осуществления государственного и муниципального управления¹⁵. Это может выражаться в объединении или, наоборот, дифференциации задач управления, совершенствования механизмов применения методов управленческой деятельности, «очеловечивать» властные факторы управленческой деятельности и т.п. Данные элементы содержания государственного и муниципального управления могут в целом существенно влиять на процесс государственного и муниципального управления, тем самым повышать его эффективность.

В-четвертых, обыкновения управленческой деятельности влияют на реализацию субъективных прав и исполнение юридических обязанностей управляемых субъектов, организационно и служебно не подчиненных управляющему субъекту государственного и муниципального управления. Поскольку реализация субъективных прав и исполнение юридических обязанностей в рамках функционирования системы государственного и муниципального управле-

¹⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 6.

¹⁵ См.: Лазарев Б. М. Государственное управление на этапе перестройки : монография. М. : Юрид. лит., 1988. С. 173.

ния осуществляются в рамках административных правоотношений, постольку обыкновения управленческой деятельности органов и должностных лиц исполнительной власти и местного самоуправления могут выступать основаниями возникновения, исполнения, изменения и прекращения административно-правового отношения¹⁶. В этом смысле обыкновения управленческой деятельности выступают как административные факты, что свидетельствует об их юридическом значении для государственного и муниципального управления.

В-пятых, обыкновения управленческой деятельности преследуют задачу предотвращения «чиновничьего произвола» и иных негативных факторов в деятельности органов исполнительной власти и исполнительно-распорядительных органов местного самоуправления. В данном смысле обыкновения управленческой деятельности могут решать следующие позитивные задачи:

1) подменять административное (дискреционное) усмотрение, что заключается том, что

вместо принятия управленческого решения на основе административного усмотрения, в тех случаях, когда оно законом допускается, управленческое решение принимается на основе обыкновения управленческой деятельности;

2) обыкновение управленческой деятельности часто формируется на основе усмотрения чиновника, что может вступать в противоречие с объективными потребностями организации функционирования аппарата государственного органа, нарушать права и свободы граждан — участников административно-правовых отношений, но вместе с тем оно может и соответствовать потребностям развития управленческих общественных отношений, способствовать их развитию, совершенствованию и оптимизации, что, безусловно, является положительным моментом функционирования системы государственного и муниципального управления.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аврутин Ю. Е. Преодолимы ли парадоксы парадигм публичного управления в теории государственного управления и в административном праве? // Административное право и процесс. — 2016. — № 8.
2. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. — М. : Юрид. лит., 1981. — Т. 1.
3. Бахрах Д. Н. Административное право России : учебник. — М. : Норма, Инфра-М, 2000.
4. Волпенко Н. Н., Рожнов А. П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. — Волгоград : ВолГУ, 2004.
5. Гревцов Ю. И. Правовые отношения и осуществление права. — Л. : ЛГУ, 1987.
6. Жеребцов А. Н., Павлов Н. В. Административная правоприменительная практика: теоретические и практические аспекты : монография. — М. : Юстицинформ, 2018.
7. Карташов В. Н. Профессиональная юридическая деятельность (вопросы теории и практики) : учебное пособие. — Ярославль, 1992.
8. Лазарев Б. М. Государственное управление на этапе перестройки : монография. — М. : Юрид. лит., 1988.
9. Леушин В. И. Юридическая практика в системе социальных общественных отношений. — Красноярск, 1987.
10. Мамедов А. А. Современные тенденции международно-правового регулирования административных отношений в глобализационной экономике // Административное право и процесс. — 2014. — № 6.
11. Мещеряков Д. Д. Правоприменительная тактика (проблемы теории и практики) : дис. ... канд. юрид. наук. — Ярославль, 2005.
12. Рожнов А. Н. Правоприменительная практика как нетрадиционный источник российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2003.
13. Сапун В. А. Теория правовых средств и механизм реализации права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2003.

¹⁶ См.: Солдатова В. И. Административные акты как основания возникновения, изменения и прекращения гражданских правоотношений // Право и экономика. 2016. № 9. С. 4—13; Мамедов А. А. Современные тенденции международно-правового регулирования административных отношений в глобализационной экономике // Административное право и процесс. 2014. № 6. С. 11—14.



14. Солдатова В. И. Административные акты как основания возникновения, изменения и прекращения гражданских правоотношений // Право и экономика. — 2016. — № 9.
15. Сырых В. М. Материалистическая теория права : избранное. — М. : РАП, 2011.
16. Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений. — М. : Юрид. лит., 1980.

Материал поступил в редакцию 18 августа 2018 г.

THE ISSUES OF THE NATURE AND LAW-ENFORCEMENT VALUE OF ADMINISTRATIVE PRACTICES

ZHEREBTSOV Aleksey Nikolaevich, Doctor of Law, Professor of the Department of Administrative Activity of the Department of Internal Affairs of Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs of Russia (KrU of the MIA of Russia)
admgan2066@yandex.ru
350005, Russia, Krasnodar, ul. Yaroslavskaya, d. 128

PAVLOV Nikolay Vladimirovich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law of the Trubilin Kuban State Agrarian University
Nik281@mail.ru
350005, Russia, Krasnodar, ul. Kalinina, d. 13

Abstract. *The present study elucidates approaches developed in the juridical science and defining legal practice as a socially significant legal activity of the participants. The authors propose their own social-philosophical and legal justification of legal (administrative) practice as a means of transforming reality. To this end, legal practice is acting as a necessary social, organizational and legal means of improving human activity in the implementation of state and municipal administration. The authors propose a social and philosophical understanding of administrative (state-administrative) practice as the result of state-administrative activities arising in the development of administrative relations and entailing the achievement of socially useful goals of state (municipal) administration in the form of an administrative legal act or repeated organizational act of the body and (or) public administration official (usages of administrative practices). In the course of the research the authors give their own understanding of forms of objectification of administrative practice when state and municipal administration is being carried out. Such forms include empirical non-normative legal act and the usage of administrative practice. The result of the study of the nature and forms of objectification of administrative practice involves the definition of its importance for law enforcement practice, which is mandatory practice for the participants of State and municipal administration when they implement internal State and municipal administration. A mandatory nature of empirical administrative legal acts for administered entities within the framework of external state and municipal administration is mediated insofar as they become participants of administrative legal relations within the framework of which the provisions of these acts are implemented. In other cases, these acts are not mandatory for the administered entities. In addition, an administered entity is not deprived of the right to act in compliance with the provisions of the law or a bylaw rather than in compliance with the provisions of a non-normative administrative legal act that formally is not a normative legal act, but in fact it of regulatory nature. The study defines the meaning of the usages of administrative activities as one of the forms of objectification of administrative practices.*

Keywords: *legal practice, administrative practice, empirical legal act, usages of administrative practice, normative legal act, non-normative legal act, organizational administrative actions, mandatory character of the practice, empirical legal act, administrative law enforcement.*

REFERENCES

1. Avrutin Yu. E. Preodolimy li paradoksy paradigmy publichnogo upravleniya v teorii gosudarstvennogo upravleniya i v administrativnom prave? [Are the paradoxes of public administration paradigms in the theory of public administration and in administrative law surmountable?]. *Administrativnoe pravo i protsess [Administrative Law and Procedure]*. 2016. No. 8. (In Russ.)
2. Alekseev S. S. Obshchaya teoriya prava : v 2 t. [General theory of law : in 2 volumes. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ., 1981. Vol. 1. (In Russ.)
3. Bakhrakh D. N. Administrativnoe pravo Rossii : uchebnik [Administrative Law of Russia : A textbook]. Moscow, Norma-Infra Publ., 2000. (In Russ.)
4. Voplenko N. N., Rozhnov A. P. Pravoprimeritel'naya praktika: ponyatie, osnovnye cherty i funktsii [Law Enforcement Practice: A concept, main features and functions]. Volgograd, The Volga State University Press, 2004. (In Russ.)
5. Grevtsov Yu. I. Pravovye otnosheniya i osushchestvlenie prava [Legal relations and exercise of the right]. Leningrad, LSU Press, 1987. (In Russ.)
6. Zherebtsov A. N., Pavlov N. V. Administrativnaya pravoprimeritel'naya praktika: teoreticheskie i prakticheskie aspekty : monografiya [Administrative law enforcement practice: Theoretical and practical aspects : A monograph]. Moscow, Yustitsinform Publ., 2018. (In Russ.)
7. Kartashov V. N. Professional'naya yuridicheskaya deyatel'nost' (voprosy teorii i praktiki) : uchebnoe posobie [Professional juridical practice (theory and practice) : A study guide]. Yaroslavl, 1992. (In Russ.)
8. Lazarev B. M. Gosudarstvennoe upravlenie na etape perestroiki : monografiya [Public administration at the stage of Perestroika : A monograph]. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ., 1988. (In Russ.)
9. Leushin V. I. Yuridicheskaya praktika v sisteme sotsialnykh obshchestvennykh otnosheniy [Legal practice in the system of social relations]. Krasnoyarsk, 1987. (In Russ.)
10. Mamedov A. A. Sovremennye tendentsii mezhdunarodno-pravovogo regulirovaniya administrativnykh otnosheniy v globalizatsionnoy ekonomike [Modern trends in international legal regulation of administrative relations in the globalizing economy]. *Administrativnoe pravo i protsess [Administrative Law and Procedure]*. 2014. No. 6. (In Russ.)
11. Meshcheryakov D. D. Pravoprimeritel'naya taktika (problemy teorii i praktiki) : dis. ... kand. yurid. nauk [Law enforcement tactics (problems of theory and practice) : PhD Thesis]. Yaroslavl, 2005. (In Russ.)
12. Rozhnov A. N. pravoprimeritel'naya praktika kak netraditsionnyy istochnik rossiyskogo prava : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [Law enforcement practice as an unconventional source of Russian law : Abstract of the PhD Thesis]. Saratov, 2003. (In Russ.)
13. Sapun V. A. Teoriya pravovykh sredstv i mekhanizm realizatsii prava : avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk [The theory of legal means and mechanism of implementation of the right : PhD Thesis]. N. Novgorod, 2003. (In Russ.)
14. Soldatova V. I. Administrativnye akty kak osnovaniya vozniknoveniya, izmeneniya i prekrashcheniya grazhdanskikh pravootnosheniy [Administrative acts as the basis for the emergence, alteration and termination of civil relations]. *Pravo i ekonomika [Law and Economics]*. 2016. No. 9. (In Russ.)
15. Syrykh V. M. Materialisticheskaya teoriya prava : izbrannoe [Materialist Theory of Law : Selected works]. Moscow, Russian Academy of Justice Press, 2011. (In Russ.)
16. Tkachenko Yu. G. Metodologicheskie voprosy teorii pravootnosheniy [Methodological issues of the theory of legal relations]. Moscow, Yuridicheskaya literatura Publ., 1980. (In Russ.)

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ДОГОВОРНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ В ОБЛАСТИ ОХРАНЫ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ

Аннотация. Международные договоры в области охраны окружающей среды, заключавшиеся в XIX — первой половине XX в., являлись, как правило, результатом вынужденных компромиссов, они имели целью решать насущные задачи в ограниченных по масштабам областях, в которых возникали или, по крайней мере, привлекали к себе внимание те или иные проблемы (к примеру, угроза определенному живому виду, загрязнение того или иного морского района). В таких случаях принималась конвенция, чтобы защитить вид, находящийся под угрозой уничтожения, или ограничить выбросы в море. В результате такого фрагментарного подхода к вопросам защиты окружающей среды сформировался впечатляющий по объему, но весьма разнородный по содержанию конвенционный комплекс. Осознание единства экосистем, выразившееся в выработке принципов, получивших закрепление в Стокгольмской декларации 1972 г. и Декларации Рио-де-Жанейро 1992 г., в значительной степени было обусловлено стремительным прогрессом науки и техники. В результате наметился переход от «стихийного» формирования международных природоохранительных норм к их консолидации вокруг специальных принципов международного права окружающей среды. Далее анализируется заметная особенность многих международных договоров в области охраны окружающей среды — их «рамочный» характер. Принятие рамочных соглашений приводит к формированию сложных комплексов конвенционных документов, состоящих из нескольких разных, но определенным образом связанных между собой договоров. Рассматривая вопрос об эффективности такого правового инструмента, как рамочное соглашение, автор приходит к выводу, что истоки проблемы недостаточной эффективности соглашений в сфере охраны окружающей среды кроются в основах существующей экономической системы.

Ключевые слова: международный договор, охрана окружающей среды, эффективность международных договоров, международное право охраны окружающей среды, рамочный международный договор.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.045-059

© Ильинская О. И., 2019

* Ильинская Ольга Игоревна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
oilinskaya@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Для выработки международно-правовых норм в области охраны окружающей среды¹ используются те же правовые формы, что и в иных областях межгосударственного сотрудничества, — международный договор, международно-правовой обычай и в некоторых случаях резолюции международных организаций.

Отдельные попытки защиты окружающей среды средствами международного права относятся к XV в. Так, первый известный международный арбитраж, рассматривавший вопросы защиты и управления окружающей средой, состоялся еще в начале XV в. в контексте разрешения ряда пограничных споров. В последующем вопросы защиты окружающей среды при арбитражном рассмотрении международных споров поднимались в основном в контексте разрешения пограничных споров по водной границе и соответствующего совместного рационального управления морскими или речными живыми ресурсами².

Что касается времени появления первых международно-правовых норм, направленных на обеспечение рационального использования биоресурсов, укажем, что такие нормы стали создаваться только в XIX в. По свидетельству видного специалиста в области международного права охраны окружающей среды (далее — МПОС) М. Н. Копылова, «первым международным договором, относящимся к регулированию международных экологических отношений, принято считать двустороннюю Конвенцию о ловле устриц и рыболовстве у берегов Великобритании и Франции от 2 августа 1839 г.»³.

Со второй половины XIX — начала XX в. практика заключения международных договоров, направленных на сохранение отдельных видов, находящихся под угрозой ввиду нерационального использования (по сути, истребления) или вынужденных покидать места обитания в силу деятельности человека, становится более интенсивной. Примерами здесь служат Договор

о регулировании лова лососей в бассейне Рейна 1885 г., Соглашение между Великобританией и Россией об охране морских львов в северной части Тихого океана 1893 г., Соглашение между Россией, Соединенными Штатами и Японией об охране морских котиков 1897 г., Парижская конвенция об охране птиц, полезных в сельском хозяйстве, 1902 г. Однако охрана этих видов фауны в действительности выступала лишь средством, цель же заключения всех таких соглашений обуславливалась соображениями иного — экономического — порядка, а именно стремлением способствовать некоторым видам хозяйственной деятельности (сельскому хозяйству, рыболовству, охоте). К примеру, в ст. I Соглашения между Россией, Соединенными Штатами и Японией об охране морских котиков 1897 г. было закреплено: «Высокие Договаривающиеся Стороны соглашаются запретить своим подданным и гражданам бой морских котиков и морских выдр... *в течение одного года* (курсив мой. — О. И.) со дня заключения настоящей Конвенции...»⁴ Очевидно, что установленный срок действия запрета диктовался необходимостью обеспечить восстановление популяции данных видов, с тем чтобы продолжала существовать сама возможность их добычи. Указанная выше цель отчетливо просматривается и в названии последнего из упомянутых договоров.

Заключенные впоследствии соглашения, распространившие защиту на отдельные природные пространства, одновременно способствовали и защите флоры и фауны, находящейся в них. Очевидно, что как в вопросах защиты сухопутных территорий⁵, так и в вопросах защиты вод рек⁶ или морских пространств⁷ защита пространства способствует и защите флоры и фауны, причем соответствующие договорные источники явились, на наш взгляд, заметным шагом вперед в деле международно-правовой защиты окружающей среды, поскольку

¹ С точки зрения семантики термин «охрана окружающей среды» включает как защиту, так и сохранение: «Охранять... беречь... защищать... держать в целостности, сохранно, спасать» (см.: *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка. М.: Рус. яз., 1979. Т. 2. С. 774).

² См.: *Абашидзе А. Х., Солнцев А. М.* Мирное разрешение международных споров: современные проблемы: монография. 2-е изд. М.: РУДН, 2012. С. 252—253.

³ *Копылов М. Н.* Введение в международное экологическое право. М.: РУДН, 2007. С. 54.

⁴ Сборник договоров и дипломатических документов по делам Дальнего Востока 1895—1905 гг. СПб.: Тип. А. М. Менделевича, 1906. С. 294—296.

⁵ Например, Конвенция по защите природы и сохранению флоры и фауны в Западном полушарии 1940 г.

⁶ Например, Договор о приграничных водах между Канадой и США 1909 г.

⁷ Например, Международная конвенция по предотвращению загрязнения моря нефтью 1954 г.

они свидетельствовали уже о более широком видении проблемы, где присутствуют и собственно экологические соображения. Иначе говоря, началось осмысление значимости экологических условий для сохранения фауны и флоры.

И все же, создаваемые в ускоренном порядке, зачастую в результате природных катастроф или в связи с деятельностью человека, нормы МПОС выглядели первоначально весьма мозаично. Являясь результатом чаще всего вынужденных, а не желаемых компромиссов, они имели целью решать наиболее насущные задачи в ограниченных по масштабам областях, в которых возникали или по крайней мере привлекали к себе внимание те или иные проблемы (угроза живому виду, недопустимое загрязнение морского района). В таких случаях принималась конвенция, чтобы защитить вид, находящийся под угрозой уничтожения, или ограничить выбросы в море. К примеру, крушение в 1967 г. либерийского нефтеналивного судна «Торри-Каньон» вблизи корнуэльского побережья послужило поводом для постановки на международном уровне вопроса борьбы со случайным загрязнением, являющегося особенно деликатным, поскольку ввиду неотложного характера принимаемых решений необходимо предоставить значительные полномочия государствам, расположенным ближе всего к месту аварии или подвергающимся наибольшей угрозе, с возможным нарушением традиционных прерогатив государства флага в случае непринятия им соответствующих мер. Важный шаг в этом направлении был сделан в результате заключения Международной конвенции относительно вмешательства в открытом море в случаях аварий, приводящих к загрязнению нефтью, 1969 г., разрешающей прибрежному государству принимать меры принуждения в отношении любого судна в открытом море при наличии определенных условий.

В результате такого «точечного» и технического подхода к вопросам защиты окружающей среды на протяжении XX в. сформировался

весьма впечатляющий, но разнородный конвенционный комплекс.

Характерно и то, что большинство конвенционных источников являются региональными (субрегиональными), что объясняется, по мнению О. С. Колбасова, несколькими взаимосвязанными причинами. Во-первых, разнообразие экологических систем, естественно присущих физико-географическим регионам Земли, приводит к различным по содержанию и актуальности проблемам окружающей среды. Во-вторых, сказываются различия в уровнях экономического развития государств, расположенных в разных регионах, в степени воздействия общества на природу, а также в других социальных условиях. И именно с помощью таких соглашений решается подавляющее большинство конкретных международных проблем охраны окружающей среды, а сама система региональных соглашений «дополняет, развивает и усиливает» соглашения универсального характера⁸. С этим утверждением, конечно, сложно не согласиться. Однако не стоит забывать, что обозначенный выше подход *ad hoc* регулирования, когда тот или иной договорный источник принимается в ответ на возникшую экологическую проблему, вызывает серьезные затруднения. Как указывает Н. А. Соколова, «имеется большое число договоров, регулирующих конкретную проблему с отрывом от других договоров, что порождает вопросы их взаимодействия и соотношения как в содержательном, так и в организационном плане и, конечно, ослабляет системную охрану глобальной окружающей среды»⁹.

Давая общую оценку процессу формирования соответствующей отрасли международного права, М. Н. Копылов справедливо заметил, что история международного экологического права представляет собой череду запоздалых (порой неудачных) реакций на резко обостряющиеся эколого-кризисные ситуации¹⁰.

Стремительный прогресс науки и техники все же значительно ускорил осознание единства экосистем, что нашло свое отражение в выработке целостной системы принципов, по-

⁸ Колбасов О. С. Международно-правовая охрана окружающей среды. М. : Международные отношения, 1982. С. 216.

⁹ Соколова Н. А. Перспективы развития международного права окружающей среды // Международная научно-практическая конференция «Тункинские чтения» : сб. докладов и статей. Вып. 4 / под ред. А. С. Исполинова и А. А. Баталова. М. : Зерцало-М, 2014. С. 12.

¹⁰ Копылов М. Н. Введение в международное экологическое право. С. 240.

лучивших закрепление в Стокгольмской декларации по окружающей человека среде 1972 г.¹¹ и Декларации Рио-де-Жанейро по окружающей среде и развитию 1992 г.¹² (далее — Декларация Рио). В результате, по выражению А. С. Тимошенко, наметился переход «от стихийного формирования международных природоохранительных норм к их консолидации вокруг специальных принципов международного права окружающей среды и образованию отраслевых институтов»¹³. Однако большинство перечисленных в указанных актах принципов не могут быть отнесены к категории нормативных¹⁴. Как требования оптимизации, они устанавливают цель максимального осуществления определенной «идеальной задачи»¹⁵. Вместе с тем, на наш взгляд, нельзя согласиться с утверждением В. Г. Витцтума о том, что «Декларация Рио-де-Жанейро об окружающей среде и развитии состоит из 27 юридически необязывающих (курсив мой. — О. И.) принципов...»¹⁶ Очевидно, что отнюдь не все перечисленные в Декларации Рио принципы могут быть охарактеризованы как «юридически необязательные». К примеру, о существовании в международном праве принципа, в соответствии с которым не допускается причинение ущерба окружающей среде других государств или районов, расположенных за пределами национальной юрисдикции, указывалось еще в арбитражном решении по делу «Трейл Смелтер», вынесенном в 1938 г. (спор между США и Канадой)¹⁷. В указанном решении было отмечено, что «в соответствии с принципами международного права, как и права США,

никакое государство не имеет права использовать или разрешать использовать свою территорию таким образом, чтобы это причиняло ущерб территории другого государства либо собственности или лицам на ней, если случай имеет серьезные последствия, а наличие ущерба установлено ясным и убедительным доказательством»¹⁸. О наличии международной правовой нормы, запрещающей государству так изменять естественные условия на своей территории, чтобы в результате такого изменения наносился вред другому государству, указывалось в арбитражном решении 1957 г. по делу «Об озере Лану», вынесенном по спору Франции и Испании¹⁹.

По мнению А. С. Тимошенко, в данных решениях не просто указывалось на применимость общего принципа права *sic utere tuo ut alienum non laedas* («так используй свое, чтобы не причинить ущерб чужому») к межгосударственным отношениям по поводу окружающей среды, но они также содействовали формированию специального принципа МПОС, запрещающего одному государству так изменять естественные условия на своей территории, чтобы этим оказывать неблагоприятное воздействие на природную среду других государств²⁰. Недопустимость использования государством своей территории в ущерб правам других государств констатируется и в решении Международного Суда ООН по делу «О проливе Корфу» 1949 г., где говорится, в частности, об обязанности «не допускать сознательного использования своей территории для действий, нарушающих права

¹¹ Действующее международное право. М. : Московский независимый институт международного права, 1997. Т. 3. С. 682—687.

¹² Док. ООН A/CONF.151/PC/WG. III/L. 33/Rev. 1.

¹³ Курс международного права : в 7 т. М. : Наука, 1992. Т. 5 : Отрасли международного права. С. 287.

¹⁴ См.: Kiss A. Introduction to International Environmental Law. UNITAR. Geneva, 1997. Pp. 34—35.

¹⁵ Международное право = *Völkerrecht* / В. Г. Витцтум [и др.] ; пер. с нем. М. : Инфотропик Медиа, 2011. С. 586.

¹⁶ Международное право = *Völkerrecht*. С. 583.

Аналогичную оценку принципам, закрепленным в Стокгольмской декларации 1972 г., Декларации Рио, Всемирной хартии природы 1982 г., дает и Ю. С. Шемшученко, утверждающий, что «отраженные в них принципы природопользования являются, по сути, общими рекомендациями для соответствующих стран» (Шемшученко Ю. С. Плюс экологизация всей Земли (проблемы кодификации международного экологического права) // Экологическое право. 2009. № 2/3. С. 82).

¹⁷ Выбросы вредных веществ металлургическим заводом по производству цинка в канадском населенном пункте Трейл нанесли ущерб окружающей среде США в сопредельном штате Вашингтон.

¹⁸ Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada) // United Nations Reports of International Arbitral Awards. 1949. Vol. 3. P. 1965.

¹⁹ Lake Lanoux Case // International Law Reporter. 1957. № 24.

²⁰ Курс международного права. С. 294.

других государств»²¹. В научной литературе данный вывод Суда квалифицируется в качестве подтверждения существования общепризнанной нормы международного права²².

Также отметим, что государства неоднократно выражали свою убежденность в необходимости указанного принципа, включая его, в том числе и дословно, в международные договоры. К примеру, в ст. 3 Конвенции о биологическом разнообразии 1992 г. закреплено положение, согласно которому «...государства... несут ответственность за обеспечение того, чтобы деятельность в рамках их юрисдикции или под их контролем не наносила ущерба окружающей среде других государств или районов за пределами действия национальной юрисдикции».

Принцип «загрязнитель платит», закрепленный в Декларации Рио (принцип 16), также не может считаться «юридически необязывающим». Его истоки можно обнаружить в рекомендации Совета ОЭСР от 26 мая 1972 г. «Руководящие принципы экономических аспектов политики в вопросах охраны окружающей среды в международном плане»²³. При этом ОЭСР связывала его с идеей превентивных мер, сущность которых состоит в том, чтобы возложить на виновника загрязнения издержки на меры по предупреждению и борьбе с загрязнением и ограничить (либо даже запретить) предоставление дотаций на эти цели, которые могли бы нарушить конкуренцию²⁴.

В свою очередь, Совет ЕЭС примерно в тот же период (7 ноября 1974 г. и 3 марта 1975 г.) принял свои первые рекомендации по данному

вопросу, которые соответствовали общей линии ОЭСР и устанавливали прямую связь между равенством конкурентных отношений и принципом «загрязнитель платит». Единый европейский акт 1986 г., а затем и Маастрихтский договор 1992 г. придали указанному принципу значение одной из основ политики ЕС в сфере охраны окружающей среды. Так, в п. 2 ст. 130г Договора об учреждении Европейского сообщества 1957 г.²⁵ говорилось, в частности, о том, что «политика Сообщества в области окружающей среды направлена на достижение высокого уровня защиты... Она базируется на принципах... возмещения ущерба окружающей среде, главным образом путем устранения его источников, оплаты ущерба теми, кто его причинил...»²⁶.

Кроме того, принцип «загрязнитель платит» содержится во многих региональных и универсальных договорах, где он либо просто упоминается (например, ст. 3 Конвенции по защите морской среды района Балтийского моря 1992 г.), либо определенным образом конкретизируется (например, ст. 3-b Конвенции об охране Средиземного моря от загрязнения 1976 г.).

И пусть «пока еще рано говорить о его (т.е. принципа «загрязнитель платит». — О. И.) универсальном действии как международного обычая»²⁷, нельзя не признать, что практика конвенционного закрепления данного принципа, безусловно, свидетельствует об убежденности государств в его необходимости.

Таким образом, можно говорить о различной степени «нормативной зрелости» закре-

²¹ International Court of Justice. Reports. 1949. P. 22.

²² См.: Соколова Н. А. Вопросы охраны окружающей среды в деятельности международных судебных учреждений // Российский ежегодник международного права. СПб., 2003. С. 101.

²³ Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies.

²⁴ Это положение базируется на представлении о том, что экономический стимул поведения отсутствует, если издержки оплачиваются третьими лицами и «загрязнитель» может не включать эти расходы в свои расчеты (см.: Международное право = Völkerrecht. С. 590).

²⁵ Напомним, что данный договор до 1 ноября 1993 г. именовался иначе — Договор об учреждении Европейского экономического сообщества. Изменение в названии произошло вследствие принятия Договора о Европейском Союзе 1992 г. (Маастрихтского договора).

²⁶ Единый европейский акт. Договор о Европейском Союзе. Документы Европейского Союза. М. : Право, 1994. Т. 2. С. 101.

В настоящее время приведенное положение закреплено в п. 2 ст. 191 Договора о функционировании Европейского Союза 1957 г.: «Политика Союза в сфере окружающей среды... основана на следующих принципах: принципы предосторожности и профилактических действий; принцип устранения ущерба окружающей среде путем обращения прежде всего к его источнику; принцип «загрязнитель платит»» (см.: Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Инфра-М, 2017. С. 288—289).

²⁷ Международное право = Völkerrecht. С. 590—591.

пленных в Декларации Рио принципов: некоторые из них действительно носят программный характер и с полным основанием могут быть квалифицированы лишь как «принципы-цели» (например, принцип 8, согласно которому «...государства должны сократить и ликвидировать нерациональные модели производства и потребления и проводить в жизнь надлежащую демографическую политику»; принцип 21, провозглашающий необходимость «мобилизовать творческие возможности, идеалы и мужество молодежи мира», и др.), тогда как иные принципы (в их числе и те, о которых речь шла выше) являются действующими международно-правовыми нормами.

Анализируя договорную практику государств в сфере защиты окружающей среды, представляется возможным утверждать, что существенное влияние на нее оказывают сами объекты соответствующих правоотношений. Очевидно, что сложность влияния на загрязнение и его источники, стоимость необходимых мероприятий, их экономическое значение, технический характер возникающих проблем и их глобальный масштаб сказываются как на способах разработки договоров, так и на их содержании.

Одна из наиболее заметных особенностей МПОС связана с ролью, которую играют негосударственные частные образования в его выработке и реализации. С одной стороны, экономические единицы являются основными загрязнителями и владельцами технологий, позволяющих охранять окружающую среду. В этом смысле они являются прямо или косвенно основными адресатами норм МПОС, техника которого должна была адаптироваться к такой ситуации²⁸.

С другой стороны, защитники окружающей среды объединяются в мощные неправительственные организации (к числу наиболее активных или, во всяком случае, наиболее известных относятся «Гринпис», «Друзья Земли», Всемирный фонд природы, «Команда Кусто»²⁹), выполняющие двойную роль — частных организаций помощи устойчивому развитию в развивающихся странах и групп

давления, стремящихся защищать экологические ценности и способствовать их претворению в правовые нормы. Заинтересованность общественного мнения в выработке норм и вес неправительственных организаций в данной сфере позволяют таким организациям занимать особое место. Что касается их деятельности в сфере выработки международных норм, то, пожалуй, наибольшее распространение получила практика активного присутствия на международных конференциях, посвященных принятию правовых инструментов, касающихся охраны окружающей среды. Так, неправительственные организации сыграли важную роль в период проведения Стокгольмской конференции по окружающей человека среде 1972 г., Конференции ООН по окружающей среде и развитию, состоявшейся в 1992 г. в Рио-де-Жанейро, и на всех последующих дипломатических конференциях, к которым они привлекались на официальной основе. Хотя они и не подписывают принимаемые акты, им предоставляется возможность выступать на конференциях и распространять свои документы. А. С. Тимошенко приводит такой пример: Международный союз охраны природы и природных ресурсов, используя консультативный статус при некоторых органах ООН, имеет возможность официально выразить собственную точку зрения по поводу проектов документов, рассматриваемых на представительных международных форумах, в межправительственных органах (например, на III Конференции ООН по морскому праву, в Международной китобойной комиссии)³⁰.

В работе Стокгольмской конференции 1972 г. приняли участие наблюдатели от 400 неправительственных организаций, а на Конференции в Рио были аккредитованы 1 400 неправительственных организаций³¹. Небезынтересно отметить, что неправительственные организации, участвовавшие в Конференции в Рио, получили статус наблюдателей при Комиссии по устойчивому развитию, в числе функций которой указаны «укрепление диалога с неправительственными организациями» и получение от них

²⁸ Причем наиболее необходимой и сложной такая адаптация представляется в вопросах ответственности за причиненный ущерб окружающей среде.

²⁹ Ранее данная организация именовалась «Фонд Кусто».

³⁰ Тимошенко А. С. Формирование и развитие международного права окружающей среды. М.: Наука, 1986. С. 39.

³¹ См.: Лукашук И. И. Международное право. Особенная часть. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 182—183.

информации по вопросу осуществления программы «Повестка дня на XXI в.»³².

Если результатом конференции становится принятие какого-либо международного договора, то представители неправительственных организаций могут участвовать в работе органов, контролирующих его выполнение, если в договоре предусмотрена такая возможность. К примеру, в п. 2 ст. 12 Соглашения об осуществлении положений Конвенции ООН по морскому праву, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими, 1995 г. закреплено положение о том, что «...представителям неправительственных организаций, занимающихся трансграничными рыбными запасами и запасами далеко мигрирующих рыб, предоставляется возможность участвовать в работе заседаний субрегиональных или региональных рыбохозяйственных организаций и договоренностей в качестве наблюдателей или, в зависимости от обстоятельств, в ином качестве в соответствии с процедурами соответствующей организации или договоренности...»³³.

Что касается другой упомянутой особенности договоров в области охраны окружающей среды — их содержания, то в первую очередь эта особенность заключается в наличии большого количества так называемых рамочных соглашений, представляющих собой «договорные акты, излагающие принципы, которые должны служить основой сотрудничества государств-участников в определенной сфере, и предоставляющие им возможность определять отдельными соглашениями порядок и детали сотрудничества с созданием при необходимости одного или нескольких адекватных органов для этой цели»³⁴. Таким образом, рамочный

договор представляет собой начальный этап для дальнейшей договорной или институциональной деятельности. Такая деятельность может выражаться, в частности, в заключении конкретизирующих соглашений или в принятии протоколов, уточняющих содержание излагаемых в договоре принципов. Иными словами, рамочный договор является не источником точных обязательств, которые должны брать на себя государства-участники, а скорее своего рода непрерывным переговорным процессом, обязывающим государства добросовестно участвовать в последующих этапах переговоров. При этом в некоторых случаях в само название подобных договоров вводится указание на их рамочный характер. Примером может служить Рамочная конвенция ООН об изменении климата 1992 г.³⁵, ст. 17 которой предусматривает принятие протоколов, открытых только для участников данной Конвенции³⁶. На основе этой статьи был подписан Киотский протокол 1997 г., уточняющий обязательства, принятые в 1992 г. К рассматриваемой категории договоров относятся и многие другие договоры, заключаемые в области охраны окружающей среды. Укажем, к примеру, Венскую конвенцию об охране озонового слоя 1985 г.³⁷, в которой также предусматривается принятие протоколов³⁸ (один из них — Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой, — был подписан в 1987 г. и затем неоднократно изменялся). Венская конвенция и Протокол к ней содержат приложения, являющиеся их неотъемлемой частью. Аналогичным образом Боннская конвенция по сохранению мигрирующих видов диких животных 1979 г. устанавливает перечень видов, по которым должны заключаться отдельные соглашения, и предлагает ориенти-

³² UN Doc. A/Res/47/191. 29 January 1993. URL: <http://www.un.org/documents/ga/res/47/ares47-191.htm> (дата обращения: 20.04.2018).

В данной резолюции приведенные функции Комиссии закреплены в п. 3 (f) и п. 3 (g): To receive and analyze relevant input from competent non-governmental organizations... in the context of the overall implementation of Agenda 21; To enhance the dialogue... with non-governmental organizations...

³³ Международное публичное право : сборник документов / сост. и авт. предисл. К. А. Бекяшев, Д. К. Бекяшев. М. : Проспект, 2009. С. 870.

³⁴ *Annuaire français de droit international*. 1993. P. 793.

³⁵ СЗ РФ. 1996. № 46. Ст. 5204.

³⁶ Согласно указанной статье, «1. Конференция Сторон может на любой очередной сессии принимать протоколы к Конвенции... 4. Только Стороны Конвенции могут быть Сторонами протокола».

³⁷ СПС «ГАРАНТ».

³⁸ Согласно п. 2 (с) ст. 2 Венской конвенции об охране озонового слоя 1985 г., ее участники «сотрудничают в разработке согласованных мер, процедур и стандартов для выполнения настоящей Конвенции в целях принятия протоколов и приложений».

рочные рамки для таких соглашений (ст. IV, V³⁹). Следуя тому же духу, преамбула Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 г.⁴⁰ позиционирует данный международный акт как «рамочную конвенцию» и предусматривает возможность для государств-участников заключать «соглашения о водотоке», в которых применяются и адаптируются положения Конвенции (п. 3 ст. 3⁴¹).

Таким образом, принятие рамочных соглашений приводит к формированию сложных комплексов конвенционных документов, состоящих из нескольких разных, но определенным образом связанных между собой договоров.

Оценивая практику заключения рамочных соглашений, М. Н. Копылов отмечал, что «с помощью своих относительно широких формулировок и условий “рамочные” соглашения обеспечивают необходимую базу для взаимодействия и сотрудничества максимально возможного числа государств с различными политическими и экономическими системами. А как первый шаг кооперирования усилий они позволяют незамедлительно приступить к исследованиям и мониторингу, имеющим исключительно важное значение, так как именно четкие научные данные о тех или иных экологических явлениях и последствиях дают возможность переходить на уровень принятия государствами конкретных более детальных обязательств»⁴². По мнению украинской ученой М. А. Медведевой, практика заключения рамочных соглашений имеет следующие преимущества: во-первых, она помогает государствам быстрее прийти к консенсусу по противоречивым и сложным вопросам путем

закрепления в подобных соглашениях лишь общих направлений сотрудничества, а также незамедлительно реагировать на те или иные экологические проблемы; во-вторых, в зависимости от уровня развития науки и технологического прогресса в конкретной сфере человеческой деятельности дает возможность вносить изменения в конкретизирующие протоколы или приложения к ним, не затрагивая при этом положений самого рамочного соглашения, что обеспечивает относительную гибкость правового регулирования⁴³.

Вместе с тем «рамочный подход» имеет и свой недостаток, которым, как отмечает М. А. Медведева, является практика выражения государствами согласия на обязательность лишь самой рамочной конвенции, не предусматривающей никаких серьезных юридических обязательств, и одновременно — отказа выражать согласие на участие в содержащих такие обязательства протоколах, что нивелирует достигнутый на международном уровне результат⁴⁴. Примером такой ситуации может служить отказ США от ратификации подписанного ими в 1998 г. Киотского протокола к Рамочной конвенции ООН об изменении климата 1997 г.

Что касается юридической квалификации самих норм, закрепляемых в рамочных соглашениях, то их, вне всякого сомнения, следует отнести к категории программных. По мнению И. И. Лукашука, таковыми являются, в частности, нормы, нуждающиеся в развитии или значительной конкретизации. При этом, обращая внимание на имеющиеся в научной литературе подходы, согласно которым программные нормы международных договоров рассматриваются как «несовершенные»⁴⁵, ученый спра-

³⁹ В статье IV «Мигрирующие виды, которые могут стать предметом Соглашений», закреплено, в частности, следующее: «Стороны, являющиеся государствами ареала мигрирующих видов, включенных в Приложение II, будут прилагать усилия к заключению благоприятных для данных видов Соглашений и должны отдавать приоритет таким видам, статус сохранности которых является неблагоприятным». В ст. V речь идет о содержании подобных соглашений.

⁴⁰ UNTS. 1991. Vol. 1651. I-28395. Pp. 421—442.

⁴¹ Пункт 3 ст. 3: «Государства водотока могут заключить одно или несколько соглашений... о применении и приспособлении положений настоящей Конвенции к характеристикам и видам использования данного международного водотока или его части...».

⁴² Копылов М. Н. Введение в международное экологическое право. С. 153—154.

⁴³ Медведева М. О. Теоретичні та практичні аспекти реалізації міжнародно-правових норм у галузі охорони навколишнього середовища / Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин. Київ : Фенікс, 2012. С. 81.

⁴⁴ Подробнее см.: Медведева М. О. Міжнародне право навколишнього середовища: питання віри // Олександр Задорожньому — 50 : статті та есе учнів і колег. Одеса : Фенікс, 2010. С. 219—247.

ведливо утверждал, что «программный характер нормы не лишает ее обязательной силы», а несоблюдение такой нормы одной из сторон может квалифицироваться другой как отказ от целей договора, нарушение его духа⁴⁶. Если же имеет место отказ от таких программных постановлений договора, которые предусматривают необходимость заключения иных соглашений (как в приводившихся выше примерах), то подобную ситуацию следует рассматривать как нарушение договора. Итак, в зависимости от содержания программных постановлений международных договоров (в одних случаях это могут быть весьма абстрактные программно-целевые установки, в других программные постановления носят более конкретный характер) их нарушение можно квалифицировать либо как «отказ от целей договора, нарушение его духа», либо как «нарушение договора».

Характеризуя рамочные соглашения в области охраны окружающей среды, следует согласиться с М. Н. Копыловым в том, что они в состоянии реально способствовать решению экологических проблем⁴⁷, поскольку требуют от их сторон осуществления конкретных шагов, нацеленных на восстановление и поддержание определенных природных ресурсов. Убежденность в эффективности такого правового инструмента, как рамочное соглашение, государства четко выразили в преамбуле упоминавшейся Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 г., где заявлено о том, что «...рамочная конвенция обеспечит использование, освоение, сохранение, управление и защиту международных водотоков и содействие их оптимальному и устойчивому использованию для нынешнего и будущих поколений...».

Сказанное, однако, не должно восприниматься таким образом, будто бы сам факт заключения рамочного соглашения, а затем принятие конкретизирующего обязательства

сторон протокола (приложения, соглашения и т.п.) является некоей гарантией достижения желаемых результатов. Следует учитывать, что для эффективной реализации международно-правовых норм большое практическое значение имеет оптимальное соотношение цели нормы и средств ее достижения⁴⁸. В своем фундаментальном исследовании, посвященном проблеме эффективности норм международного права, Л. Х. Мингазов пишет, что «эффективность международно-правовых норм будет достаточно высокой лишь в том случае, если избранные для достижения цели средства: 1) обладают реальной способностью воплотить данную цель в объективную действительность; 2) обеспечивают наиболее быстрое, рациональное, полное ее достижение; 3) не противоречат общепризнанным принципам современного международного права. При отсутствии этих условий международно-правовая норма хотя и будет действовать, но добиться максимально возможного эффекта не сможет»⁴⁹. Говоря о соразмерности целей правовых норм и средств их достижения, ученый отмечает, что «в число этих средств входят и материальные затраты. Если средства выбраны правильно, т.е. способы решения, предлагаемые в международном соглашении, не связаны со значительными материальными затратами, выгодны, то это важная предпосылка эффективного выполнения положений данного соглашения»⁵⁰. Соответственно, игнорирование экономических факторов, ненадлежащая (недостаточная) оценка имеющихся экономических возможностей государства в процессе принятия им международно-правовых обязательств приводит к тому, что даже совершенный с точки зрения юридической техники международный договор остается «мертвым». В качестве примера Л. Х. Мингазов приводит Венскую конвенцию об охране озонового слоя и Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой, под-

⁴⁵ Подобную позицию занимает, к примеру, итальянский юрист Г. Аранджио-Руис. См.: *Change and Stability in International Law-Making*. В., 1988. Р. 82.

⁴⁶ Лукашук И. И. *Нормы международного права в международной нормативной системе*. М.: Спарк, 1997. С. 198, 201.

⁴⁷ Копылов М. Н. *Введение в международное экологическое право*. С. 152.

⁴⁸ Уместно оговориться, что отнюдь не во всех международных договорах цели их заключения четко формулируются в тексте, однако из самого содержания закрепленных норм всегда можно вывести ожидаемый результат.

⁴⁹ Мингазов Л. Х. *Эффективность норм международного права. Теоретические проблемы*. Казань: Изд-во Казанского университета, 1999. С. 33—34.

⁵⁰ Мингазов Л. Х. *Указ. соч.* С. 46.

писанные Советским Союзом соответственно 22 марта 1985 г. и 10 ноября 1988 г. без достаточной экспертизы, без учета реальных экономических возможностей страны в тот период, что обусловило бездействие нашего государства в течение почти 10 лет по отношению к принятым обязательствам по этим соглашениям⁵¹.

Таким образом, еще в процессе подготовки международных соглашений, требующих от государств значительных материальных (финансовых) затрат, следует прогнозировать реально возможную степень их практической реализации, учитывая тот факт, что государства-партнеры порой могут находиться на несопоставимых уровнях экономического развития⁵². Как справедливо подчеркивает Н. А. Соколова, «успех обеспечения экологической безопасности зависит от эффективности реализации норм международного права, что связано не только с процессом правоприменения в широком смысле, но и с процессом международного правотворчества»⁵³.

И все же дело, видимо, не только, а зачастую даже не столько в реальных экономических возможностях государств. Не менее важно наличие у них политической воли в отношении принятия, а самое главное — в отношении добросовестного выполнения принятых международных обязательств, без чего ни один международный договор, какими бы четкими ни были его формулировки и какие бы способы обеспечения выполнения обязательств в нем ни были предусмотрены⁵⁴, не может считаться эффективным средством правового регулирования. Как пишет Л. Х. Мингазов, «границы (возможности) международно-правового воздействия определяются реальными условия-

ми существующей системы международных отношений»⁵⁵. Поэтому в условиях заинтересованности промышленно развитых государств решать экологические проблемы за счет развивающихся стран сложно говорить об эффективности договоров в соответствующей сфере. Показательна в этом плане имеющаяся в научной литературе оценка перспектив сокращения выбросов парниковых газов при действующих в настоящее время международно-правовых механизмах. По мнению В. В. Голицына, такие перспективы «выглядят утопичными», а сами «механизмы конвенции (Рамочной конвенции ООН об изменении климата. — О. И.) и Киотского протокола не работают»⁵⁶. Такой вывод делается, в частности, на основе того факта, что «европейские страны, которые формально сократили выбросы парниковых газов, на практике экспортировали их выброс в развивающиеся страны, перенеся туда свое производство»⁵⁷. Учитывая данное обстоятельство, ученый обоснованно полагает, что «...при отсутствии мировой, обязательной для всех стран системы сокращения выброса парниковых газов достичь целей Рамочной конвенции будет чрезвычайно сложно, если вообще возможно»⁵⁸. Как видим, такая сложность (либо даже невозможность) обуславливается отнюдь не отсутствием у государств необходимых экономических возможностей. Предельно четко о неготовности индустриальных государств к сокращению чрезмерно высокого уровня производства и потребления, о практике решения ими экологических проблем за счет развивающихся стран писал М. Н. Копылов: «Прагматичные промышленники... стремясь добиться в максимально короткие сроки окупаемости соответствующих

⁵¹ Мингазов Л. Х. Указ. соч. С. 46—47.

⁵² Как известно из теории права, «в практическом плане на право нельзя возлагать несбыточные надежды — оно не всесильно. Наивно требовать от него большего, чем оно заведомо может дать...» (см.: Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. М.: Юристъ, 2001. С. 266).

⁵³ Соколова Н. А. Традиционные и новейшие сферы регулирования права международной безопасности // Фрагментация международного права. Liber amicorum в честь профессора Е. Г. Моисеева / отв. ред. Н. А. Соколова. М.: Изд. центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2014. С. 391.

⁵⁴ Подробнее о контроле в рассматриваемой области см.: Валеев Р. М. Контроль в современном международном праве. Казань: Центр инновационных технологий, 2001; Ильинская О. И. К вопросу о способах обеспечения выполнения международных договоров // Lex Russica. 2010. № 6.

⁵⁵ Мингазов Л. Х. Указ. соч. С. 78.

⁵⁶ Голицын В. В. Некоторые актуальные аспекты современного развития права охраны окружающей среды // Международная научно-практическая конференция «Тункинские чтения»: сб. докладов и статей / под ред. А. С. Исполинова и А. А. Баталова. М.: Зерцало-М, 2011. С. 31.

⁵⁷ Голицын В. В. Указ. соч.

⁵⁸ Голицын В. В. Указ. соч. С. 32.



капитальных вложений и извлечения дивидендов, как правило... менее всего помышляют о том, чтобы те же строгие “западные” технологии и стандарты соблюдать на территории развивающихся государств в той же мере, как это делается на территории развитых государств. Новый рынок в данном случае осваивается (путем вывоза “грязных” технологий за пространственную сферу действия указанных технологий и стандартов) вовсе не для этого»⁵⁹. Учитывая такие реалии, более чем актуально сегодня звучат слова французского ученого Ф. Сен-Марка, еще в 1970-х гг. писавшего о том, что «было бы странным заблуждением полагать, что можно сохранить природу, оставляя в неприкосновенности ту экономическую систему, которая ее разрушает»⁶⁰. Сказано предельно точно. И здесь мы можем заключить, что утверждения о возможности повышения эффективности международно-правовых норм в области охраны окружающей среды за счет их кодификации в специальных международных договорах, хотя и являются аргументированными и к тому же получившими весьма широкое распространение в научных работах⁶¹, касаются, по существу, лишь формально-юридических аспектов. При этом как бы упускается из виду, что в конечном итоге основным фактором повышения эффективности норм МПОС (как, впрочем, и всех иных международно-правовых норм) является политическая воля государств, а она, в свою очередь, не может не предо-

пределяться существующей экономической системой. Конечно, формируя и осуществляя свою экономическую политику, государствам надлежит учитывать реальные возможности природы удовлетворять потребности общества и развития. Как указывает М. М. Бринчук, это требование к экономически развитым государствам становится императивным⁶². Одновременно обращается внимание и на необходимость коррекции самой концепции потребностей государств. Ученый убежден, что «в условиях дефицита природных ресурсов, объективной неспособности природы их воспроизводства в масштабе, соответствующем “потребностям” мировой рыночной экономики, очевидно нуждается в коррекции, совершенствовании сама эта экономика, механизм ее функционирования. Совершенствование... должно происходить с учетом как минимум разработки концепции общественных потребностей, на удовлетворение которых ориентирован рынок; сочетания принципов свободы рынка и планирования использования природных ресурсов. Должен быть применен комбинированный подход капиталистической и социалистической экономик»⁶³. Естественно, решение таких задач может осуществляться только на основе международного права.

Но, к сожалению, все призывы к совершенствованию экономической системы по-прежнему остаются неслышанными. Говоря о развитии существующей экономической си-

⁵⁹ Копылов М. Н. Право на развитие и экологическая безопасность развивающихся стран (международно-правовые вопросы). М. : ЭКОН, 2000. С. 8.

⁶⁰ Сен-Марк Ф. Социализация природы. М. : Прогресс, 1977. С. 54.

⁶¹ К примеру, А. С. Тимошенко писал о том, что «кодификация природоохранных норм в специальных международных договорах повысила бы их эффективность вследствие лучшей взаимной координации, возможности совокупного действия... Кодификация природоохранных норм как обычных, так и договорных в универсальной конвенции всеобъемлющего характера имела бы принципиальное значение для формирования права окружающей среды как отрасли международного права» (Тимошенко А. С. Указ. соч. С. 33). Важность кодификации в данной сфере отмечает П. Маланчук, указывая на невозможность говорить о системности существующего МПОС (Malanczuk P. Akehurst's modern introduction to International Law. 7th revised ed. London and New York : Routledge, 1997. P. 245). О необходимости кодификации говорит и Ю. С. Шемшученко. По его мнению, основополагающим актом кодификации международного экологического права, «вершиной его пирамиды», должна стать Экологическая конституция Земли (вариант — Экологический кодекс Земли) (Шемшученко Ю. С. Указ. соч. С. 82). В начале 90-х гг. XX в. с инициативой принятия Экологической конституции мира выступила Украина (см.: Міжнародне публічне право / В. М. Репецький, В. М. Лисик, М. М. Микієвич та ін. ; за ред. В. М. Репецького. 2-ге вид., стер. Київ : Знання, 2012. С. 387).

⁶² Бринчук М. М. Потенциал природы как методологическое основание развития и совершенствования международного экологического права // Международное право = International Law. 2010. № 2 (42). С. 11.

⁶³ Бринчук М. М. Указ. соч. С. 12.

стемы в ее худших, деструктивных проявлениях, М. М. Бринчук метко характеризует ее как систему, подчиняющую «своим корыстным интересам всех и вся, особенно природу как ее главный ресурс»⁶⁴. Думается, с этим нельзя не согласиться. Действительно, без совершенствования существующей экономической системы добиться повышения эффективности норм МПОС вряд ли удастся. Конечно, подобные выводы могут казаться слишком абстрактными, поскольку не содержат четкого ответа на ключевой в данном случае вопрос: *кто и как* смог бы (да и возможно ли это в принципе) начать этот процесс в глобальном масштабе?

В свое время министр экологии и природных ресурсов РФ В. И. Данилов-Данильян в интервью редакции «Московского журнала международного права» сказал следующее: «Все, что нетерпимо с точки зрения экологии, все это неэффективно с точки зрения и экономики»⁶⁵. Этот тезис, пожалуй, в целом справедлив. С другой стороны, возникает вопрос: а всегда ли государства соблюдают принимаемые ими в порядке осуществления своих властных полномочий решения со своей безусловной обязанностью — заботиться об охране окружающей среды? Ответ на этот вопрос, как было показано выше, отрицательный. О неготовности промышленно развитых стран принимать на себя международные обязательства в области охраны окружающей среды, предполагаю-

щие определенные (порой весьма существенные) ограничения экономических выгод этих стран (а значит, требующие дополнительных вложений в модернизацию производств), может свидетельствовать, к примеру, заявление президента США Д. Трампа о выходе страны из Парижского соглашения по климату 2015 г.⁶⁶ По его мнению, это соглашение перераспределяет американские богатства в пользу других стран, исполнение соглашения могло обернуться для страны потерей 2,7 млн рабочих мест к 2025 г. Участие США в этом соглашении стало бы для страны, по мнению Д. Трампа, «драконовским финансовым и экономическим бременем». Еще один яркий пример — неучастие Китая в Конвенции о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния 1979 г. Между тем в списке стран по эмиссии углекислого газа Китай и США занимают первое и второе место соответственно⁶⁷. Отсюда вопрос: можно ли вообще говорить о возможности достижения целей международных договоров в рассматриваемой сфере в условиях, когда среди их участников нет государств, без участия которых соответствующие договоры в значительной степени теряют смысл? Ответ, на наш взгляд, очевиден.

Итак, истоки проблемы недостаточной эффективности соглашений в сфере МПОС кроются, по нашему мнению, в самих основах существующей экономической системы.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абашидзе А. Х.* Мирное разрешение международных споров: современные проблемы : монография. — 2-е изд. — М., 2012.
2. *Бринчук М. М.* Потенциал природы как методологическое основание развития и совершенствования международного экологического права // *Международное право = International Law.* — 2010. — № 2 (42).
3. *Валеев Р. М.* Контроль в современном международном праве. — Казань, 2001.
4. *Голицын В. В.* Некоторые актуальные аспекты современного развития права охраны окружающей среды // *Международная научно-практическая конференция «Тункинские чтения» : сб. докладов и статей / под ред. А. С. Исполинова и А. А. Баталова.* — М., 2011.
5. *Ильинская О. И.* К вопросу о способах обеспечения выполнения международных договоров // *Lex Russica.* — 2010. — № 6.

⁶⁴ *Бринчук М. М.* Указ. соч. С. 12.

⁶⁵ *Московский журнал международного права.* 1992. № 4. С. 69.

⁶⁶ White House Press Release, President Donald Trump, Statement on the Paris Climate Accord (June 1, 2017) // URL: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/06/01/statement-president-trump-paris-climate-accord> (дата обращения: 20.09.2018).

⁶⁷ URL: <http://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/4300291> (дата обращения: 20.09.2018).

6. Интервью министра экологии и природных ресурсов РФ В. И. Данилова-Данильяна редакции «Московского журнала международного права» // Московский журнал международного права. — 1992. — № 4.
7. Колбасов О. С. Международно-правовая охрана окружающей среды. — М., 1982.
8. Копылов М. Н. Введение в международное экологическое право. — М., 2007.
9. Копылов М. Н. Право на развитие и экологическая безопасность развивающихся стран (международно-правовые вопросы). — М., 2000.
10. Курс международного права: в 7 т. — М., 1992. — Т. 5 : Отрасли международного права.
11. Лукашук И. И. Международное право. Особенная часть. — Изд. 3-е, перераб. и доп. — М., 2005.
12. Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. — М., 1997.
13. Міжнародне публічне право / В. М. Репецький, В. М. Лисик, М. М. Микієвич та ін. ; за ред. В. М. Репецького. — 2-ге вид., стер. — Київ, 2012.
14. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. — М., 2001.
15. Медведєва М. О. Міжнародне право навколишнього середовища: питання віри // Олександр Задоржньому — 50 : статті та есе учнів і колег. — Одеса, 2010.
16. Медведєва М. О. Теоретичні та практичні аспекти реалізації міжнародно-правових норм у галузі охорони навколишнього середовища / Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин. — Київ, 2012.
17. Международное право = Völkerrecht / В. Г. Витцтум [и др.] ; пер. с нем. — М., 2011.
18. Мингазов Л. Х. Эффективность норм международного права. Теоретические проблемы. — Казань, 1999.
19. Сен-Марк Ф. Социализация природы. — М., 1977.
20. Соколова Н. А. Вопросы охраны окружающей среды в деятельности международных судебных учреждений // Российский ежегодник международного права. — СПб., 2003.
21. Соколова Н. А. Перспективы развития международного права окружающей среды // Международная научно-практическая конференция «Тункинские чтения» : сб. докладов и статей. Вып. 4 / под ред. А. С. Исполинова и А. А. Баталова. — М., 2014.
22. Соколова Н. А. Традиционные и новейшие сферы регулирования права международной безопасности // Фрагментация международного права. Liber amicorum в честь профессора Е. Г. Моисеева / отв. ред. Н. А. Соколова. — М., 2014.
23. Тимошенко А. С. Формирование и развитие международного права окружающей среды. — М., 1986.
24. Шемшученко Ю. С. Плюс экологизация всей Земли (проблемы кодификации международного экологического права) // Экологическое право. — 2009. — № 2/3.
25. Change and Stability in International Law-Making. — В., 1988.
26. Kiss A. Introduction to International Environmental Law. — Geneva, 1997.
27. Malanczuk P. Akehurst's modern introduction to International Law. — 7th revised ed. — London and New York, 1997.

Материал поступил в редакцию 16 октября 2018 г.

SOME CHALLENGES OF TREATY REGULATION OF INTERNATIONAL RELATIONS IN THE FIELD OF ENVIRONMENTAL PROTECTION

ILYINSKAYA Olga Igorevna, PhD, Associate Professor of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
oilinskaya@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *International agreements and treaties in the field of environmental protection concluded in the 19th — first half of the 20th century, were, as a rule, the result of forced compromises, they were intended to solve urgent problems that had appeared or, at least, drew attention to limited areas (for example, the threat to a certain species, pollution of a marine area). In such cases, a convention was adopted to protect an endangered species or to limit emissions into the sea. As a result of this fragmented approach to environmental protection, an impressive but very heterogeneous system of conventions has emerged. Understanding of the unity of ecosystems implemented*

in the development of principles enshrined in the Stockholm Declaration of 1972 and the Rio Declaration of 1992 took place largely due to the rapid progress of science and technology. As a result, there has been a transition from "spontaneous" formation of international environmental standards to their consolidation around special principles of international environmental law. Also, a notable feature of many international treaties in the field of environmental protection — their "framework" character — is further analyzed. The adoption of framework agreements leads to the formation of complex sets of conventional documents consisting of several different, but in a certain way related to each other agreements. Considering the question of the effectiveness of such a legal instrument as a framework agreement, the author concludes that the origins of the problem of insufficient effectiveness of agreements in the field of environmental protection lie in the foundations of the existing economic system.

Keywords: international agreement (treaty), environmental protection, effectiveness of international treaties, international environmental law, international framework agreement.

REFERENCES

1. Abashidze A. Kh. *Mirnoe razreshenie mezhdunarodnykh sporov: sovremennye problemy : monografiya* [Amicable settlement of international disputes: modern problems : A monograph]. 2nd ed. Moscow, 2012. (In Russ.)
2. Brinchuk M. M. *Potentsial prirody kak metodologicheskoe osnovanie razvitiya i sovershenstvovaniya mezhdunarodnogo ekologicheskogo prava* [The nature potential as a methodological basis for the development and improvement of international environmental law]. *Mezhdunarodnoe pravo* [International Law]. 2010. No. 2 (42). (In Russ.)
3. Valeev R. M. *Kontrol v sovremennom mezhdunarodnom prave* [Control in modern international law]. Kazan, 2001. (In Russ.)
4. Golitsyn V. V. *Nekotorye aktualnye aspekty sovremennogo razvitiya prava okhrany okruzhayushchey sredy* [Some relevant aspects of the modern development of environmental law]. International Scientific and Practical Conference "Tunkinskie chteniya" : Collection of reports and articles. Ispolinov A.S., Batalov A.A. (eds). Moscow, 2011. (In Russ.)
5. Ilyinskaya O. I. *K voprosu o sposobakh obespecheniya vypolneniya mezhdunarodnykh dogovorov* [The ways to ensure implementation of treaties]. *Lex Russica*. 2010. No. 6. (In Russ.)
6. *Intervyu ministra ekologii i prirodnykh resursov rf v. i. Danilova-Danilyana redaktsii «Moskovskogo zhurnala mezhdunarodnogo prava»* [Interview with the Minister of Ecology and Natural Resources of the Russian Federation V. I. Danilov-Danilyan to The Moscow Journal of International Law". *Moskovskii zhurnala mezhdunarodnogo prava* [Moscow Journal of International Law]. 1992. No. 4. (In RUss.)
7. Kolbasov O. S. *Mezhdunarodno-pravovaya okhrana okruzhayushchey sredy* [International legal protection of the environment]. Moscow, 1982. (In Russ.)
8. Kopylov M. N. *Vvedenie v mezhdunarodnoe ekologicheskoe pravo* [Introduction to International Environmental Law]. Moscow, 2007. (In Russ.)
9. Kopylov M. N. *Pravo na razvitie i ekologicheskaya bezopasnost razvivayushchikhsya stran (mezhdunarodno-pravovye voprosy)* [The right to development and environmental security of developing countries (international law issues)]. Moscow, 2000. (In Russ.)
10. *Kurs mezhdunarodnogo prava: v 7 t.* [International Law Course: in 7 volumes]. Moscow, 1992. Vol. 5 : *Otrasli mezhdunarodnogo prava* [Branches of International Law].
11. Lukashuk I. I. *Mezhdunarodnoe pravo. Osobennaya chast* [International Law. Special Part]. Ed. 3rd, revised and supplm. Moscow, 2005. (In Russ.)
12. Lukashuk I. I. *Normy mezhdunarodnogo prava v mezhdunarodnoy normativnoy sisteme* [Rules of international law in the international normative system]. Moscow, 1997. (In Rus.)
13. *Mizhnarodne publiche pravo* [International Public Law]. V. M. Repetski, V. M. Lisik, M. Mikievic et all., V. M. Repetskiy (ed.). 2nd ed., Kyiv, 2012. (In Ukrainian)
14. Matuzov N. I., Malko A. V. *Teoriya gosudarstva i prava* [The Theory of the State and Law]. Moscow, 2001. (In Russ.)



15. Medvedeva M. O. Mizhnarodne pravo navkolishnogo seredovishcha: pitannya viri [International Environmental Law: Questions of Faith]. Oleksandru Zadorozhnomu — 50 : statti ta ese uchniv i koleg [Alexander Zadorozhnoy — 50: articles and essays of students and colleagues]. Odesa, 2010. (In Ukrainian).
16. Medvedeva M. O. Teoretichni ta praktichni aspekti realizatsii mizhnarodno-pravovikh norm u galuzi okhoroni navkolishnogo seredovishcha [Theoretical and practical aspects of the implementation of international legal norms in the field of environmental protection]. Taras Shevchenko National University of Kyiv, Institute of International Relations Press. Kyiv, 2012. (In Ukrainian)
17. Völkerrecht [International Law]. V. Count Vitzthum [et al.]; translated from German. Moscow, 2011. (In Russ.)
18. Mingazov L. Kh. Effektivnost norm mezhdunarodnogo prava. teoreticheskie problemy [Effectiveness of International Law. Theoretical problems]. Kazan, 1999. (In Russ.)
19. Saint-Marc F. Sotsializatsiya prirody [Socialization of nature]. Moscow, 1977. (In Russ.)
20. Sokolova N. A. Voprosy okhrany okruzhayushchey sredy v deyatelnosti mezhdunarodnykh sudebnykh uchrezhdeniy [Environmental issues in the activities of international judicial tribunals]. Rossiyskiy ezhegodnik mezhdunarodnogo prava [Russian Yearbook of International Law]. St. Petersburg, 2003. (In Russ.)
21. Sokolova N. A. Perspektivy razvitiya mezhdunarodnogo prava okruzhayushchey sredy [Prospects for the development of International Environmental Law]. *International Scientific and Practical Conference "Tunkin Chteniya" : Collection of reports and articles*. Iss. 4. Spolinov A.S., Batalov A.A. (eds). Moscow, 2014. (In Russ.)
22. Sokolova N. A. Traditsionnye i noveyshie sfery regulirovaniya prava mezhdunarodnoy bezopasnosti [Traditional and modern fields of regulation of International Security Law]. *Fragmentatsiya mezhdunarodnogo prava. Liber amicorum v chest professora E. G. Moiseeva* [Fragmentation of International Law. Liber amicorum in honor of Prof. E. G. Moiseev]. N. A. Sokolova (ed.). Moscow, 2014. (In Russ.)
23. Timoshenko A. S. Formirovanie i razvitie mezhdunarodnogo prava okruzhayushchey sredy [Formation and development of International Environmental Law]. Moscow, 1986. (In Russ.)
24. Shemshuchenko Yu. S. Plyus ekologizatsiya vsey Zemli (problemy kodifikatsii mezhdunarodnogo ekologicheskogo prava) [Plus the greening of the whole Earth (problems of codification of International Environmental Law)]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2009. No. 2/3. (In Russ.)
25. Change and Stability in International Law-Making. B., 1988.
26. Kiss A. Introduction to International Environmental Law. Geneva, 1997.
27. Malanczuk P. Akehurst's modern introduction to International Law. - 7th rev. ed. London and New York, 1997.

О. Ф. Засемкова*

СИНГАПУРСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ МИРОВЫХ СОГЛАШЕНИЙ, ДОСТИГНУТЫХ В РЕЗУЛЬТАТЕ ПОСРЕДНИЧЕСТВА (МЕДИАЦИИ): ОТ МЕЧТЫ К РЕАЛЬНОСТИ?

Аннотация. Двадцать шестого июня 2018 г. на пятьдесят первой сессии Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) объявила о завершении работы над двумя важными документами — проектом Конвенции, посвященной приведению в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате проведения процедуры посредничества (медиации), а также над проектом поправок к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г., который во многом повторяет положения проекта Конвенции. Ожидается, что после утверждения ее Генеральной Ассамблеей ООН 1 августа 2019 г. Конвенция будет открыта для подписания и в случае ее ратификации значительным числом государств сыграет важную роль в повышении привлекательности данного способа урегулирования споров для международного бизнес-сообщества, позволив ему составить конкуренцию международному коммерческому арбитражу.

В связи с этим в статье предпринята попытка проанализировать основные положения данной Конвенции и оценить целесообразность присоединения к ней Российской Федерации с учетом того, что в настоящее время в России данный способ урегулирования трансграничных коммерческих споров не получил широкого распространения. По итогам проведенного анализа автор приходит к выводу о том, что принятие данной Конвенции позволит создать основу для принудительного исполнения международных мировых соглашений, достигнутых в результате процедуры посредничества (медиации), приемлемую для государств с разными правовыми, социальными и экономическими условиями, одновременно сохранив присущую данному способу разрешения споров гибкость. Это, в свою очередь, приведет к снижению вероятности обращения сторон трансграничных коммерческих споров в суд или международный коммерческий арбитраж уже после проведения посредничества (медиации) и, соответственно, повысит привлекательность данного способа разрешения споров для сторон.

Ключевые слова: посредничество, медиация, мировое соглашение, согласительная процедура, альтернативное разрешение споров (ADR), приведение в исполнение, ЮНСИТРАЛ, Сингапурская конвенция, трансграничный коммерческий спор.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.060-072

© Засемкова О. Ф., 2019

* Засемкова Олеся Федоровна, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры международного частного права, преподаватель кафедры правового моделирования Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) zasemkova.olesya@mail.ru 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ВВЕДЕНИЕ

Международный коммерческий арбитраж традиционно считается одним из наиболее популярных и эффективных способов разрешения трансграничных коммерческих споров. Однако в современных условиях он постепенно утрачивает свои преимущества. Как отмечает К. Партаседес, зачастую разбирательство в международном арбитраже «далеко от того, чтобы быть быстрым, недорогим и простым»¹. Это заставляет стороны задумываться об иных способах разрешения возникающих между ними споров.

Одной из таких альтернатив является посредничество (медиация), обладающее целым рядом преимуществ по сравнению с разрешением споров в государственном суде или международном коммерческом арбитраже. Являясь менее формализованным (даже по сравнению с арбитражем), более экономичным и более быстрым способом урегулирования споров, к тому же позволяющим сохранить деловые отношения между сторонами, посредничество (медиация) получает все большее распространение во всем мире².

Вместе с тем одной из главных причин, оказывающих негативное влияние на развитие посредничества (медиации), является сложность

приведения в исполнение соглашений, достигнутых в результате данной процедуры, в случае если одна из сторон отказывается добровольно исполнять такое соглашение³.

Как правило, соглашения, достигнутые в результате посредничества (медиации), рассматриваются как «гражданско-правовые сделки», а защита нарушенных в результате их неисполнения прав осуществляется способами, предусмотренными гражданским законодательством соответствующего государства. Однако, как отмечается в подготовительных материалах Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) (далее — Комиссия, ЮНСИТРАЛ), «приведение в исполнение согласно договорному праву может быть обременительным и требовать много времени»⁴.

В таких условиях сторона зачастую вынуждена инициировать разбирательство в государственном суде или международном коммерческом арбитраже, что ведет к затягиванию спора и увеличивает издержки сторон⁵, вынуждая их выбирать иные способы разрешения споров. На это обстоятельство было особо обращено внимание в докладе Рабочей группы II (Урегулирование споров / Арбитраж и согласительная процедура) (далее — Рабочая группа II), созданной в рамках ЮНСИТРАЛ⁶.

¹ *Partasides C. Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 4 : сборник статей / под науч. ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина ; Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права. М. : Инфотропик Медиа, 2018. С. 48 ; Sussman E. The New York Convention Through a Mediation Prism // Dispute Resolution Magazine. 2009. Vol. 15. № 4. P. 2.*

² ЮНСИТРАЛ: Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 г. // URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf (дата обращения: 29 октября 2018 г.).

³ *Гайдаенко Шер Н. И. Конвенция о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате международной коммерческой согласительной процедуры: в начале пути // Журнал российского права. 2017. № 3. С. 157—158.*

⁴ Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ — Планируемая и возможная будущая работа. Часть III : Предложение правительства Соединенных Штатов Америки: будущая работа для Рабочей группы II // URL: <https://undocs.org/ru/a/cn.9/822> (дата обращения: 25 октября 2018 г.) (далее — Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ — Планируемая и возможная будущая работа. Часть III); Ответы на вопросы Секретариата ЮНСИТРАЛ, касающиеся правового регулирования, относящегося к трансграничному приведению в исполнение международных соглашений об урегулировании коммерческих споров (заключаемых в результате международных коммерческих посреднических / посреднических процедур) : Подборка замечаний — Российская Федерация // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/041/91/PDF/V1504191.pdf?OpenElement> (дата обращения: 25 октября 2018 г.) (далее — Ответы на вопросы Секретариата ЮНСИТРАЛ).

⁵ *Deason E. Enforcement of Settlement Agreements in International Commercial Mediation: A New Legal Framework? // Dispute Resolution Magazine. Fall 2015. P. 34.*

⁶ Доклад Рабочей группы II (Арбитраж и согласительная процедура) о работе ее 62-й сессии (Нью-Йорк, 2—6 февраля 2015 г.) // URL: <https://undocs.org/ru/A/CN.9/832> (дата обращения: 19 октября 2018 г.).

ИСТОРИЯ РАЗРАБОТКИ СИНГАПУРСКОЙ КОНВЕНЦИИ

Принимая во внимание вышеуказанные проблемы, на протяжении долгого времени в рамках ЮНСИТРАЛ предпринимались попытки найти способ обеспечить исполнимость таких соглашений.

Например, еще в 2000 г., в ходе 32-й сессии ЮНСИТРАЛ, высказывались идеи о возможности распространения на мировые соглашения, достигнутые в результате посредничества (медиации), режима, регламентирующего признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений, установленного Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция 1958 г.)⁷.

Аналогичный вопрос был рассмотрен и в ходе проведения 33—35-й сессий Рабочей группы II в рамках подготовки проекта Типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре. При этом основным способом решения указанной проблемы Рабочая группа считала разработку типовых законодательных положений, даже не рассматривая вопрос о возможности подготовки международного договора. Результатом этой работы стала ст. 14 проекта Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г. (далее — Типовой закон ЮНСИТРАЛ), закрепляющая принцип исполнимости мировых соглашений: «Если стороны заключили соглашение об урегулировании спора, то это мировое соглашение имеет обязательную силу и может быть приведено в исполнение...» Однако ввиду существенных разногласий в определении порядка приведения в исполнение таких соглашений и невозможности достижения компромисса

данный вопрос так и остался не урегулированным в тексте Типового закона ЮНСИТРАЛ. Таким образом, каждое государство, принимающее Типовой закон ЮНСИТРАЛ, самостоятельно решает вопрос о порядке приведения в исполнение подобных соглашений.

Вновь к обсуждению этого вопроса Комиссия вернулась лишь в 2014 г., когда в рамках подготовки к 47-й сессии ЮНСИТРАЛ Правительство США представило в Секретариат предложение о разработке многостороннего документа, посвященного международной коммерческой согласительной процедуре (процедуре посредничества)⁸. При этом особый акцент в данном документе был сделан на вопросе о приведении в исполнение соглашений, достигнутых в результате проведения такой процедуры. Работа над документом была поручена Рабочей группе II, которая должна была рассмотреть вопрос о практической целесообразности и форме возможной работы в данной сфере⁹.

Изначально Рабочая группа была настроена скептически. Основываясь на итогах первого дня обсуждения, ее председатель М. Шнайдер высказал опасения, что «ввиду невозможности достижения компромисса по целому ряду вопросов работа над данным документом может занять более 20 лет... и даже в случае его разработки он едва ли будет принят, равно как не увенчались успехом попытки по решению этого вопроса, предпринятые в контексте разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ, в который так и не были включены единые положения о порядке принудительного исполнения соглашений, достигнутых в ходе проведения процедуры посредничества»¹⁰.

Несмотря на это, по итогам первых обсуждений Рабочая группа запросила у Комиссии мандат на проведение работы в этом направлении, не взяв на себя обязательств по разработке

⁷ Урегулирование коммерческих споров. Возможные единообразные положения по некоторым вопросам, касающимся урегулирования торговых споров: согласительная процедура, обеспечительные меры, письменная форма арбитражного соглашения. A/CN.9/WG.II/WP.107 // URL: https://uncitral.un.org/ru/working_groups/2/arbitration (дата обращения: 24 октября 2018 г.).

⁸ Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ — Планируемая и возможная будущая работа. Часть III.

⁹ Записка Секретариата — Международное коммерческое посредничество: подготовка документов о приведении в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в рамках посредничества. Рабочая группа II (Урегулирование споров). 68-я сессия. 5—9 февраля 2018 г. // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/083/18/PDF/V1708318.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23 октября 2018 г.).

¹⁰ Intervention of the Chair in Audio Recording: Working Group II. 62nd Session (United Nations 2015). 3 February 2015. 10:00—13:00 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 17 октября 2018 г.).

какого-то конкретного документа. ЮНСИТРАЛ санкционировала работу над проектом в целях определения соответствующих проблем и выработки их возможных решений.

При этом одним из наиболее дискуссионных на начальном этапе работы стал вопрос о форме, которую мог бы иметь новый документ: международный договор (конвенция), типовые законодательные положения или руководство¹¹.

В итоге было принято решение о подготовке двух альтернативных документов. Во-первых, проекта конвенции, построенной по модели Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Второй альтернативой стала подготовка поправок к Типовому закону ЮНСИТРАЛ. При этом необходимость разработки двух абсолютно разных по своей правовой природе документов обусловлена недостатками и преимуществами, свойственными принятию каждого из указанных видов документов. Так, основным преимуществом принятия конвенции является возможность создания унифицированного правового регулирования, обязательного для присоединившихся к ней государств.

Вместе с тем необходимо учитывать, что в некоторых государствах посредничество (медиация) как способ урегулирования трансграничных коммерческих споров находится лишь на начальном этапе развития и пока не получило широкого распространения. Как следствие, такие страны едва ли захотят принимать на себя обязательства, налагаемые в результате присоединения к конвенции¹². Таким образом, разработка и принятие ЮНСИТРАЛ двух указанных видов документов (конвенции и поправок к Типовому закону) позволит максимальному числу государств (в том числе тем, кто еще не готов присоединиться к конвенции) ввести в свое национальное законодательство механизмы,

позволяющие обеспечить принудительное исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате проведения процедуры посредничества (медиации).

По итогам проведенной работы был подготовлен проект Конвенции о приведении в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества¹³ (далее — Конвенция), а также проект поправок к Типовому закону ЮНСИТРАЛ, который во многом повторяет положения проекта Конвенции. В связи с этим основное внимание в настоящей статье будет уделено положениям Конвенции.

Следует отметить, что в работе над указанными документами принимали участие представители 85 государств — членов ЮНСИТРАЛ, представляющие различные правовые системы, и 35 межправительственных и неправительственных организаций, включая Американскую арбитражную ассоциацию (ААА), Арабскую ассоциацию по международному арбитражу (ААМА), Ассоциацию международного права (АМП), Ассоциацию права стран Азии и Тихого океана (LAWASIA), Российскую арбитражную ассоциацию (РАА) и многие другие.

При этом в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, сопровождающих указанные документы, отсутствует указание на документ, который рекомендуется принять государствам. Как следует из подготовительных материалов Рабочей группы II, это обусловлено стремлением «учесть разные уровни опыта в использовании посредничества (медиации) в разных государствах и предоставить максимальному числу государств согласованные стандарты для приведения в исполнение международных мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества»¹⁴.

¹¹ Записка Секретариата. Урегулирование коммерческих споров: Международная коммерческая согласительная процедура: возможность приведения в исполнение мировых соглашений. 64-я сессия. Нью-Йорк, 1—5 февраля 2016 г. // URL: <https://undocs.org/ru/A/CN.9/WG.II/WP.195> (дата обращения: 23 октября 2018 г.).

¹² Interventions of France, Germany, and South Africa, in Audio Recording: Working Group II, 65th Session (United Nations 2016). September 16, 2016. 14:00—17:00 URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 27 октября 2018 г.); Interventions of the European Union, the Russian Federation, and Austria in Audio Recording: Working Group II, 65th Session (United Nations 2016). September 19, 2016. 9:30—12:30 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 28 октября 2018 г.).

¹³ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: Draft as finalized by the Commission // URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_i.pdf (дата обращения: 29 октября 2018 г.).

¹⁴ Записка Секретариата: Международная коммерческая медиация: проект Конвенции о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации. 2 марта 2018 г. // URL: <https://undocs.org/ru/A/CN.9/942> (дата обращения: 29 октября 2018 г.).

26 июня 2018 г. в рамках 51-й сессии ЮНСИТРАЛ оба эти документа (проект Конвенции и проект поправок к Типовому закону ЮНСИТРАЛ) были одобрены в окончательной редакции. Ожидается, что после принятия Генеральной Ассамблеей ООН 1 августа 2019 г. Конвенция будет открыта для подписания. Ввиду того что данная церемония пройдет в Сингапуре, новая Конвенция получит название «Сингапурской».

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ КОНВЕНЦИИ

Как следует из текста Конвенции, ее основной целью является создание максимально простого и эффективного механизма принудительного исполнения международных мировых соглашений, достигнутых в результате процедуры посредничества, с одновременным сохранением присущей данной процедуре гибкости. По мнению разработчиков Конвенции, это приведет к снижению вероятности обращения сторон к судебному или арбитражному разбирательству после проведения посредничества и, как следствие, повысит привлекательность данного способа разрешения трансграничных коммерческих споров¹⁵.

При этом в Конвенции предусмотрена как возможность приведения в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества, так и возможность для стороны сослаться на такое соглашение в качестве возражения против иска.

Сфера действия Конвенции определена достаточно широко. Согласно п. 1 ст. 1 она применяется к соглашениям, достигнутым в рамках посредничества (медиации) и заключенным сторонами в письменной форме в целях урегулирования коммерческого спора (далее — мировые соглашения), которые в момент их заключения являлись международными (international)¹⁶. Таким образом, Конвенция

применяется к мировым соглашениям, соответствующим следующим требованиям.

Во-первых, соглашение должно быть достигнуто в рамках *посредничества*.

В качестве основы для определения посредничества используется определение, закрепленное в п. 3 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Так, под посредничеством (для целей Конвенции) понимается процедура, посредством которой стороны пытаются достичь мирного урегулирования возникшего между ними спора при содействии третьего лица или лиц (посредников), не обладающих полномочиями предписывать сторонам разрешение их спора. При этом наименование процесса не важно: он может именоваться «посредничеством», «согласительной процедурой» (как в Типовом законе ЮНСИТРАЛ), «медиацией» или иметь иное название с аналогичным смыслом. Следует отметить, что изначально Рабочей группой использовался термин «согласительная процедура». Однако в ходе обсуждений было принято решение заменить его термином «посредничество», получившим более широкое распространение¹⁷.

Так же как и Типовой закон ЮНСИТРАЛ, Конвенция применяется независимо от основы, на которой проводится посредничество. В качестве таковой может выступать, например, соглашение, достигнутое сторонами до или после возникновения спора; обязательство, установленное законом, или предписание либо предложение государственного суда или международного коммерческого арбитража¹⁸. При этом Конвенция не требует наличия между сторонами соглашения о проведении процедуры посредничества, а также привлечения какого-либо института, осуществляющего администрирование процедуры посредничества. Как следствие, соглашение, достигнутое в результате такой процедуры, может быть исполнено в соответствии с Конвенцией даже при отсутствии между сторонами соглашения о ее

¹⁵ Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ — Планируемая и возможная будущая работа. Часть III.

¹⁶ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation // URL: http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/51st-session/Annex_I.pdf (дата обращения: 21 октября 2018 г.).

¹⁷ Доклад Рабочей группы II (Арбитраж и согласительная процедура) о работе ее 64-й сессии (Нью-Йорк, 1—5 февраля 2016 г.) // URL: <http://undocs.org/ru/A/CN.9/867> (дата обращения: 24 октября 2018 г.).

¹⁸ Intervention of Canada in Audio Recording: Working Group II. 62nd Session (United Nations 2015). February 9, 2015. 9:30—12:30 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 16 октября 2018 г.).

проведении, что необходимо, например, при исполнении арбитражных решений.

Кроме того, при наличии такого соглашения сфера его действия (т.е. круг охватываемых им вопросов) не влияет на решение вопроса о применимости Конвенции. Иными словами, соглашение, достигнутое в результате посредничества, может быть исполнено даже в том случае, если оно разрешает вопросы, выходящие за рамки соглашения о проведении посредничества.

Таким образом, единственным необходимым условием для признания процедуры «посредничеством» (mediation) является стремление сторон достичь мирного урегулирования спора с помощью третьей стороны, не обладающей полномочиями по вынесению решения.

Вторым необходимым условием для применения Конвенции является «*международный*» (*international*) характер соглашения, который определяется на момент его заключения.

В ходе работы над проектом Конвенции было рассмотрено три возможных варианта определения международного характера мирового соглашения¹⁹:

- 1) территориальный — по месту проведения процедуры посредничества или месту заключения соглашения;
- 2) персональный — с учетом местонахождения коммерческих предприятий сторон соглашения;
- 3) по праву, применимому к мировому соглашению.

В итоге в качестве основы был выбран именно персональный принцип, в соответствии с которым соглашение считается международным, если в момент его заключения коммерческие предприятия по крайней мере двух сторон такого соглашения находились на территории разных государств.

Однако данное требование считается соблюденным и тогда, когда коммерческие предприятия сторон находятся на территории одного государства, если это государство не является: — ни государством, в котором должна быть исполнена значительная часть обязательств по мировому соглашению; или альтернативно:

— ни государством, с которым предмет мирового соглашения имеет наиболее тесную связь.

Таким образом, соглашение может быть признано международным даже в том случае, если само посредничество не является международным (например, если одна из сторон изменила местонахождение своего коммерческого предприятия в процессе посредничества, таким образом придав соглашению международный характер).

Третьим необходимым условием применения Конвенции является *письменный характер соглашения*.

Как следует из подготовительных материалов к Конвенции, данное требование должно пониматься максимально широко и охватывать любую форму, позволяющую обеспечить фиксацию содержания такого соглашения, включая электронные сообщения (при условии, что содержащаяся в них информация доступна для последующего использования)²⁰.

В Конвенции также сформулирован исчерпывающий перечень мировых соглашений, в отношении которых она не применяется. Так, из сферы ее действия исключены мировые соглашения, заключенные для урегулирования споров из сделок, совершенных в личных, семейных или домашних целях, а также соглашения, касающиеся семейного, наследственного и трудового законодательства.

Конвенция также не применяется к мировым соглашениям, утвержденным судом или заключенным в процессе разбирательства в государственном суде; мировым соглашениям, подлежащим исполнению в качестве судебных решений; а также соглашениям, оформленным и исполнимым в качестве арбитражных решений.

Так, не будут подпадать под действие Конвенции мировые соглашения, достигнутые уже после того, как судебное разбирательство началось (в том числе когда соглашение было заключено без какого-либо содействия со стороны суда), поскольку они, как правило, могут быть приведены в исполнение в качестве судебных решений в государстве, в котором

¹⁹ Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ — Урегулирование коммерческих споров. Международная коммерческая согласительная процедура: приведение в исполнение мировых соглашений. Вена, 7—11 сентября 2015 г. // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V15/049/90/PDF/V1504990.pdf?OpenElement> (дата обращения: 2 ноября 2018 г.).

²⁰ Доклад Рабочей группы II (Урегулирование споров) о работе ее 65-й сессии (Вена, 12—23 сентября 2016 г.). Комиссия ООН по праву международной торговли. Пятидесятая сессия. Вена, 3—21 июля 2017 г. // URL: <http://undocs.org/ru/A/CN.9/896> (дата обращения: 23 октября 2018 г.).

было возбуждено судебное разбирательство²¹. Не распространяет Конвенция свое действие и на соглашения, достигнутые в ходе арбитражного разбирательства, зафиксированные в качестве «решений на согласованных условиях» и имеющие такой же статус и действие, как и любое другое арбитражное решение. Аналогичным образом из сферы действия документа исключены соглашения, достигнутые в рамках процедуры посредничества, но приравненные к арбитражным решениям²². Такое решение разработчиков Конвенции обусловлено стремлением избежать возможного дублирования регламентации исполнения таких соглашений, которые могут подпадать под сферу действия иных документов (например, Гаагской конвенции о соглашениях о выборе суда 2005 г., Нью-Йоркской конвенции 1958 г., а также проекта Гаагской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений («Судейского проекта»)).

Вместе с тем необходимо учитывать, что соглашения, достигнутые в результате посредничества, не исключаются из сферы действия Конвенции только по той причине, что они могут быть признаны как судебные решения, если они не могут быть исполнены в качестве таковых²³. Например, в случае истечения срока исполнения решения, соглашение, утвержденное судом, больше не может быть принудительно исполнено в соответствующем государстве и, как следствие, может подпадать под действие Конвенции. При этом определение того, подлежит ли соглашение, утвержденное судом, или заключенное в суде, приведению в исполнение в том же порядке, что и судебное решение, осуществляется в соответствии с законодательством того государства, на территории которого имело место разбирательство²⁴.

Следует отметить, что Конвенция не содержит ограничений в отношении характера мер защиты или обязательств, предусмотренных мировым соглашением, достигнутых в результате посредничества. Таким образом, сфера ее действия не ограничивается соглашениями, предусматривающими выплату денежных средств.

По аналогии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., Сингапурская конвенция предусматривает, что мировые соглашения, подпадающие под сферу ее действия, являются обязательными и подлежат исполнению (п. 1 ст. 3). При этом Конвенция посвящена непосредственно приведению в исполнение таких соглашений, а не использованию «фикции», заключающейся в рассмотрении их в качестве арбитражных или судебных решений, что позволит устранить необходимость инициирования разбирательства в суде или арбитраже для включения соглашения в текст соответствующего решения.

Важной особенностью данного документа является тот факт, что он обеспечивает лишь рамочную основу для приведения в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества, при этом не преследуя цели согласования внутреннего законодательства государств в этой области, и не затрагивает правила проведения процедуры посредничества.

Таким образом, процедура приведения в исполнение мировых соглашений, достигнутых в рамках посредничества и подпадающих под сферу действия Конвенции, устанавливается каждым государством-участником самостоятельно (ст. 2 Конвенции). При этом такая процедура должна соответствовать правилам, установленным в ст. 4—5 Конвенции, то есть тем требованиям, которые она предъявляет в отношении:

²¹ Записка Секретариата — Урегулирование коммерческих споров: Международная коммерческая согласительная процедура: подготовка документа о приведении в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в рамках согласительной процедуры. 67-я сессия. Вена, 2—6 октября 2017 г. // URL: <http://undocs.org/ru/A/CN.9/WG.II/WP.202> (дата обращения: 25 октября 2018 г.).

²² Такой подход принят, например, в Индии, на Бермудских островах, а также в ряде американских штатов (в частности, в Калифорнии и Техасе) (см.: Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ — Планируемая и возможная будущая работа. Часть III).

²³ Schnabel T. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3239527 (дата обращения: 18 октября 2018 г.).

²⁴ Записка Секретариата — Урегулирование коммерческих споров: Международная коммерческая согласительная процедура: подготовка документа о приведении в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в рамках согласительной процедуры. 67-я сессия. Вена, 2—6 октября 2017 г.

- 1) перечня документов, необходимых для приведения в исполнение мировых соглашений, достигнутых в рамках посредничества;
- 2) оснований для отказа в приведении в исполнение таких соглашений;
- 3) соотношения правил, установленных Конвенцией, с национальным законодательством и международными договорами, в которых участвует соответствующее государство — участник Конвенции.

Рассмотрим каждое из указанных требований.

Так, в ст. 4 Конвенции установлен перечень документов, которые заинтересованная сторона должна представить в компетентный орган договаривающегося государства для приведения в исполнение мирового соглашения, достигнутого в рамках посредничества. К числу таких документов относятся:

а) мировое соглашение, подписанное сторонами (или их надлежащим образом уполномоченными представителями).

Требование о «письменной форме» считается соблюденным в случае, если соглашение содержится в любой форме, позволяющей обеспечить фиксацию его содержания, включая электронные сообщения, при условии, что содержащаяся в них информация доступна для последующего использования и воспроизведения. При этом соглашение не обязательно должно содержаться в одном документе. В отношении электронных сообщений данное требование считается соблюденным в случае соответствия условиям, установленным, например, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронных подписях 2001 г. и др.;

б) доказательства того, что соглашение было заключено в результате процедуры посредничества, включая альтернативно:

- подпись посредника на мировом соглашении. Несмотря на то что это наиболее простой способ доказывания данного фак-

та, не все государства допускают возможность подписания мирового соглашения посредником. На это обстоятельство было обращено внимание в ходе 63-й сессии ЮНСИТРАЛ²⁵. Как правило, такой запрет объясняется необходимостью подтверждения того, что соглашение было достигнуто сторонами, а не вынесено посредником, а также необходимостью предотвращения риска признания посредника стороной такого соглашения²⁶. В связи с этим в качестве альтернативы стороны могут предоставить иные доказательства того, что соглашение было заключено в результате посредничества, такие как:

- подписанный посредником документ, подтверждающий проведение процедуры посредничества; или
- подтверждение института, который осуществлял администрирование посреднической процедуры.

В случае невозможности представления ни одного из вышеуказанных доказательств, сторона вправе представить любые другие доказательства. В качестве таковых могут использоваться, например, соглашение о проведении процедуры посредничества и документ, подтверждающий факт оплаты услуг посредника.

При этом компетентный орган, в который поступило ходатайство о приведении в исполнение мирового соглашения, может запросить любой документ, необходимый для проверки соблюдения условий Конвенции (например, доказательства, подтверждающие полномочия представителей сторон, подписавших мировое соглашение, или доказательство международного характера мирового соглашения и др.)²⁷.

Следуя подходу, закрепленному в Нью-Йоркской конвенции 1958 г., ст. 5 Сингапурской конвенции устанавливает исчерпывающий перечень для отказа в приведении в исполнение мирового соглашения, достигнутого в результа-

²⁵ Intervention of Canada in Audio Recording: Working Group II. 63rd Session (United Nations 2015). September 8, 2015. 9:30—12:30 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 20 октября 2018 г.).

²⁶ Interventions of Canada and CIETAC in Audio Recording: Working Group II. 64th Session (United Nations 2016). February 3, 2016. 15:00—18:00 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 21 октября 2018 г.); Intervention of Canada in Audio Recording: Working Group II. 65th Session (United Nations 2016). September 15, 2016. 9:30—12:30 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 21 октября 2018 г.).

²⁷ Доклад Рабочей группы II (Урегулирование споров) о работе ее 67-й сессии (Вена, 2—6 октября 2017 г.) // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V17/072/81/PDF/V1707281.pdf?OpenElement> (дата обращения: 28 октября 2018 г.).

те процедуры посредничества. Как следствие, ссылки стороны, пытающейся воспрепятствовать исполнению мирового соглашения, на какие-то иные обстоятельства, не упомянутые в Конвенции, должны оставляться без внимания.

По аналогии с Нью-Йоркской конвенцией, все основания, перечисленные в данной статье (ст. 5), можно условно разделить на две группы.

Первую группу составляют основания для отказа в исполнении соглашения, которые могут быть рассмотрены исключительно по заявлению заинтересованной стороны. При этом компетентный орган не вправе применять данные основания по своей инициативе. В основном сюда относятся основания, связанные с недостатками мирового соглашения или процедуры проведения посредничества, в частности предоставление заинтересованной стороной доказательств того, что:

- a) сторона мирового соглашения, достигнутого в рамках посредничества, была в какой-либо степени недееспособна (например, не имела полномочий на подписание такого соглашения);
- b) мировое соглашение, испрашиваемое для исполнения:
 - является ничтожным, утратило силу или не может быть исполнено по праву, которому стороны его подчинили, а в отсутствие такого выбора — по праву, признанному применимым компетентным органом того договаривающегося государства, на территории которого это соглашение было принято (например, если соглашение было заключено в результате мошенничества или введения в заблуждение);
 - не имеет обязательной силы или не является окончательным в соответствии с его условиями; или
 - впоследствии было изменено сторонами;
- c) обязательства, содержащиеся в соглашении:
 - уже были исполнены;
 - неясны или непонятны (например, если мировое соглашение было сформулировано настолько неопределенно, что компетентный орган не может установить ис-

прашиваемую стороной помощь, даже если установит, что такая сторона имеет право на исполнение соответствующего соглашения);

- d) такое исполнение будет противоречить условиям мирового соглашения;
- e) имело место серьезное нарушение посредником стандартов, применимых к посреднику или к процедуре посредничества, без которых эта сторона не заключила бы соглашение. Следует учитывать, что данное основание может быть применено лишь при наличии соответствующих стандартов, которые могут быть установлены соглашением сторон, законодательством государства, на территории которого проводится процедура посредничества (например, принятого в результате имплементации положений Типового закона ЮНСИТРАЛ), или кодексом поведения посредников. При этом такое нарушение должно быть достаточно серьезным и иметь причинно-следственную связь с заключенным сторонами мировым соглашением;
- f) посредник не раскрыл сторонам обстоятельства, которые могут вызвать обоснованные сомнения в его независимости и беспристрастности, и такое нераскрытие оказало существенное воздействие или ненадлежащее влияние на одну из сторон, поскольку без такого нераскрытия сторона не заключила бы соглашения.

Ко второй группе относятся основания для отказа, которые компетентный орган может применить *sua sponte*, то есть по своей инициативе:

- a) противоречие публичному порядку²⁸ соответствующего государства; или
- b) немедиабельность спора²⁹, то есть невозможность предмета спора быть урегулированным посредством процедуры посредничества в соответствии с законодательством страны, на территории которой испрашивается исполнение соглашения. Например, согласно п. 5 ст. 1 Федерального закона от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»³⁰

²⁸ О понятии публичного порядка см., например: *Засемкова О. Ф.* Сверхимперативные нормы: теория и практика. М.: Инфотропик Медиа, 2018.

²⁹ См.: Центр правовых примирительных процедур: Основные понятия для медиаторов — http://www.mediaciacpp.ru/information/concepts_for_mediators.php (дата обращения: 2 ноября 2018 г.).

³⁰ Российская газета. 30 июля 2010. № 168.

процедура медиации (посредничества) не применяется к спорам, которые затрагивают или могут затронуть права и законные интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы.

При этом все вышеперечисленные условия не только выступают основаниями для отказа в исполнении мировых соглашений, достигнутых в рамках посредничества, но одновременно являются основаниями для отказа в учете соответствующих соглашений в качестве возражений против требований.

Кроме того, они носят разрешительный характер. Иными словами, компетентный орган государства — участника Конвенции будет вправе, но не обязан отказать в приведении в исполнение мирового соглашения, если установит наличие одного из указанных оснований. Как следствие, приведение в исполнение мирового соглашения, достигнутого в результате процедуры посредничества, даже в случае наличия одного из оснований для отказа, перечисленных в ст. 5, не будет противоречить ни смыслу, ни тексту Сингапурской конвенции.

При соблюдении всех вышеуказанных условий (а именно в случае предоставления заинтересованной стороной всех необходимых документов и при отсутствии оснований для отказа) компетентный орган государства — участника Конвенции будет обязан привести соглашение в исполнение.

Еще одно важное положение закреплено в ст. 7 Конвенции, которая, по аналогии с п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции 1958 г., устанавливает правило о «более благоприятном законодательстве», позволяющее применить в отношении приведения в исполнение более благоприятное (по сравнению с требованиями Сингапурской конвенции) национальное законодательство или международный договор.

Статья 8 Конвенции предусматривает оговорки, которые государства смогут сделать при ратификации Конвенции или в последующем. Во-первых, при присоединении к Конвенции государство может заявить о том, что оно не будет применять ее к соглашениям, стороной которых является правительственное учреждение или любое лицо, действующее от имени такого учреждения.

В ходе работы над проектом Конвенции Рабочей группой также был рассмотрен вопрос о целесообразности включения в его текст второй оговорки, ставящей применение Конвенции в зависимость от усмотрения сторон мирового соглашения³¹. В итоге было принято компромиссное решение, согласно которому Конвенция будет применяться по умолчанию. Однако договаривающееся государство может заявить о том, что будет применять Конвенцию только в той степени, в какой стороны мирового соглашения согласились на ее применение. В таком случае для применения Конвенции необходимо будет либо включить ссылку на нее в соглашение сторон, либо выбрать в качестве применимого право государства, в котором применение Конвенции не ограничено такой оговоркой.

Конвенция также содержит правила, касающиеся участия в ней региональных организаций экономической интеграции (РОЭИ). Так, в силу п. 4 ст. 12 нормы РОЭИ (например, таких как Европейский Союз) будут иметь приоритет в отношении противоречащих им положений Конвенции, при одновременном соблюдении двух следующих условий: 1) если ходатайство подано в компетентный орган государства — члена РОЭИ; и 2) соглашение связано только с государствами, являющимися членами РОЭИ. Таким образом, в случае присоединения Европейского Союза в целом и всех входящих в его состав государств к Сингапурской конвенции она будет применяться к исполнению мировых соглашений, заключенных между двумя компаниями, находящимися на территории ЕС, только в том случае, если существенная часть обязательств по такому соглашению будет подлежать исполнению вне территории ЕС.

ПЕРСПЕКТИВЫ ПРИСОЕДИНЕНИЯ К КОНВЕНЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В отличие от многих других стран, в России разрешение споров путем процедуры посредничества пока не получило широкого распространения, по крайней мере применительно к трансграничным коммерческим спорам³².

Основными нормативными актами, регламентирующими вопросы исполнения между-

³¹ Доклад Рабочей группы II (Урегулирование споров) о работе ее 65-й сессии (Вена, 12—23 сентября 2016 г.).

³² Ответы на вопросы Секретариата ЮНСИТРАЛ.

народных мировых соглашений, достигнутых в рамках посредничества, являются:

- Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»;
- Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»;
- Арбитражный процессуальный кодекс РФ 2002 г.

Согласно данным актам, исполнение таких соглашений возможно одним из двух способов³³:

- 1) посредством механизмов, предусмотренных гражданским законодательством (когда соглашение было достигнуто без передачи спора на рассмотрение суда или арбитража);
- 2) в качестве судебного или арбитражного решения (если соглашение было достигнуто уже после передачи спора на рассмотрение суда или арбитража и было утверждено ими).

Однако ни один из указанных документов не предусматривает механизма, который позволил бы обеспечить принудительное исполнение международных мировых соглашений, достигнутых в рамках посредничества.

При этом анализ положений Конвенции показывает, что присоединение к ней России не потребует существенных изменений национального законодательства. В связи с этим следует согласиться с мнением Д. Л. Давыденко, который отмечает целесообразность присоединения России к данному документу, хотя и с некоторыми оговорками в соответствии со ст. 8 Конвенции³⁴.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подводя итог всему вышеизложенному, отметим, что данная Конвенция может существенно изменить взгляд на посредничество, сделав его одним из наиболее востребованных способов урегулирования трансграничных коммерческих споров.

Преимуществом присоединения государств, включая Россию, именно к Конвенции является тот факт, что данная форма документа позволит создать унифицированное посредничество, обязательное для всех государств-участников. Так, еще при работе над проектом Конвенции о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества (медиации), многие делегации выступали за принятие именно такого документа³⁵. Аналогичное мнение высказывалось Международным институтом медиации³⁶.

При этом еще на стадии разработки Конвенции ее сторонники выражали надежду на то, что она сделает для посредничества то же самое, что Нью-Йоркская конвенция 1958 г. сделала для развития и популяризации международного коммерческого арбитража³⁷.

Будет ли достигнута столь амбициозная цель — покажет лишь время, это будет зависеть от того, сколько государств решит присоединиться к Конвенции. Пока же для вступления ее в силу потребуются ратификация всего тремя государствами, что делает данный факт вопросом ближайшего будущего.

³³ Ответы на вопросы Секретариата ЮНСИТРАЛ.

³⁴ См.: *Davydenko D. Russia and the UNCITRAL Instruments on Enforcement of International Commercial Settlement Agreements Resulting From Mediation* // Новые горизонты международного арбитража. С. 115.

³⁵ Interventions of Singapore, Israel, Colombia, Thailand, and Canada in Audio Recording: Working Group II, 63rd Session (United Nations 2015). September 10, 2015. 14:00—17:00 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 27 октября 2018 г.); Interventions of the United States, Turkey, Israel, Colombia, and Mexico in Audio Recording: Working Group II, 65th Session (United Nations 2016). September 16, 2016. 14:00—17:00 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 26 октября 2018 г.); Interventions of China, the United States, Kuwait, Singapore, Israel, and Sri Lanka in Audio Recording: Working Group II, 65th Session (United Nations 2016). September 19, 2016. 9:30—12:30 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 28 октября 2018 г.).

³⁶ Intervention of IMI, in Audio Recording: Working Group II, 63rd Session (United Nations 2015). September 10, 2015. 14:00—17:00 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 28 октября 2018 г.).

³⁷ Intervention of the United States in Audio Recording: U. N. Commission on International Trade Law. 48th Session (United Nations 2015). July 2, 2015. 9:30—12:30 // URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp> (дата обращения: 28 октября 2018 г.); *Chua E. The future of international mediated settlement agreements: Of conventions, challenges and choices* // Tan Pan Online: A Chinese-English Journal on Negotiation. 1—11. Research Collection School of Law. 2015. P. 3.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Гайдаенко Шер Н. И.* Конвенция о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате международной коммерческой согласительной процедуры: в начале пути // Журнал российского права. — 2017. — № 3. — С. 157—168.
2. *Засемкова О. Ф.* Сверхимперативные нормы: теория и практика. — М. : Инфотропик Медиа, 2018. — 412 с.
3. *Chua E.* The future of international mediated settlement agreements: Of conventions, challenges and choices // Tan Pan Online: A Chinese-English Journal on Negotiation. — 1—11. Research Collection School of Law. — 2015. — Pp. 1—12.
4. *Davydenko D.* Russia and the UNCITRAL Instruments on Enforcement of International Commercial Settlement Agreements Resulting From Mediation // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 4 : сборник статей / под науч. ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина ; Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права. — М. : Инфотропик Медиа, 2018. — С. 106—128.
5. *Deason E.* Enforcement of Settlement Agreements in International Commercial Mediation: A New Legal Framework? // Dispute Resolution Magazine. — Fall 2015. — Pp. 32—38.
6. *Partasides C.* Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 4 : сборник статей / под науч. ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина ; Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права. — М. : Инфотропик Медиа, 2018. — С. 48—57.
7. *Schnabel T.* The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3239527 (дата обращения: 18 октября 2018 г.).
8. *Sussman E.* The New York Convention Through a Mediation Prism // Dispute Resolution Magazine. — Vol. 15. — № 4. — Summer 2009. — URL: <https://sussmanadr.com/docs/NY%20Coinvention%20Prism%20ABA%20DR%20as%20printed-%20white%20background%208—09.pdf> (дата обращения: 29 октября 2018 г.).

Материал поступил в редакцию 6 ноября 2018 г.

THE SINGAPORE CONVENTION ON ENFORCEMENT OF MEDIATED SETTLEMENT AGREEMENTS (MEDIATION): FROM DREAM TO REALITY?

ZASEMKOVA Olesya Fedorovna, PhD in Law, Lecturer of the Department of Private International Law, Lecturer of the Moot Courts Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
zasemkova.olesya@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. On 26th of June, 2018, at its 51th session, the UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL) announced the completion of two important documents — a draft United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, as well as the draft amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002) that, to a large extent, repeats the provisions of the draft Convention. It is expected that after its approval by the UN General Assembly on August 1, 2019, the Convention will be open for signature and, if ratified by a significant number of States, will play an important role in increasing the attractiveness of this method of dispute settlement to the international business community, allowing it to compete with international commercial arbitration.

In this regard, the article attempts to analyze the main provisions of this Convention and to assess the feasibility of accession to it of the Russian Federation, taking into account the fact that currently in Russia this method of settlement of cross-border commercial disputes is not widespread. According to the results of the analysis, the author comes to the conclusion that the adoption of this Convention will create a basis for the enforcement of international agreements reached as a result of mediation and acceptable for States with different legal, social and economic conditions, while maintaining the inherent flexibility of this method of dispute resolution. This, in turn, will reduce the likelihood of parties to cross-border commercial disputes going to court or international commercial arbitration after mediation and, accordingly, will increase the attractiveness of this method of dispute resolution for the parties.

Keywords: mediation, settlement agreement, conciliation, alternative dispute resolution (ADR), enforcement, UNCITRAL, Singapore Convention, cross-border commercial dispute.

REFERENCES

1. Gaidaenko Sher N. I. Konventsiya o privedenii v ispolnenie mirovykh soglasheniy, dostignutykh v rezultate mezhdunarodnoy kommercheskoy soglasitelnoy protsedury: v nachale puti [Convention on the Enforcement of Settlements reached as a Result of an International Commercial Conciliation Procedure: At the Beginning]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2017. No. 3. P. 157—168. (In Russ.)
2. Zasekova O.F. Sverkhimperativnye normy: teoriya i praktika [The mandatory rules: theory and practice]. Moscow, Infotropic Media Publ., 2018. 412 p. (In Russ.)
3. Chua E. The future of international mediated settlement agreements: Of conventions, challenges and choices. *Tan Pan Online: A Chinese-English Journal on Negotiation*. 1—11. Research Collection School of Law. 2015. Pp. 1—12. (In Russ.)
4. Davydenko D. Russia and the UNCITRAL Instruments on Enforcement of International Commercial Settlement Agreements Resulting from Mediation. *New horizons of international arbitration. Issue 4. Collection of articles*. A. V. Asoskov, A. I. Muranov, R. M. Khodykin (eds); Association of researchers of private international and comparative law. Moscow, Infotropic Media Publ., 2018. P. 106—128. (In Russ.)
5. Deason E. Enforcement of Settlement Agreements in International Commercial Mediation: A New Legal Framework? *Dispute Resolution Magazine*. Fall 2015.- Pp. 32—38.
6. Partasides C. Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration. *New horizons of international arbitration. Issue 4. Collection of articles*. A. V. Asoskov, A. I. Muranov, R. M. Khodykin (eds); Association of researchers of private international and comparative law. Moscow, Infotropic Media Publ., 2018. P. 48—57. (In Russ.)
7. Schnabel T. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3239527 (accessed: 18 October 2018).
8. Sussman E. The New York Convention Through a Mediation Prism. *Dispute Resolution Magazine*. Vol. 15. No. 4. Summer 2009. URL: <https://sussmanadr.com/docs/NY%20Coinvention%20Prism%20ABA%20DR%20as%20printed-%20white%20background%208—09.pdf> (accessed: 29 October 2018).

Ю. А. Случевская*

ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ МОДЕЛИ СОВМЕСТНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ И ОХРАНЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ ВОДОТОКОВ

Аннотация. Статья посвящена проблеме формирования современной международно-правовой модели совместного использования и охраны международных водотоков, направленной на эффективное обеспечение водой государств международного водотока с учетом новых вызовов и угроз, которые негативно отражаются на мировых запасах водных ресурсов. В основе модели находится понятие «международный водоток», обладающее следующими признаками: 1) к международным водотокам относятся поверхностные и подземные воды; 2) пространственно-территориальная характеристика международного водотока, выражающаяся в пересечении границы между двумя или более государствами или нахождении на границе; 3) использование международных водотоков затрагивает интересы двух или более государств; 4) особый международно-правовой режим использования международных водотоков, формировавшийся с развитием международного права; 5) особые требования к защите экосистем международных водотоков, которые в том числе включают охрану от загрязнения и других форм деградации прилегающих к международным водотокам земельных участков, лесов, животного и растительного мира, а также морей, в которые впадают водотоки; 6) наличие большого конфликтного потенциала при использовании водных ресурсов международных водотоков. Анализ положений доктрин совместного использования и охраны трансграничных вод показывает, что при формировании международного водного права необходимо своевременно учитывать антропогенные факторы, технологические и социально-экономические изменения. Современная международно-правовая модель совместного использования и охраны международных водотоков представляет собой систему международных правовых норм, регулирующих межгосударственные отношения в следующих сферах: предотвращение, ограничение и сокращение трансграничного воздействия; защита экосистем международных водотоков; рациональное использование вод международных водотоков, эффективное управление водными ресурсами международных водотоков (включая создание и функционирование международных бассейновых организаций); информационное обеспечение населения международных водотоков.

Ключевые слова: международные водотоки, трансграничные воды, международное водное право, доктрина абсолютного суверенитета, доктрина ограниченного суверенитета, доктрина оптимального развития, доктрина приоритетности.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.073-086

© Случевская Ю. А., 2019

* Случевская Юлия Александровна, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России
ula-sl@mail.ru
236006, Россия, г. Калининград, ул. Генерала Галицкого, д. 30

ВВЕДЕНИЕ

Конфликты между государствами за обладание водными ресурсами сопровождают всю историю человечества. В 2400 г. до н.э. зафиксирован первый случай — противостояние двух шумерских городов-государств Лагаш и Умма в регионе Гуэдэну. По приказу царя Лагаша из названного района была отведена вода, и это лишило население Уммы доступа к питьевым источникам¹. Исторически водные ресурсы использовались в межгосударственных отношениях и как средство достижения политических и военных целей, и как сама цель. Правовой режим использования рек, каналов, озер и других водотоков приграничными государствами получил достаточно подробную регламентацию. По данным ООН, за период с 805 г. по настоящее время было заключено более 3 600 договоров, касающихся международных водных ресурсов². В то же время международное водное право в настоящее время не обладает статусом самостоятельной отрасли, а проходит процесс становления. Причина этого видится в трансформации отношения человека к воде. Если на заре возникновения международного права в качестве приоритетного направления использования водных ресурсов рассматривалось судоходство, то на сегодняшний день формирование многих конвенционных соглашений определяется потребностью в чистой и безопасной питьевой воде.

Тенденции, связанные с разноплановыми и непрекращающимися процессами приобретения и утраты государственных территорий, а также с изменением ценности водных ресурсов, нашли отражение и в практике Международного Суда ООН. Рассматривая дело, касающееся проекта «Габчигово-Надьмарош» о строительстве дамб на реке Дунай, Суд отметил, что «действия, которые могли быть

правильными с точки зрения права в 1989 или 1992 году... могут стать нарушением правовых норм, будучи предписаны в 1997 году»³.

Проблемы правовой регламентации использования трансграничных вод непосредственно затрагивают подавляющее большинство населения Земли, а опосредованно — все население. По данным ООН, приблизительно 40 % проживают в бассейнах рек и озер, находящихся на территории двух и более государств, а 90 % — в странах, часть территории которых относится к какому-либо международному водному бассейну, около 2 млрд людей по всему миру зависят от подземных вод⁴. В современных условиях трансграничные воды имеют особое значение также в связи с тем, что борьба за их ресурсы содержит в себе большой конфликтный потенциал. Учитывая, что последствия, связанные с глобальными климатическими изменениями, приобретают все более опасные формы, количество такого рода конфликтов будет только увеличиваться.

В настоящее время происходит смена приоритетов использования водных ресурсов. В международном праве отчетливо прослеживается тенденция признания мировым сообществом права на воду в качестве неотчуждаемого права человека. Появляются новые методы гидрологических и других естественно-научных исследований, что непосредственно отражается и на понятийном аппарате международного водного права. Осуществляется своего рода ревизия положений разработанных доктрин, доказывают свою состоятельность новые теории. Принимаются международные соглашения, посвященные определению международно-правового режима трансграничных вод. Все эти процессы позволяют констатировать, что в настоящее время складывается международно-правовая модель совместного использования и охраны международных водотоков.

¹ См.: *Hatami H., Gleick P. Chronology of Conflict over Water in the Legends, Myths, and History of the Ancient Middle East // Water, war, and peace in the Middle East. Environment. 1994. 36(3). URL: www.worldwater.org/conflict/list* (дата обращения: 08.04.2018).

² См.: Международное десятилетие действий «Вода для жизни», 2005—2015 годы. ООН — Водные ресурсы // URL: www.un.org/ru/waterforlifedecade/transboundary_waters.shtml (дата обращения: 07.06.2017).

³ Дело, касающееся проекта «Габчигово-Надьмарош» (Венгрия/Словакия). 1997. I.C.J. 92 (Sept.25); 37 I.L.M. 162 (1998) // URL: <http://www.icj-cij.org/idocket/ihs/ihsjudgment/ihsjudcontent.html> (дата обращения: 07.12.2017).

⁴ См.: *Transboundary Waters: Sharing Benefits, Sharing Responsibilities // URL: www.unwater.org* (дата обращения: 15.06.2017).

1. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ВОДОТОК: ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ

Понятие «международный водоток» составляет основу современной международно-правовой модели совместного использования и охраны вод, обладающих трансграничным статусом⁵. Анализ источников международного права позволяет выделить следующие признаки соответствующего понятия:

А. К международным водотокам относятся поверхностные и подземные воды.

В то же время необходимо учитывать, что не все виды поверхностных и подземных вод относятся к международным водотокам, которые являются объектами международного права. Подходы к определению объема этого понятия в международных соглашениях различаются.

Морские воды традиционно не рассматриваются в рамках международного права как воды (часть вод), обладающие статусом международных водотоков. Это связано главным образом с историческими особенностями. В течение длительного периода судоходство являлось основной целью использования поверхностных вод, в качестве которых рассматривались пригодные для этого реки, озера, каналы и др. Соответствующее регулирование, как правило, определялось приграничными государствами. В отношении же морских вод сложились специальные обычаи, которые легли в основу международных договоров, установивших особый правовой статус таких вод. Основным международным соглашением в этой сфере является Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. Подтверждение того, что морские воды не рассматриваются в рамках соглашений, определяющих статус международных водотоков, можно найти и в специальных международных документах. Например, в Берлинских правилах по водным ресурсам (2004 г.), подготовленных Ассоциацией международного права взамен Хельсинкских правил об использовании вод международных рек (1966 г.), однозначно указывается, что морские воды исключаются из сферы данных Правил независимо от того, являются ли они водами международного водосборного бассейна или нет. Однако необходимо учитывать следующую особенность: в практике международных организаций режим трансграничных вод распространяется также на бухты,

заливы, проливы и каналы, которые являются границами двух или более государств или которые находятся внутри одного государства и признаны в качестве необходимого канала сообщения между открытым морем и другими государствами.

Одной из основных тенденций последних десятилетий является расширение понятия «международный водоток» за счет включения в него водоносных горизонтов и бассейнов подземных вод, которые находятся на территории двух и более государств. В первую очередь это связано, как уже отмечалось выше, с пересмотром значения и роли воды в современном мире, а также доминированием системного подхода в международном экологическом праве. Подземные воды не только являются значительным резервом питьевой воды, но и играют значительную роль в поддержании наземных и водных экосистем. В Конвенции 1997 г. вместо термина «подземные воды» используется термин «грунтовые воды». В естественных науках грунтовые воды определяются как подземные воды первого от поверхности Земли постоянного водоносного горизонта. Действие Конвенции 1997 г. не распространяется на трансграничные водоносные горизонты, которые непосредственно не связаны с поверхностными водами. Это следует в том числе из п. «а» ст. 2 Конвенции 1997 г., в которой основной предмет ее регулирования — водоток — определяется как система поверхностных и грунтовых вод, составляющих в силу своей физической взаимосвязи единое целое и обычно имеющих общее окончание. В то же время в Руководстве по внедрению Конвенции по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер 1992 г., подготовленном Европейской экономической комиссией ООН в 2013 г., разъяснялось, что трансграничные воды не должны ограничиваться водным объектом (таким как, например, река, озеро, водоносный горизонт), а должны покрывать весь водосбор упомянутого водного объекта (в случае водоносного горизонта — как замкнутого, так и незамкнутого — всю его зону подпитки).

Новым этапом развития международного водного права стал проект статей о праве трансграничных водоносных горизонтов, подготовленный Комиссией международного права

⁵ См. подробнее: Случевская Ю. А. Проблемы понятийного аппарата в международном водном праве // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 2 (63). С. 134—139.

ООН (в приложении к Резолюции 63/124). На региональном уровне уже принимаются соответствующие соглашения, например Конвенция по охране, использованию, подпитке и мониторингу франко-швейцарского женеvского водоносного горизонта (2007 г.). Причины необходимости самостоятельного международного режима использования водоносного горизонта, части которого находятся в различных государствах, видятся в особой уязвимости таких вод. Для их восстановления требуется значительное количество времени, некоторые водоносные горизонты рассматриваются как невозобновляемые. На наш взгляд, несмотря на необходимость самостоятельного правового регулирования трансграничных водоносных горизонтов, они должны рассматриваться как части соответствующих международных водотоков.

Б. Международные водотоки пересекают границы между двумя или более государствами или расположены на таких границах.

Указанная пространственно-территориальная характеристика международных водотоков определяет и особенности их загрязнения, которые проявляются в следующей зависимости. Если источник негативного воздействия на состояние международного водотока полностью или частично расположен в районе, находящемся под юрисдикцией одного государства, велика вероятность наступления вредных последствий для окружающей среды в районе, находящемся под юрисдикцией другого государства. При этом действует важнейшая закономерность: государство, находящееся выше по течению, может оказывать негативное воздействие посредством загрязнения и водозабора на качество и количество воды, которая поступает в государство, расположенное ниже по течению. Указанная закономерность лежит в основе межгосударственных конфликтов, сопровождающих всю историю человечества, международно-правовая модель их разрешения в силу глобальных социальных и природных изменений до сих пор находится на стадии формирования.

В. Использование международных водотоков затрагивает интересы двух или более государств. Наиболее полное объяснение этого признака содержится в позиции Комиссии международного права ООН, которая указала,

что «в той степени, в какой части вод одного государства не затрагиваются либо сами не затрагивают виды использования вод другого государства, они не рассматриваются в качестве составной части международной системы водотоков. Следовательно, только в той степени, в какой виды использования вод системы затрагивают друг друга, система является международной; соответственно, понятие международного водотока является не абсолютным, а относительным»⁶. На согласование интересов государств международного водотока оказывает влияние фактор государственного суверенитета. Цели государств одного международного водотока в отношении его использования могут кардинально отличаться.

Г. Определен особый международно-правовой режим использования международных водотоков. Содержательная сторона такого режима с течением времени подверглась изменениям. На сегодняшний день в международном праве сформировалось несколько доктрин совместного использования международных водотоков, критический анализ которых приводится ниже.

Д. Специальные требования, связанные с защитой экосистем международных водотоков. Соответствующее положение установлено во всех международных договорах, определяющих правовой статус и режим использования международных водотоков: государства берут на себя обязанность охранять от загрязнения и других форм деградации не только сами водотоки, но и прилегающие земельные участки, леса, животный и растительный мир, а также моря, в которые впадают водотоки. Новым этапом в реализации требования осуществления защиты экосистем международных водотоков стало установление на конвенционном уровне принципа «загрязнитель платит» (например, в Конвенции по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер 1992 г.), в соответствии с которым расходы, связанные с мерами по предотвращению, ограничению и сокращению загрязнения, покрываются загрязнителем. В то же время в международном водном праве не оформилась дефиниция «загрязнитель» — не определено, ни что признается загрязнением, ни уровень и степень оплаты последствий за-

⁶ Кришна Р. История и условия развития политики Банка в отношении проектов, касающихся международных водных путей // Международные водотоки: Расширение сотрудничества и урегулирование конфликтов. Нью-Йорк — Женева, 2000. С. 31.

грязнения. Это создает своего рода дискреционное пространство. В практике Суда Европейского Союза отмечается, что применение этого принципа должно быть пропорциональным, то есть уровень оплаты загрязнения должен устанавливаться от степени фактического загрязнения, осуществленного конкретными загрязнителями, и справедливым образом распределяться между ними⁷. Самыми известными судебными прецедентами, на основе которых сформировалось указанное правило, являются следующие дела, рассмотренные Судом Европейского Союза: *the Standley*⁸, *the Van de Walle*⁹, *the Erika*¹⁰. Главное при реализации этого принципа — не сводить его к формуле «загрязнитель платит за право загрязнять».

Е. Наличие большого конфликтного потенциала при использовании водных ресурсов международных водотоков. Недостаток водных ресурсов становится все более значимой проблемой для мирового сообщества. Сложность ситуации заключается в том, что на сегодняшний день отсутствуют эффективные международные правовые механизмы использования и охраны международных водотоков. Это, в свою очередь, может привести к серьезным международным конфликтам, связанным

с водными ресурсами. Исследователи данной проблемы используют не только слово «конфликт», но и «спор», «напряженность». Такого рода конфликтная сфера определяется как конфликтное взаимодействие между государствами, которые могут варьироваться от обоюдных обвинений и дипломатической напряженности до военных межгосударственных столкновений за обладание водными ресурсами¹¹. Независимые международные организации и научные центры ведут своего рода кадастр международных споров за обладание водными ресурсами, которые имели место в прошлом и происходят в настоящее время¹². Исследователи активно изучают и факторы, способствующие возникновению водных конфликтов: доступность воды в конкретном регионе¹³, изменения климата¹⁴, значимость международного водотока¹⁵, уровень развития демократии¹⁶, коммерческая торговля¹⁷, отношения между странами, находящимися выше и ниже по течению международного водотока¹⁸, наличие международных договоров о совместном использовании вод¹⁹. Большой конфликтный потенциал при использовании водных ресурсов международных водотоков не всегда рассматривается в качестве негатив-

⁷ См.: *Bleeker A.* Does the Polluter Pay? The Polluter-Pays Principle in the Case Law of the European Court of Justice // *European Energy and Environmental Law Review*. 2009. December. P. 289.

⁸ См.: Case 239/97, *The Queen v Secretary of State for the Environment and Minister of Agriculture Fisheries and Food ex parte H. A. Standley and Others and D.G. D. Metson and Others*, [1999] ECR I-02603.

⁹ См.: Case 1/03, *Criminal proceedings against Paul Van de Walle, Daniel Laurent, Thierry Mersch and Texaco Belgium SA*, [2004] ECR I-07613.

¹⁰ См.: Case 188/07, *Commune de Mesquer v. Total France SA and Total International Ltd*, [2008] ECR I-04501.

¹¹ См.: *De Stefano L., Petersen-Perlman J. D., Sproles E. A., Eynard J., Wolf A. T.* Assessment of transboundary river basins for potential hydro-political tensions // *Global Environmental Change*. 2017. 45. P. 37.

¹² Например: Pacific Institute. Information on the World's Freshwater Resources. Water Conflict // URL: www.worldwater.org/water-conflict/ (дата обращения: 20.12.2017).

¹³ См.: *Furlong K., Gleditsch N. P., Hegre H.* Geographic opportunity and neomalthusian willingness: Boundaries, shared rivers, and conflict // *International Interactions*. 2006. 32 (1). Pp. 79—108.

¹⁴ См.: *Nordas R., Gleditsch N. P.* Climate change and conflict // *Political Geography*. 2007. 26 (6). Pp. 627—638.

¹⁵ См.: *Hensel P. R., Mitchell S. M., Sowers T. E., Thyne C. L.* Bones of contention: comparing territorial, maritime, and river issues // *Journal of Conflict Resolution*. 2008. 52 (1). Pp. 117—143.

¹⁶ См.: *Brochmann M., Gleditsch N. P.* Shared rivers and conflict: A reconsideration // *Political Geography*. 2012. 31. Pp. 519—527.

¹⁷ См.: *Dinar S. D., Katz L., De Stefano L., and Blankespoor B.* Climate change, conflict, and cooperation: global analysis of the effectiveness of international river treaties in addressing water variability // *Political Geography*. 2015. 45. Pp. 55—66.

¹⁸ См.: *Munia H., Guillaume J. H. A., Mirumachi N., Porkka Y., Wada Y., and Kummu M.* Water stress in global transboundary river basins: significance of upstream water use on downstream stress // *Environmental Research Letters*. 11. 2016. 014002.

¹⁹ См.: *Brochmann M.* Signing River Treaties — Does It Improve River Cooperation? // *International Interactions*. 2012. 38 (2). Pp. 141—163.

ного явления. Высказывается точка зрения, что «водные конфликты могут парадоксальным образом стать движущей силой расширения сотрудничества между странами»²⁰.

2. КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ДОКТРИН СОВМЕСТНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ И ОХРАНЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ ВОДОТОКОВ

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов различных наций по международному праву считаются не источниками права, а источниками познания²¹. В то же время их роль в формировании международно-правового режима использования и охраны вод, обладающих трансграничным статусом, нельзя недооценивать. Многие положения доктрин, представляющих собой анализ сложившейся практики, стали основой для формирования конкретных международных норм, а некоторые позволили критически осмыслить накопленный международный опыт.

2.1. Доктрина абсолютного суверенитета на водные ресурсы, находящиеся в границах государства (доктрина абсолютного суверенитета, доктрина Хармона). Пожалуй, самая известная теория международного водного права, которая носит имя 41-го Генерального прокурора США Дж. Хармона, прославившегося своей фразой, выражающей смысл рассматриваемой доктрины: «Правила, принципы и прецеденты международного права не налагают на США никакой ответственности или обязательств». Эта позиция была озвучена во время спора между США и Мексикой по вопросу использования вод реки Рио-Гранде (1895 г.), по которой проходит граница между этими государствами. В соответствии с доктриной Хармона права государств, находящихся вверху по течению, не ограничены; при использовании водных ресурсов они могут не учитывать последствия для государств того же речного бассейна, находящихся ниже по течению²².

Эта доктрина не учитывала ускоряющиеся темпы технологических и социальных процессов, а также увеличивающееся влияние антропогенного фактора на природу, которые, безусловно, должны были своевременно найти отражение в международном праве. В конце XIX в. на юго-западе США активно применялось орошение ранчо, что привело к негативным экологическим последствиям для всего речного бассейна и обмелению реки Рио-Гранде. Выработанные к этому времени положения межгосударственных соглашений, которые регламентировали порядок использования водных ресурсов главным образом в целях судоходства, никак не регулировали подобного рода ситуации.

В обоснование своей позиции по рассматриваемому международному спору Хармон были положены сформировавшиеся к этому времени теории — абсолютного суверенитета и самосохранения.

Положения *теории абсолютного суверенитета нации* на собственной территории, в том виде, в котором они приводятся Хармоном, базируются на довольно вольной трактовке позиции Судьи Верховного Суда США Дж. Маршалла, рассматривавшего в 1812 г. в одном из дел вопрос о характере и масштабах суверенитета в отношении судебной юрисдикции как одного из его элементов. Он указал: «Юрисдикция нации на своей собственной территории — исключительная и абсолютная. Она не подлежит никакому ограничению... Любые исключения возможны только с согласия самой нации. Они не могут происходить из другого легитимного источника». В то же время Маршалл в этом же деле отмечает: «...реалии международного общения и взаимозависимости означают, что часто государства не настаивают на абсолютной и полной юрисдикции и суверенитете на своих территориях»²³.

Доктрина Хармона основывается и на положениях *теории самосохранения*. Под ней понимают право каждого государства на само-

²⁰ Руководство по интегрированному управлению водными ресурсами в трансграничных бассейнах рек, озер и водоносных горизонтов, подготовленное Международной сетью бассейновых организаций, Глобальным водным партнерством, Экономической комиссией ООН для Европы, Центром Данди ЮНЕСКО, Глобальным экологическим фондом и Центром оценки природных ресурсов, 2012 г. С. 22.

²¹ Международное право = Völkerrecht / В. Г. Витцтум [и др.]. М. : Инфотропик Медиа, 2011. С. 98.

²² См.: Lammers J. G. Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law. 1984. P. 268.

²³ См.: McCaffrey S. C. The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised // 36 Nat. Resources J. 549. 1996. P. 565, 568.

сохранение и соответствующую обязанность не наносить ущерб сохранению другого государства. Одни авторы рассматривают право на самосохранение как следствие развития иных прав — защищать и поддерживать независимость, суверенитет и равенство государств. Другие, напротив, определяют его как единственное истинное фундаментальное право государств²⁴. В дальнейших исследованиях в области международного права довод о применимости в случае спора между США и Мексикой о водах Рио-Гранде права государства на самосохранение был поставлен под сомнение. Во-первых, Мексика не нарушала каких-либо обязательств перед США, которые могли повлечь необходимость применения самообороны со стороны США; во-вторых, оценка со стороны США деятельности, связанной с орошением приграничных территорий, как реализации государством права самосохранения означает факт признания ее незаконного характера; в-третьих, деятельность США в бассейне реки Рио-Гранде в случае ее рассмотрения как права государства на самосохранение не означает, что Мексика не обладает правом на возмещение соответствующего ущерба²⁵.

Рассмотренные выше теории, которые послужили основой для формирования позиции Хармона, не в полной мере отвечали условиям времени и тем изменениям, которые уже затронули международное право. К моменту рассмотрения спора о водах Рио-Гранде в рамках международного права появились другие доктрины, обогатившие эту отрасль и ставшие основой для ее дальнейшего развития. В 1882—1883 гг. выходит в свет труд выдающегося российского юриста-международника Ф. Ф. Мартенса «Современное международное право цивилизованных народов», в котором, в частности, указано: «В области международных отношений территориальное верховенство ограничивается уже самим фактом сосуществования и сообщества государств. Сама природа,

естественные отношения соседства, в которых они все находятся, не дают им возможности полного, неограниченного распоряжения своей территорией. Поэтому говорят о естественных международных повинностях (*servitutes juris gentium naturales*), которым подчинены все государства вследствие неизбежных условий своего физического сосуществования рядом друг с другом»²⁶. Как мы видим, положения уже сформировавшейся к тому времени теории естественного сервитута не учитывались Хармоном при формировании позиции по спору между США и Мексикой.

Стивен Маккаффри ставит вопрос о состоятельности самой доктрины Хармона и об обоснованности ее рассмотрения в качестве части международного права. Он доказывает, что она применялась только в конкретном спорном случае, притом весьма условно, и США никогда не следовали такого рода практике²⁷. Так, до момента официального информирования представителями США мексиканской стороны на основании позиции Хармона велись активные консультации с целью оценить ущерб, нанесенный мелиорационными мероприятиями приграничным территориям. Эти консультации продолжились и в последующем. В 1906 г. между США и Мексикой было подписано Предварительное соглашение о справедливом распределении вод реки Рио-Гранде. В 50-е гг. прошлого века США и Канада в отношении совместного использования вод реки Колумбия оказались в подобной ситуации, однако на этот раз США выступили в качестве потерпевшей стороны, так как находятся ниже по течению реки²⁸. По результатам согласования интересов двух стран между США и Канадой в 1961 г. был подписан договор о реке Колумбия, установивший совместный режим ее использования на основе признания и внедрения оплаты за «выгоды нижнего течения»²⁹.

Представляется, что нивелировать роль доктрины Хармона в международном праве

²⁴ См.: Carbone S. M., Schiano di Pepe L. States, Fundamental Rights and Duties. Oxford Public International Law, 2009. URL: <http://opil.ouplaw.com> (дата обращения: 25.12.2017)/

²⁵ См.: McCaffrey S. C. Op. cit. P. 567.

²⁶ См.: Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1898. Т. 1. С. 371.

²⁷ См.: McCaffrey S. C. Op. cit. Pp. 549—590.

²⁸ См.: Информационный сборник Научно-информационного центра Межгосударственной координационной водохозяйственной комиссии Центральной Азии. 2001. № 2 (15).

²⁹ Руководство по интегрированному управлению водными ресурсами в трансграничных бассейнах рек, озер и водоносных горизонтов ... С. 32.

(международном водном праве, в частности) неверно. Она не только выражала определенные политические и правовые течения, которые сыграли значительную роль в формировании этой отрасли, но и стала основой для критического осмысления порядка совместного использования трансграничных вод. Более того, идеи, лежащие в основе доктрины Хармона, переживают своеобразный ренессанс. В связи с избранием президентом США Дональда Трампа, провозгласившего лозунг «America First», специалисты в области международного права ставят вопрос, не идет ли речь о возвращении принципа абсолютного территориального суверенитета в межгосударственные отношения США. Пол Кибель и Габриэль Экштайн отмечают, что история доктрины Хармона показала, что вопрос заключается не в том, должны ли США руководствоваться во внешней политике принципом «Америка превыше всего», а в том, в чем состоит интерес США³⁰. В условиях современного мира уровень проблем, которые носят трансграничный аспект, не могут быть решены самостоятельно каким-либо государством, выстраивающим свою политику на основе принципа абсолютного суверенитета.

2.2. Доктрина ограниченного суверенитета (также используется название «доктрина разумного участия и справедливого использования») является противоположностью рассмотренной выше доктрины Хармона. Она стала результатом закономерного процесса развития международного права в области использования водных ресурсов. В соответствии с ней каждое прибрежное государство имеет право использовать водные ресурсы международного водотока на своей территории по собственному усмотрению, но справедливо и разумно по отношению к другим прибрежным государствам. Это положение было разработано еще Ассоциацией международного права и нашло свое отражение в Правилах пользования водами международных рек (1966 г.) — так называемых Хельсинских правил. Указанная доктрина стала основой для формирования главных

конвенционных соглашений по вопросам использования трансграничных вод (например, Конвенции ООН о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 г.). Она выражается во введении специальных ограничений в отношении государств: не причинять значительный ущерб другим государствам, при причинении ущерба вступать в консультации относительно его устранения и решения вопроса о возможной компенсации³¹. С одной стороны, доктрина ограниченного суверенитета менее предпочтительна для государств, находящихся в верховье водотока, чем для государств низовья. В то же время вышеприведенный анализ доктрины абсолютного суверенитета (доктрины Хармона) показал, что право неограниченного использования водных ресурсов в стратегической перспективе может навредить интересам государства больше, чем следование принципу разумного участия и справедливого использования.

2.3. Доктрину принадлежности международных водотоков всем странам бассейна можно рассматривать как определенного рода компромисс. Указанная доктрина соответствует интересам государств, расположенных в низовье водотока, так как подразумевает равные права с государствами, которые расположены в верховье. Принцип общности интересов прибрежных государств стал основой решения Постоянной палаты международного правосудия по делу, касающемуся компетенции Международной комиссии реки Одер. Спор затрагивал интересы Великобритании, Чехословакии, Дании, Франции, Германии, Польши и касался толкования действовавших на тот момент положений международного права, относящихся к правилам судоходства. В решении Постоянной палаты международного правосудия указывалось, что «общность интересов в отношении судоходной реки становится основой общего юридического права, важнейшей особенностью которого является полное равноправие всех прибрежных государств в использовании реки на всем протяжении»³².

³⁰ См.: Kibel P. S., Eckstein G. America First and the Harmon Doctrine's Demise — A History Lesson // The NewJurist. URL: <http://newjurist.com> (дата обращения: 27.01.2018).

³¹ См.: Речные бассейновые комиссии и иные институциональные механизмы в области трансграничного водного сотрудничества. Европейская экономическая комиссия ООН // URL: www.unesco.org (дата обращения: 20.03.2017).

³² См.: Case relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, United Kingdom v. Poland, Judgment № 16, Series A № 23 (PCIJ, Sep. 10, 1929) // URL: www.worldcourts.com (дата обращения: 15.05.2017).

К этой же доктрине, на наш взгляд, справедливо относить и требование выполнения обязательств по сотрудничеству между государствами международного водотока в духе доброй воли, который нашел свое отражение еще в одном важнейшем для международного водного права судебном решении. В 1957 г. международный арбитраж *ad hoc* по делу озера Лану (*Lac Lanoux Case*) указал, что «международная практика... ограничивается возложением на государства обязательства путем предварительных переговоров вести поиск условий для достижения соглашения», в связи с этим нарушением такого обязательства будет рассматриваться «в случае, например, незаконного прекращения обсуждения, выходящего за пределы разумных задержек, неуважения согласованных процедур, систематических отказов принять во внимание встречные предложения или интересы и, в общем, в случае нарушения правил доброй воли...»³³. В дальнейшем эти принципы трансформировались в правило справедливого и разумного использования, ставшее основой для формирования и Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 г., и международного водного права.

2.4. Доктрина оптимального развития водного бассейна. В рамках этой доктрины бассейн рассматривается как единая гидрологическая единица. В связи с этим можно сделать вывод, что она в большей степени соответствует целям оптимального технического водохозяйственного планирования. В то же время во многих случаях границы бассейнов рек и озер не перекрывают водоносный горизонт. Этот факт начинает учитываться только сейчас. В международном праве очевидна тенденция к заключению соглашений по международным водотокам всеми прибрежными государствами в целях реализации бассейнового подхода и обеспечения интегрированного управления водными ресурсами. Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер 1992 г. предусматривает, что прибрежные стороны устанавливают границы водозабора или его части (частей), в отношении которых осуществляют сотрудничество, и создают в целях его развития совместные органы.

Примером эволюции подходов к вопросу совместного использования водных ресурсов является своеобразная трансформация Международной комиссии по защите Рейна от загрязнения, созданной в 1950 г. Швейцарией, Францией, Германией, Люксембургом, Нидерландами (которая приобрела официальный статус в 1963 г.), в Координационный комитет по осуществлению Рамочной водной директивы Европейского Союза, в который вошли и другие страны, использующие бассейн реки Рейн, — Австрия, Италия, Лихтенштейн и район Валлония Бельгии.

Бассейновый подход к управлению водными ресурсами получил широкое распространение и показывает свою эффективность. Например, в рамках Соглашения Албуфейра 1998 г. Испания и Португалия осуществляют совместную деятельность в отношении бассейна реки Гвадианы; в рамках Соглашения по устойчивому управлению водными ресурсами бассейна Великих озер — реки Св. Лаврентия, которое было подписано губернаторами штатов Висконсин, Иллинойс, Индиана, Мичиган, Миннесота, Нью-Йорк, Огайо, Пенсильвания и премьер-министрами Онтарио и Квебека, в 2005 г. учрежден региональный орган управления водными ресурсами.

Новым этапом развития бассейновых организаций должна стать их трансформация в организации управления не только поверхностными водами, но и грунтовыми как единой гидрологической системой.

2.5. Доктрина назначенного водопользования (доктрина приоритетности). Суть этой доктрины выражается в словах: «Первый по времени — первый по праву». В соответствии с ней права на воду принадлежат первому по времени пользователю, при этом права последующих пользователей не учитываются. Она используется более развитыми в экономическом и технологическом плане государствами бассейна для отрицания нового водопользования других государств бассейна на том основании, что они повлияют на существующий водозабор или водопользование³⁴. Эта доктрина не поставлена в зависимость от расположения государства (в верховье или низовье водотока). В то же время она имела поддержку среди государств, расположенных ниже по течению во-

³³ Цит. по: Руководство по внедрению Конвенции по трансграничным водам. ООН, 2013. С. 33.

³⁴ См.: Роджерс П. Значение сотрудничества в разрешении споров по международным речным бассейнам // Международное и национальное водное право и политика. Ташкент. 2001. С. 26.

дотоков, поскольку они раньше имеют доступ к водным ресурсам³⁵.

Доктрина назначенного водопользования выражает особенности формирования национального водного права некоторых штатов США, преимущественно западных, где она и получила широкое распространение. Доктрина не сводится только к временному признаку: в ее рамках также учитывается требование эффективного использования водных ресурсов, принцип «используй, или потеряешь», назначенное право на воду после его выдачи рассматривается как охраняемая собственность. Представляется, что роль доктрины назначенного водопользования (приоритетности) в международном праве значительно преувеличена.

3. СОВРЕМЕННАЯ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ МОДЕЛЬ СОВМЕСТНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ И ОХРАНЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ ВОДОТОКОВ

При формировании международно-правовой модели совместного использования и охраны международных водотоков необходимо учитывать, что вопросы рационального использования водных ресурсов не только входят в предмет международного права. Доминирующее воздействие на них оказывает международная политика, в рамках реализации которой водные ресурсы могут рассматриваться и как политическая цель, и как средства для ее достижения. Не случайно в международных документах стал появляться термин «гидродипломатия»³⁶.

Цель формирования международно-правовой модели совместного использования и охраны международных водотоков — это создание международно-правового режима, позволяющего эффективно решать проблемы обеспечения водой (в достаточном количестве и надлежащего качества) государств международного водотока с учетом новых вызовов и угроз, которые негативно отражаются на мировых запасах водных ресурсов.

Исследование источников международного водного права позволяет представить современную международно-правовую модель совместного использования и охраны международных водотоков.

Основу международно-правовой модели совместного использования и охраны международных водотоков составляет система международных правовых норм, регулирующих межгосударственные отношения в следующих сферах:

1. *Международно-правовое регулирование в сфере предотвращения, ограничения и сокращения трансграничного воздействия* выражается в закреплении в международных документах: критериев и показателей качества воды; требований по их соблюдению; мер по предотвращению загрязнения вод опасными веществами; мер ответственности за несоблюдение установленных требований; основы осуществления мониторинга и оценки состояния вод международных водотоков.
2. *Международно-правовое регулирование в сфере защиты экосистем международных водотоков* представляет собой систему международных норм, которые на основе комплексного подхода к охране международных водотоков устанавливают требования, связанные непосредственно с их охраной, а также с охраной прилегающих к ним земельных участков, лесов, животного и растительного мира, морей, в которые впадают водотоки; связанные с охраной экосистем поверхностных и подземных вод как единого целого.
3. *Международно-правовое регулирование в сфере рационального использования вод международных водотоков, эффективного управления водными ресурсами* рассматривается как система международных норм, которая на основе:
 - а) бассейнового подхода определяет международный режим управления гидрографической единицей — международным водосборным бассейном;
 - б) интегрированного подхода учитывает экологические, гидрологические, социально-экономические взаимосвязи, оказывающие непосредственное влияние на управление водными ресурсами международных водотоков;
 - в) институционального подхода устанавливает основы для создания и осуществления деятельности действенных ин-

³⁵ См.: *Бекяшев К. А.* Правовой режим международных водотоков // *Lex Russica*. 2009. № 2. С. 474.

³⁶ См., например: *Руководство по интегрированному управлению водными ресурсами в трансграничных бассейнах рек, озер и водоносных горизонтов ...*

ституциональных структур, на которые возложено решение следующих задач: осуществление постоянного мониторинга точек так называемой гидрополитической уязвимости; контроль за выполнением международных соглашений; урегулирование водных конфликтов; организация эффективного управления международными водотоками;

- г) подхода учета эффективного национального опыта и особенностей национального законодательства вырабатывает наиболее действенные механизмы рационального использования и управления водными ресурсами.

4. *Международно-правовое регулирование информационного обеспечения населения международных водотоков о количестве и качестве воды* представляет собой системы международных норм, гарантирующих доступ населения к информации и принятию решений по вопросам, касающимся международных водотоков.

В рамках современной международно-правовой модели совместного использования и охраны международных водотоков государства берут на себя следующие виды обязательств: *абсолютные обязательства, обязательства результата, обязательства «должной осмотрительности»*. Последняя группа обязательств является компромиссным вариантом, позволяющим добиться максимального регулирования вопросов совместного использования и охраны международных водотоков. Цель обязательств «должной осмотрительности» состоит в предотвращении или сведении к минимуму риска значительного трансграничного вреда. Обязательство «должной осмотрительности» означает обязанность принять все соответствующие меры, направленные на предотвращение трансграничного воздействия. Суд Европейского Союза пояснил, что «соответствующие меры» означает «требуемые меры». Государство несет ответственность за нарушение обязательства «должной осмотрительности» в том случае, если не только установлен факт трансграничного воздействия со стороны государства, но и доказано, что государство не приняло все соответствующие меры для его предотвращения³⁷.

Международно-правовая модель совместного использования и охраны международных водотоков должна обладать свойством гибкости. На основе прогнозирования изменений климата, которые могут негативно отразиться на водных ресурсах, а также последствий неудовлетворительного качества воды в виде заболеваний, наводнений, засух, эрозий, оползней и т.п. необходимо выработать механизмы совместного реагирования государств на такие изменения уже в рамках существующей модели.

Современное международно-правовое регулирование эффективного обеспечения водой государств международного водотока с учетом новых вызовов и угроз, которые негативно отражаются на мировых запасах водных ресурсов, находится в непосредственной взаимосвязи с реализацией права человека на воду.

Анализ положений доктрин совместного использования и охраны трансграничных вод показал, что при формировании международного водного права необходимо своевременно учитывать антропогенные факторы, технологические и социально-экономические изменения. Трансграничный характер современных проблем не позволяет государствам в международных отношениях осуществлять свою деятельность в соответствии с принципом абсолютного суверенитета. Право неограниченного использования водных ресурсов в стратегической перспективе может навредить интересам государства больше, чем следование принципу разумного участия и справедливого использования. В современных условиях показывает свою эффективность интегрированное управление водными ресурсами.

Современная международно-правовая модель совместного использования и охраны международных водотоков представляет собой систему международных правовых норм, регулирующих межгосударственные отношения в следующих сферах: предотвращение, ограничение и сокращение трансграничного воздействия; защита экосистем международных водотоков; рациональное использование вод международных водотоков, эффективное управление водными ресурсами международных водотоков (включая создание и функционирование международных бассейновых

³⁷ Руководство по интегрированному управлению водными ресурсами в трансграничных бассейнах рек, озер и водоносных горизонтов ...

организаций); информационное обеспечение населения международных водотоков. Эта модель направлена на реализацию права человека на воду, которое в силу уникальности воды и особой ценности начинает признаваться на международном уровне в качестве самостоятельного права в общей системе прав человека.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бекяшев К. А.* Правовой режим международных водотоков // *Lex Russica*. — 2009. — № 2. — С. 471—483.
2. *Кришна Р.* История и условия развития политики Банка в отношении проектов, касающихся международных водных путей // *Международные водотоки : Расширение сотрудничества и урегулирование конфликтов*. — Нью-Йорк — Женева, 2000. — С. 27—37.
3. *Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. — СПб., 1898. — Т. 1. — 464 с.
4. *Международное право = Völkerrecht / В. Г. Витцтум [и др.]*. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 992 с.
5. *Роджерс П.* Значение сотрудничества в разрешении споров по международным речным бассейнам // *Международное и национальное водное право и политика*. — Ташкент, 2001. — С. 22—39.
6. *Случевская Ю. А.* Проблемы понятийного аппарата в международном водном праве // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. — 2017. — № 2 (63). — С. 134—139.
7. *Bleeker A.* Does the Polluter Pay? The Polluter-Pays Principle in the Case Law of the European Court of Justice // *European Energy and Environmental Law Abstract*. — 2009. — December. — Pp. 289—306.
8. *Brochmann M.* Signing River Treaties — Does It Improve River Cooperation? // *International Interactions*. — 2012. — 38 (2). — Pp. 141—163.
9. *Brochmann M., Gleditsch N. P.* Shared rivers and conflict: A reconsideration // *Political Geography*. — 2012. — 31. — Pp. 519—527.
10. *Carbone S. M., Schiano di Pepe L.* States, Fundamental Rights and Duties. — Oxford Public International Law, 2009.
11. *De Stefano L., Petersen-Perlman J. D., Sproles E. A., Eynard J., Wolf A. T.* Assessment of transboundary river basins for potential hydro-political tensions // *Global Environmental Change*. — 2017. — 45. — Pp. 35—46.
12. *Dinar S. D., Katz L., De Stefano L., Blankespoor B.* Climate change, conflict, and cooperation: global analysis of the effectiveness of international river treaties in addressing water variability // *Political Geography*. — 2015. — 45. — Pp. 55—66.
13. *Furlong K., Gleditsch N. P., Hegre H.* Geographic opportunity and neomalthusian willingness: Boundaries, shared rivers, and conflict // *International Interactions*. — 2006. — 32 (1). — Pp. 79—108.
14. *Hatami H., Gleick P.* Chronology of Conflict over Water in the Legends, Myths, and History of the Ancient Middle East // *Water, war, and peace in the Middle East. Environment*. — 1994. — 36 (3). — P. 6.
15. *Hensel P. R., Mitchell S. M., Sowers T. E., Thyne C. L.* Bones of contention: comparing territorial, maritime, and river issues // *Journal of Conflict Resolution*. — 2008. — 52 (1). — Pp. 117—143.
16. *Kibel P. S., Eckstein G.* America First and the Harmon Doctrine's Demise — A History Lesson // *The NewJurist*. URL: <http://newjurist.com> (дата обращения: 27.01.2018).
17. *Lammers J. G.* Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law. — 1984. — 724 p.
18. *McCaffrey S. C.* The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised // *Natural Resources Journal*. — 1996. — 36. — Pp. 549—590.
19. *Nordas R., Gleditsch N. P.* Climate change and conflict // *Political Geography*. — 2007. — 26 (6). — Pp. 627—638.

Материал поступил в редакцию 10 июля 2018 г.

PROBLEMS OF FORMATION OF AN INTERNATIONAL REGIME OF THE JOINT USE AND PROTECTION OF INTERNATIONAL WATERCOURSES

SLUCHEVSKAYA Yuliya Aleksandrovna, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Law, Criminology and Penal Law of the Kaliningrad Branch of St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia

ula-sl@mail.ru

236006, Russia, Kaliningrad, ul. Generala Galitskogo, d. 30

Abstract. *The article is devoted to the problem of formation of modern international legal regime of joint use and protection of international watercourses that is aimed at effective provision of water to the States of international watercourse with due respect to new challenges and threats that have a negative impact on international water resources. The model is based on the concept of “international watercourse” that has the following features: 1) international watercourses include surface and ground waters; 2) a spatial and territorial criterion of an international watercourse that means crossing of the border between two or more States or being on their border; 3) the use of international watercourses affects the interests of two or more States; 4) the special international legal regime for the use of international watercourses that has developed within the framework of international law development; 5) special requirements for the protection of ecosystems of international watercourses that include protection from pollution and other forms of degradation of lands and forests adjacent to international watercourses, their fauna and flora; as well as seas into which watercourses flow; 6) a high conflict potential in the use of water resources of international watercourses. The analysis of the provisions of the doctrines of joint use and protection of transboundary waters shows that the formation of international water law should timely take into account human factors, technological and socio-economic changes. The modern international law model of the joint use and protection of international watercourses is a system of international legal norms regulating inter-state relations in the following areas: prevention, limitation and reduction of transboundary impact; protection of ecosystems of international watercourses; rational use of waters of international watercourses, effective management of water resources of international watercourses (including establishment and functioning of international basin organizations); information support of the population with regard to international watercourses.*

Keywords: *international watercourses, transboundary waters, international water law, doctrine of absolute sovereignty, doctrine of limited sovereignty, doctrine of optimal development, doctrine of priority.*

REFERENCES

1. Bekyashev K. A. Pravovoy rezhim mezhdunarodnykh vodotokov [Legal regime of international watercourses]. *Lex Russica*. 2009. No. 2. P. 471—483. (In Russ.)
2. Krishna R. Istoriya i usloviya razvitiya politiki Banka v otnoshenii projektov, kasayushchikhsya mezhdunarodnykh vodnykh putey [History and conditions of development of the Bank's policy on projects related to international waterways]. *Mezhdunarodnye vodotoki : Rasshirenie sotrudnichestva i uregulirovanie konfliktov* [International watercourses : Enhanced cooperation and conflict resolution]. New York — Geneva, 2000. P. 27—37. (In Russ.)
3. Martens F. F. *Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo tsivilizovannykh narodov* [Modern international law of civilized Nations]. St. Petersburg, 1898. Vol. 1. 464 p. (In Russ.)
4. *Völkerrecht* [International Law]. Wolfgang Graf Vitzthum [et al.]. Moscow, Infotropic Media Publ., 2011. 992 p. (In Russ)
5. Rogers P. Znachenie sotrudnichestva v razreshenii sporov po mezhdunarodnym rechnym basseynam [The Importance of cooperation in dispute resolution in international river basins]. *Mezhdunarodnoe i natsionalnoe vodnoe pravo i politika* [International and national water law and policy]. Tashkent, 2001. P. 22—39. (In Russ.)
6. Sluchevskaya Yu. A. Problemy ponyatiynogo apparata v mezhdunarodnom vodnom prave [Problems of conceptual apparatus in international water law]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya* [Journal of Foreign Legislation and Comparative Law]. 2017. No. 2 (63). P. 134—139. (In Russ.)
7. Bleeker A. Does the Polluter Pay? The Polluter-Pays Principle in the Case Law of the European Court of Justice. *European Energy and Environmental Law Abstract*. 2009. December. P. 289—306.

8. Brochmann M. Signing River Treaties-Does It Improve River Cooperation? *International Interactions*. 2012. No. 38 (2). P. 141—163.
9. Brochmann M, Gleditsch N. P. Shared rivers and conflict: A reconsideration. *Political Geography*. 2012. 31. P. 519—527.
10. Carbone S. M., Schiano di Pepe L. States, Fundamental Rights and Duties. Oxford Public International Law, 2009.
11. De Stefano L., Petersen-Perlman J. D., Sproles E. A., Eynard J., Wolf A. T. Assessment of transitional river basins for potential hydro-political tensions. *Global Environmental Change*. 2017. 45. P. 35—46.
12. Dinar S. D., Katz L., De Stefano L., Blankespoor B. Climate change, conflict, and cooperation: global analysis of the effectiveness of international river treaties in addressing water variability. *Political Geography*. 2015. 45. P. 55—66.
13. Furlong K., Gleditsch N. P., Hegre H. Geographic opportunity and neomalthusian willingness: Boundaries, shared rivers, and conflict. *International Interactions*. 2006. 32 (1). P. 79—108.
14. Hatami H., Gleick P. Chronology of Conflict over Water in the Legends, Myths, and History of the Ancient Middle East. *Water, war, and peace in the Middle East. Environment*. 1994. 36 (3). P. 6.
15. Hensel P. R., Mitchell S. M., Sowers T. E., Thyne C. L. Bones of content: comparing territorial, maritime, and river issues. *Journal of Conflict Resolution*. 2008. 52 (1). P. 117—143.
16. Kibel P. S., Eckstein G. America First and the Harmon Doctrine's Demise — a History Lesson. *The NewJurist*. URL: <http://newjurist.com> (accessed: 27.01.2018).
17. Lammers J. G. Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law. 1984. 724 p.
18. McCaffrey S. C. The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised. *Natural Resources Journal*. 1996. No. 36. P. 549—590.
19. Nordas R., Gleditsch N. P. Climate change and conflict. *Political Geography*. 2007. No. 26 (6). P. 627—638.

СОВРЕМЕННЫЕ СПОСОБЫ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ И ЗАКОНОМЕРНОСТИ ИХ РЕАЛИЗАЦИИ¹

Аннотация. В статье отмечается, что интеграция современных информационных технологий во все сферы человеческой деятельности привела к информатизации и компьютеризации преступности, когда с использованием компьютерных средств и систем возможно совершение практически любых преступлений. Отмечается общность ряда элементов механизма компьютерных преступлений, включающая сведения о способах этих преступлений.

Способы компьютерных преступлений рассмотрены с позиций новой частной теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности, предметом которой служат закономерности возникновения, движения, собирания и исследования компьютерной информации при расследовании преступлений. Объектами являются компьютерные средства и системы, особенности криминалистических технологий собирания (выявления, фиксации, изъятия) и исследования этих объектов для получения доказательственной и ориентирующей информации. С современных позиций способ преступления — это детерминированная личностью, предметом и обстоятельствами преступного посягательства система действий субъекта, направленная на достижение преступной цели и объединенная единым преступным замыслом. Способы преступления делятся на полноструктурные, включающие подготовку, совершение и сокрытие, и неполноструктурные, когда один или два элемента отсутствуют. На формирование способа преступления оказывают влияние объективные и субъективные факторы, что определяет детерминированность и повторяемость способов преступления.

Рассматриваются основные способы компьютерных преступлений: направленные на сокрытие несанкционированного доступа к компьютерным средствам и системам; использование троянских программ различного назначения; заражение компьютерных систем вирусами; использование аппаратно-программных комплексов для массовых кампаний распространения вредоносного программного обеспечения на мобильные устройства; компьютерных атак на локальные корпоративные сети и др.

© Россинская Е. Р., Рядовский И. А., 2019

* *Россинская Елена Рафаиловна*, доктор юридических наук, профессор, директор Института судебных экспертиз, заведующий кафедрой судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации
elena.rossinskaya@gmail.com

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

** *Рядовский Игорь Анатольевич*, руководитель отдела расследования компьютерных инцидентов АО «Лаборатория Касперского», почетный работник прокуратуры Российской Федерации
igor.ryadovsky@kaspersky.com

125212, Россия, г. Москва, Ленинградское ш., д. 39а, стр. 3

Установлено, что криминалистической закономерностью формирования и реализации компьютерных преступлений является обязательный этап приготовления к преступлению, включающий в то же время действия по сокрытию следов преступления, т.е. способы компьютерных преступлений являются полноструктурными.

Ключевые слова: информационно-компьютерное обеспечение; компьютерное преступление; механизм преступления; способ преступления; полноструктурный способ, неполноструктурный способ; вредоносная программа; несанкционированный доступ; технологии Bootkit; технологии Rootkit; «бестелесная» технология; технологии криптования, технология обфускации; троянская программа; программа-червь; программа-вирус; бот-ферма; атака на локальные сети.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.087-099

ВВЕДЕНИЕ

Лавинообразно возрастающий процесс цифровизации, проникновение современных компьютерных технологий практически во все сферы человеческой деятельности — экономическую, социальную, управленческую, культурную и другие — существенно повлиял на жизнь социума, в том числе не мог не затронуть и судопроизводство, оказав огромное влияние на видоизменение преступной деятельности в целом. Наряду с возникновением новых видов преступлений в сфере компьютерной информации, практически любые преступления: присвоения, кражи, мошенничества, фальшивомонетничество, лжепредпринимательство, преступления в банковской сфере и многие другие — совершаются в настоящее время с помощью компьютерных средств и систем. Развитие цифровых технологий постоянно порождает все новые виды преступлений и способы их совершения и сокрытия. В связи с массовым распространением средств мобильной коммуникации возникли новые виды преступлений, такие как создание и распространение вредоносных программ для мобильных телефонов, использование мобильных средств связи для совершения мошенничеств, вымогательств, поджогов, взрывов, террористических актов и пр.

Все эти преступления нами ранее было предложено именовать «компьютерными преступлениями», причем мы неоднократно подчеркивали, что дефиниция «компьютерное преступление» должна употребляться не в уголовно-правовом аспекте, где это только затрудняет квалификацию деяния, а в кримина-

листическом, поскольку она связана не с квалификацией, а именно со способом преступления и, соответственно, с методикой его раскрытия и расследования. Компьютерные преступления имеют общую родовую криминалистическую характеристику, включающую сведения о способах преступлений, лицах, совершивших их, сведения о потерпевшей стороне и об обстоятельствах, способствующих и препятствующих данным преступлениям².

Теме расследования компьютерных преступлений, в первую очередь преступлений в сфере компьютерной информации, посвящен целый ряд литературных источников, однако эти работы носят неупорядоченный, фрагментарный характер. Полагаем, это связано с тем, что, к сожалению, в криминалистической науке пока мало изучены компьютерные средства и системы — носители криминалистически значимой компьютерной информации, сама информация в цифровом виде, являющиеся объектами криминалистического исследования; закономерности возникновения, движения и видоизменения потоков криминалистически значимой информации с использованием компьютерных средств и систем. Исключение составляет фрагментарное рассмотрение этих вопросов в методике расследования преступлений в сфере компьютерной информации.

Большинству криминалистов-практиков возможности получения криминалистически значимой компьютерной информации, имеющей доказательственное значение, практически неизвестны, что обусловлено неразработанностью теоретических и технологических аспектов

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16003/18.

информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности.

Компьютерная информация применительно к процессу доказывания может быть определена как фактические данные, обработанные компьютерной системой и (или) передающиеся по телекоммуникационным каналам, а также доступные для восприятия, на основе которых в определенном законом порядке устанавливаются обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения уголовного, гражданского или административного дела³.

Для решения вышеуказанных проблем нами начата разработка новой частной криминалистической теории: теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности, предметом которой, по нашему мнению, могут служить закономерности возникновения, движения, собирания и исследования компьютерной информации при расследовании преступлений. Объектами являются компьютерные средства и системы, особенности криминалистических технологий собирания (выявления, фиксации, изъятия) и исследования этих объектов для получения доказательственной и ориентирующей информации⁴.

Поскольку криминалистические методы и средства все шире востребуются гражданским и административным судопроизводством, где также в процесс доказывания широко интегрированы компьютерные средства и системы в целях получения участниками процесса доказательственной и ориентирующей информации, необходимо включить в предмет данной теории и закономерности, связанные с рассмотрением дел в гражданском, арбитражном, ад-

министративном процессе, производством по делам об административных правонарушениях. Однако приоритет, по нашему мнению, должен быть отдан раскрытию и расследованию преступлений, поскольку общей и главной задачей криминалистической науки является борьба с преступностью⁵.

Для исследования закономерностей возникновения и движения криминалистически значимой компьютерной информации обратимся к криминалистической дефиниции механизма преступления, который представляет собой сложную динамическую систему, определяющую содержание преступной деятельности. Элементами механизма преступления являются: субъекты преступления; отношение субъекта преступления к своим действиям, их последствиям, соучастникам; предмет посягательства; способ преступления; преступный результат; обстановка преступления (место, время и другие относящиеся к ней обстоятельства); поведение и действия лиц, оказавшихся случайными участниками события, и др.⁶

Одним из важнейших элементов механизма преступления является способ преступления.

Способ преступления, по классическому определению Г. Г. Зуйкова, «представляет собой систему объединенных единым замыслом действий преступника (преступников) по подготовке, совершению и сокрытию преступления, детерминированных объективными и субъективными факторами, действий, сопряженных с использованием соответствующих орудий и средств»⁷. Другими словами, способ преступления — это детерминированная личностью, предметом и обстоятельствами

² Россинская Е. Р. Криминалистика : учебник для вузов. М. : Норма: Инфра-М, 2016. С. 440—442 ; Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Криминалистика : учебник для вузов. Изд. 4-е, перераб. и доп. М. : Норма: Инфра-М, 2014. С. 903—905.

³ Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Указ. соч. С. 904.

⁴ Россинская Е. Р. Концепция частной криминалистической теории «информационно-компьютерное обеспечение криминалистической деятельности» // Деятельность правоохранительных органов в современных условиях : сборник материалов XXIII Международной науч.-практ. конференции : в 2 т. Иркутск : Восточно-Сибирский институт МВД РФ, 2018. С. 114.

⁵ Россинская Е. Р. Криминалистика. С. 20 ; Криминалистика : учебник для вузов / под общ. ред. А. Г. Филиппова. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Высшее образование, 2017. С. 20.

⁶ Россинская Е. Р. Криминалистика. С. 17 ; Криминалистика : учебник студентов для вузов / под ред. А. Ф. Волынского, В. П. Лаврова. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юнити-Дана: Закон и право, 2008. С. 27.

⁷ Зуйков Г. Г. Криминалистическое учение о способе совершения преступления : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М. : Высш. школа МВД СССР, 1970. С. 10 ; Он же. Основы криминалистического учения о способе совершения и сокрытия преступления. Гл. 3 // Криминалистика : учебник для юридических вузов МВД СССР / под ред. Р. С. Белкина, В. П. Лаврова, И. М. Лузгина. М. : Академия МВД СССР, 1987. Т. 1. С. 52.

преступного посягательства система действий субъекта, направленная на достижение преступной цели и объединенная единым преступным замыслом. В этой системе могут быть выделены действия по подготовке, совершению и сокрытию следов преступления⁸. В зависимости от этого способы преступления делят на полноструктурные и неполноструктурные. Полноструктурный способ включает действия, относящиеся ко всем его элементам: подготовке, совершению и сокрытию. В тех случаях, когда преступление совершается без предварительной подготовки или когда субъект преступления не планирует действий по его сокрытию, налицо неполноструктурный способ совершения преступления. При этом возможно формирование самостоятельного способа сокрытия преступления⁹.

Как отмечал Р. С. Белкин, способ совершения преступления, понимаемый как система действий преступника по подготовке, совершению и сокрытию преступления, будучи в целом отражаемым объектом, как элемент объективной стороны преступления в то же время своими составляющими (действия, средства действий) служит средством отражения в среде события преступления¹⁰. Кроме того, «следы определенного способа совершения преступления указывают не только на совершенные действия, но и на обстоятельства, детерминировавшие способ совершения преступления, определившие состав и характер совершенных действий, в частности по характеру совершенных действий представляется возможным предположительно судить об определивших способ совершения преступления качествах личности»¹¹.

На формирование способа преступления оказывают влияние объективные и субъективные факторы, что определяет детерминированность и повторяемость способов преступления. Г. Г. Зуйков отмечает, что «абсолютная повторяемость способов преступлений во всех их признаках полностью исключена. Способы преступлений повторяются, если сохраняется

действие определенных факторов, их детерминирующих (мотив и цель преступления, объективная обстановка его совершения, качества личности преступника, особенности предмета преступного посягательства и т.д.), а так как детерминирующие факторы изменяются и в количественном, и в качественном отношении, то неизбежно изменяются и способы совершения преступлений, сохраняя, однако, некоторую совокупность повторяющихся признаков»¹².

Как отмечает В. Н. Чулахов, среди факторов, определяющих способ преступления, значительную роль играют психофизиологические свойства личности преступника, в частности навыки и привычки. В способе преступления отражаются два вида навыков — общего значения, возникшие вне связи с совершением преступления, и преступные, сформированные в процессе противоправной деятельности. Навыки преступного характера формируются в ходе подготовки к преступлению и совершенствуются при повторных аналогичных преступлениях¹³. Превращение некоторых самостоятельных элементов способа в навык и переход их на уровень автоматизированных, подсознательных актов является одной из закономерностей формирования способа неоднократно совершаемых однородных преступлений, т.е. формируется «преступный почерк».

СПОСОБЫ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Описание способов компьютерных преступлений начнем с действий по сокрытию преступниками своих данных при использовании сети Интернет с целью предотвращения идентификации их личности. Для сокрытия своего адреса преступники используют различные анонимные компьютерные сети и сервисы, специально созданные для этих целей.

Одним из таких способов является использование VPN-сервисов (англ. Virtual Private

⁸ Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Указ. соч. С. 62.

⁹ Зуйков Г. Г. Основы криминалистического учения о способе совершения и сокрытия преступления. С. 50—51.

¹⁰ Белкин Р. Р. Курс криминалистики. 3-е изд., доп. М. : Юнити-Дана, Закон и Право, 2001. С. 71.

¹¹ Зуйков Г. Г. Криминалистическое учение о способе совершения преступления. Гл. 6 // Криминалистика / под ред. Р. С. Белкина, И. М. Лузгина. М. : Академия МВД СССР, 1978. Т. 1. С. 60.

¹² Зуйков Г. Г. «Модус операнди», кибернетика, поиск // Кибернетика и право. 1970. С. 50.

¹³ Чулахов В. Н. Криминалистическое учение о навыках и привычках человека : монография / под ред. Е. Р. Россинской. М. : Юрлитинформ, 2007. С. 206—207.

Network — виртуальная частная сеть)¹⁴. Технологии VPN обеспечивают шифрование сетевого трафика между компьютером пользователя и VPN-прокси-сервером, который является шлюзом выхода в сеть Интернет и, соответственно, скрывает реальный IP-адрес пользователя. Если требуется высокий уровень конспирации, преступники арендуют у провайдеров хостинговых услуг вычислительные мощности практически в любой точке мира, на которых настраивают собственные VPN-серверы либо виртуальные машины, с которых, используя сторонние VPN-сервисы, выходят в сеть Интернет.

Другой способ, использование которого позволяет скрыть свой IP-адрес, — The Onion Routing, TOR (луковая маршрутизация второго поколения), это технология и программное обеспечение для обмена данными с многослойным шифрованием с помощью системы прокси-серверов, обеспечивающих анонимное сетевое подключение¹⁵.

Троянская программа, обладающая функциональными возможностями VPN-прокси-сервера, также позволяет преступникам создать бот-сеть из компьютеров, зараженных такой программой, и использовать ее для сокрытия своего IP-адреса.

Помимо упомянутых способов анонимизации своих действий в сети Интернет путем построения цепочки прокси-серверов, преступники для этих целей применяют и другие криминальные либо полукриминальные схемы, например через несанкционированное подключение к сторонним беспроводным точкам доступа (Wi-Fi-роутерам) или с помощью беспроводных модемов мобильной связи с сим-картами, оформленными на посторонних лиц.

Выбор безопасных способов оплаты сервисов и вычислительных мощностей для осуществления преступной деятельности также является мерой конспирации преступной деятельности. Для этих целей широко используется так называемая криптовалюта, например биткоины, правовой режим которой во многих странах мира, в том числе в России, остается неопределенным.

Разработка планов преступной деятельности, координация мероприятий на стадии подготовки к совершению преступления, согласование совместных действий осуществляются соучастниками с применением сетевых протоколов обмена сообщениями, обеспечивающих безопасность передачи данных. Одной из наиболее востребованных реализаций коммуникации в криминальной среде является XMPP-протокол (eXtensible Messaging and Presence Protocol) обмена мгновенными сообщениями, известный еще как Jabber-протокол (буквально — болтовня), который предоставляет возможность настроить свой собственный Jabber-сервер, обеспечивающий шифрование канала¹⁶.

К мерам по сокрытию следов преступления можно отнести также способы, с помощью которых преступники оказывают противодействие осмотру и изъятию компьютерной информации, содержащейся в их компьютерных средствах и системах, имеющей криминалистическое значение. Эти цели достигаются шифрованием компьютерных данных с помощью специализированного программного обеспечения либо возможностью быстрого уничтожения таких данных с использованием специальных программ или устройств.

Для сокрытия следов несанкционированного доступа и вредоносной активности на компьютере пользователя применяются различные меры технического характера, как прошедшие проверку временем технологии шифрования (криптования) и обфускации (obfuscate — делать неочевидным, запутанным), так и новые приемы и методы — «бестелесная» технология, технологии Bootkit, Rootkit и т.п.

В процессе криптования исполняемый код вредоносной программы шифруется, а при обфускации приводится к виду, затрудняющему анализ и понимание алгоритмов его работы. Это осложняет выявление таких программ антивирусным программным обеспечением и их исследование специалистами по информационной безопасности.

Вредоносные программы, функционирующие только в оперативной памяти компьютера

¹⁴ Куроуз Д., Росс К. Компьютерные сети: нисходящий подход. 6-е изд. М., 2016. С. 794—795.

¹⁵ Ligh M., Adair S., Hartstein B., Richard M. Malware Analyst's Cookbook and DVD: Tools and Techniques for Fighting Malicious Code. Indianapolis, 2010. Pp. 2—5.

¹⁶ Торичко Р. С., Клишина Н. Е. Некоторые вопросы совершенствования действующего законодательства, регламентирующего расследование киберпреступлений // Вестник экономической безопасности. 2018. № 3. С. 181.

и не сохраняющиеся на энергонезависимых запоминающих устройствах, именуют «бестелесными». При отключении питания компьютера, например при его перезагрузке, программа стирается. Такие программы используются преступниками для сокрытия своей активности от антивирусного программного обеспечения¹⁷.

Технология Bootkit применяется для сокрытия вредоносного кода от антивирусного программного обеспечения и для получения максимальных привилегий в системе. Для реализации этого способа вредоносной программой модифицируется, например, главная загрузочная запись (англ. master boot record, MBR), которая считывается процессором еще до начала загрузки операционной системы, а вредоносный код в зашифрованном виде записывается в не используемую операционной системой область дискового пространства. При включении компьютера загрузчик еще до старта операционной системы расшифровывает и загружает в оперативную память вредоносный код¹⁸.

Максимальные права пользователя позволяют применить набор программ Rootkit, которые скрывают вредоносную активность в системе: сетевые подключения, процессы, файлы и т.д.

Как видно из перечисленных мер, предпринимаемых преступниками с целью сокрытия следов несанкционированного доступа к компьютерным системам и информации пользователя, весьма значительное количество таких деяний совершается с помощью вредоносного программного обеспечения. Преступники используют вредоносные программы для значительного усиления своих возможностей, то есть в криминалистическом плане вредоносная программа является орудием совершения преступления¹⁹.

В уголовно-правовом смысле определение вредоносной программы изложено в ст. 273 УК РФ, согласно которой под вредоносной программой понимается компьютерная программа либо иная компьютерная информация, заведомо предназначенная для несанк-

ционированного уничтожения, блокирования, модификации, копирования компьютерной информации или нейтрализации средств защиты компьютерной информации. К таким программам следует отнести не только специально разработанное, но и модифицированное легальное программное обеспечение, дополнительные функциональные возможности которого вследствие модификации наделяют его признаками вредоносности.

Заметим, что в качестве орудия совершения преступления может быть использована и легальная программа, функциональность которой предоставляет преступникам возможность достижения своих целей. Большинство легальных программ, используемых преступниками в противоправной деятельности, предназначены для удаленного несанкционированного доступа к компьютеру, управления системой и ее администрирования, например: RMS, Ammyu Admin, TeamViewer и LiteManager. Эти программы обладают функциональными возможностями, достаточными для достижения преступных целей, и определяются антивирусным программным обеспечением с менее критичным именем как условно опасные, в связи с чем пользователи не видят в них особой угрозы. Кроме того, многие из этих программ являются доверенными программами пользователя, установлены с его ведома и не вызывают у него подозрений.

В определенных случаях, например, когда необходимо отключить оповещение пользователя о работе программы либо ее модулей, такие программы подвергаются незначительной модификации, которая может привести к изменению их поведения (набора действий) в системе, которое будет соответствовать другому классу определяемых антивирусным программным обеспечением объектов — Malware (категории вредоносных программ).

Один из таких способов реализуется с помощью технологии DLL Hijacking²⁰, эксплуатирующей особенности функционирования операционной системы (ОС) Windows. Способ заключается в помещении в одну папку с фай-

¹⁷ Zeltser L. The History of Fileless Malware — Looking Beyond the Buzzword // URL: <https://zeltser.com/fileless-malware-beyond-buzzword> (дата обращения: 05.01.2019).

¹⁸ Matrosov A., Rodionov E., Bratus S. Rootkits and Bootkits: Reversing Modern Malware and Next Generation Threats. No Starch Press, 2015. P. 304.

¹⁹ Чекунов И. Г. Современные киберугрозы. Уголовно-правовая и криминологическая классификация и квалификация киберпреступлений // Право и кибербезопасность. 2012. № 1. С. 9—22.

²⁰ The MITRE Corporation. CWE-427: Uncontrolled Search Path Element // URL: <https://cwe.mitre.org/data/definitions/427.html> (дата обращения: 05.01.2019).

лом программы удаленного управления вредоносного библиотечного файла (dll-библиотеки), причем с таким же именем, что и расположенная в другой директории легальная библиотека. При запуске программа вместо легальной библиотеки загружает вредоносную, которая размещена «ближе». Например, для сокрытия от пользователя отображаемых на экране графических признаков работы программы TeamViewer (значка, окна сообщений) преступники осуществляют подмену библиотеки msvfw32.dll.

Самая общая классификация, широко применяемая в настоящее время для систематизации видов вредоносных программ, выделяет из класса вредоносных программ (Malware) следующие подклассы: программы-вирусы (Virus), программы-черви (Worm) и троянские программы (Trojan)²¹.

К вирусам относятся программы, которые обладают способностью к саморазмножению и распространению по локальным ресурсам компьютера. Программы-черви способны к саморазмножению и распространению по компьютерным сетям. Таким образом, два подкласса вредоносных программ — вирусы и черви — без ведома пользователя саморазмножаются на компьютерах и в компьютерных сетях, при этом каждая последующая копия также обладает способностью к саморазмножению.

Проиллюстрируем это на примере. В мае 2017 г. была осуществлена одна из наиболее масштабных за обозримое время атак с применением программы-шифровальщика WannaCry. Только за один день эта вредоносная программа атаковала компьютеры пользователей более чем в 74 странах. По своему основному предназначению WannaCry имеет те же функциональные возможности, что и другие шифровальщики: модификация пользовательских данных на компьютере и последующее требование выкупа за их восстановление, но столь массовые случаи заражения были связаны со способом распространения.

Первичное заражение осуществлялось посредством эксплуатации уязвимости ОС

Windows. После успешного проникновения хотя бы на один компьютер, подключенный к локальной сети, шифровальщик WannaCry распространялся по сети на другие устройства как червь (Worm). По этой причине наибольший ущерб от шифровальщика WannaCry был причинен организациям, имеющим крупные корпоративные компьютерные сети²².

Программы, относящиеся к третьему подклассу, — троянские программы — не умеют создавать свои копии и неспособны к самовоспроизведению. В этом случае распространение копий по сети и заражение удаленных компьютеров происходит по команде с сервера управления.

Основным признаком, который служит для дифференцирования троянских программ, является вид действия (поведение), которое они выполняют на компьютере, например:

- программы-шпионы (Trojan-Spy) предназначены для ведения электронного шпионажа за пользователем, в том числе для перехвата вводимых с клавиатуры данных, изображений экрана, списка активных приложений;
- программы-банкеры (Trojan-Banker) создаются с целью поиска и копирования пользовательской информации, относящейся к банковским счетам, системам электронных денег и пластиковым картам;
- программы-шифровальщики (Trojan-Ransom) модифицируют пользовательские данные на компьютере либо блокируют работу компьютера с целью получения выкупа за восстановление доступа к информации;
- программы для удаленного управления (Trojan-Backdoor) обеспечивают скрытое удаленное управление компьютером и полный доступ к пользовательской информации;
- программы-загрузчики (Trojan-Downloader, Trojan-Dropper) осуществляют загрузку и установку на компьютер вредоносных программ и их новых версий;
- программы для эксплуатации программных уязвимостей (Exploit) эксплуатируют уязвимости программного обеспечения пользователя.

²¹ Энциклопедия Лаборатории Касперского. Классификация детектируемых объектов. Вредоносные программы // URL: <https://encyclopedia.kaspersky.ru/knowledge/malicious-programs> (дата обращения: 05.01.2019).

²² Чекунов И. Г., Рядовский И. А., Иванов М. А. [и др.] Методические рекомендации по расследованию преступлений в сфере компьютерной информации : учеб. пособие / под ред. И. Г. Чекунова. М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2018. С. 28—29.

Большинство современных троянских программ сочетают в себе не одно поведение, а целый набор видов деятельности, предоставляющий преступникам самые широкие возможности для манипулирования пользовательской информацией. Например, программа-банкер, определяемая антивирусным программным обеспечением Лаборатории Касперского с именем Trojan-Banker.Win32.RTM, помимо присущей только этому виду троянских программ функциональности поиска и копирования пользовательской информации, относящейся к банковским счетам, системам электронных денег и пластиковым картам, обладает и многими другими возможностями: поиск файлов по именам, запись истории нажатий клавиш клавиатуры, запись видео и создание снимков экрана, копирование буфера обмена, блокирование и нарушение работы операционной системы, получение от сервера управления команд на запуск дополнительных программных модулей, отправка собранной информации на сервер управления и т.п.

Для загрузки троянских программ в компьютерную систему без ведома пользователя применяют различные способы:

- рассылка электронных писем, содержащих вредоносное вложение;
- применение связок эксплоитов при веб-серфинге пользователей в сети Интернет;
- внедрение вредоносного кода в распространяемое легальное программное обеспечение;
- распространение в локальной сети посредством применения штатных программных средств;
- физический доступ к целевой системе.

Для проникновения в систему с помощью сообщений электронной почты преступники осуществляют целевую либо массированную рассылку писем, содержащих в качестве вложения специальным образом сформированный документ. Открытие пользователем данного документа приводит к скрытой загрузке вредоносной программы и установке ее в систему. В другом варианте вредоносное письмо содержит не вложение, а ссылку на внешний интернет-ресурс, при переходе по которой компьютер пользователя подвергается атаке набором эксплоитов. При успешном срабатывании одного из эксплоитов на компьютер пользователя загружается вредоносное программное обеспечение. При необходимости, когда возможности совершения несанкционированных действий

на компьютере пользователя ограничены правами его учетной записи, преступниками может быть применен локальный эксплоит для повышения привилегий.

Для заражения компьютеров может быть использован так называемый метод drive-by-загрузки, когда в процессе перемещения пользователя по сайтам в сети Интернет его компьютер скрыто перенаправляется с легитимной, но скомпрометированной страницы на криминальный ресурс, где подвергается атаке набором эксплоитов.

Описанные способы наиболее распространены и хорошо известны. В более редких случаях преступники предварительно получают несанкционированный доступ к сетевым ресурсам разработчика легальных программ, после чего внедряют в распространяемое им программное обеспечение свой вредоносный код.

При наличии у преступников доступа хотя бы к одному компьютерному устройству локальной сети организации дальнейшее распространение вредоносных программ на другие компьютеры и серверы может осуществляться с помощью штатных программных средств и протоколов. Например, неоднократно фиксировалось использование программы PsExec от корпорации Microsoft для автоматизированного развертывания вредоносного программного обеспечения на всех компьютерах, входящих в корпоративную сеть.

Физический доступ к компьютерной системе может быть обеспечен вовлечением в преступление работника потерпевшей организации либо проникновением преступников за охраняемый периметр. В этом случае загрузка вредоносной программы в систему осуществляется посредством подключения к ней внешнего электронного носителя информации.

Помимо программных средств, в более редких случаях способами компьютерных преступлений служат специально созданные в преступных целях электронно-вычислительные устройства и программы к ним. Подобные комплексы могут быть как достаточно простыми (например, устройство, скрыто устанавливающееся в разрыв интерфейса клавиатуры для перехвата нажатия клавиш), так и более сложными (например, компьютерное устройство размером с USB-флеш-накопитель с собственным сетевым адаптером и установленной специальной программой удаленного управления предоставляет преступнику возможность получить несанкционированный доступ

к удаленной компьютерной системе; для этого устройство скрыто подключается к целевой системе, например корпоративной компьютерной сети, в месте, исключающем его визуальное обнаружение, для чего нередко в преступление вовлекают работника пострадавшей организации).

К более сложным техническим решениям, создаваемым для совершения преступлений, применимо иное название — аппаратно-программные комплексы. К ним относятся так называемые бот-фермы, то есть компьютерные системы, эмулирующие работу большого количества устройств с отдельными каналами подключения к сети Интернет. Такие системы используются для массовых кампаний распространения вредоносного программного обеспечения на мобильные устройства под управлением ОС Android посредством СМС-рассылки либо для DDoS-атак.

Весьма существенную угрозу для банковской сферы представляют аппаратно-программные комплексы, разработанные для хищения денежных средств из банкоматов, — так называемые Black Box. Такой комплекс является, по сути, мини-компьютером со специальным программным обеспечением, который подключают к диспенсеру (механизму выдачи денег) вместо штатного компьютера, расположенного в сервисной зоне банкомата. После этого управление банкоматом может осуществляться с помощью технологий беспроводной передачи данных, например со смартфона.

Глобальная сеть Интернет является всемирной системой объединенных компьютерных сетей, поэтому представляется необходимым уделить внимание таким способам осуществления несанкционированного доступа, как компьютерные атаки на локальные сети.

Согласно Национальному стандарту ГОСТ Р 51275-2006 «Защита информации. Объект информатизации. Факторы, воздействующие на информацию. Общие положения»²³ «под компьютерной атакой понимается целенаправленное несанкционированное воздействие на информацию, на ресурс автоматизированной информационной системы или получение несанкционированного доступа к ним с применением программных или программно-аппаратных средств» (п. 3.11). Фактически под

признаки компьютерной атаки подпадают все способы осуществления несанкционированного доступа к компьютерным системам, упомянутые в настоящей статье. Однако именно атаки на локальные сети позволяют наиболее полно рассмотреть приемы и методы, используемые преступниками с этой целью.

Виды компьютерных атак на локальные корпоративные сети могут быть разными:

- внешняя атака на сетевую инфраструктуру организации либо на компьютерные системы, которым разрешено удаленное подключение к локальной сети;
- атака изнутри пострадавшей организации с участием ее работников;
- комбинированная атака, сочетающая в себе элементы обоих указанных выше способов совершения преступления.

Необходимо учитывать, что преступник, действующий внутри организации, может также использовать вредоносные программы, как и преступник внешний. С одной стороны, это усиливает его возможности, с другой — может ввести в заблуждение следствие относительно участия в преступлении инсайдера, если такие программы будут обнаружены в ходе осмотра места происшествия и при проведении судебной экспертизы. Участие инсайдера в преступлении не обязательно должно быть непосредственным. Работник организации может предоставить соучастникам необходимые сведения для осуществления несанкционированного доступа внутрь корпоративной компьютерной сети или сообщить об уязвимостях программного обеспечения, установленного на компьютерах организации, либо ошибках в настройках сетевого оборудования.

Функциональные возможности вредоносных программ и легальных условно опасных программ, предоставляющих удаленный доступ к системе, позволяют проводить атаки на компьютерные системы без какого-либо вовлечения в этот процесс потерпевших. В этом случае реализация преступного умысла осуществляется втайне от них, а зачастую скрыта и от третьих лиц, так как происходит только на уровне машинной обработки и передачи компьютерной информации.

На этой основе способы компьютерных преступлений в зависимости от доступа к компью-

²³ ГОСТ Р 51275-2006. Национальный стандарт Российской Федерации. «Защита информации. Объект информатизации. Факторы, воздействующие на информацию. Общие положения» (утв. и введен в действие приказом Ростехрегулирования от 27.12.2006 № 374-ст).

терным средствам и системам можно подразделить:

— на способы, связанные с удаленным доступом к компьютерным средствам и системам посредством использования компьютерной коммуникационной сети (локальной или глобальной — Интернет);

— способы, связанные с непосредственным доступом к компьютерным средствам и системам.

В других случаях вовлечение потерпевшего, в той или иной степени, является необходимым условием доведения преступных намерений до конца. Непосредственная эксплуатация уязвимостей человеческого фактора предусматривает прямое общение с потерпевшим с применением навыков социальной инженерии, то есть системы психологических приемов и методов, склоняющих потерпевших к совершению определенных действий в интересах преступников, например к разглашению уникального кода, присланного в СМС-сообщении для авторизации на сетевом ресурсе, либо к самостоятельной загрузке программы удаленного администрирования на свой компьютер и предоставлению реквизитов доступа к нему мошеннику.

Однако низкий уровень культуры информационной безопасности позволяет преступникам получать необходимые сведения для проведения атаки и без прямого общения с потерпевшим. Использование ненадежных паролей, заводских настроек и конфигураций программного обеспечения и оборудования предоставляет широкий спектр возможностей для получения несанкционированного доступа к конфиденциальной информации. Так, один из широко известных и применяемых способов получения несанкционированного доступа к компьютерной сети — это проведение атаки с применением различных методов сканирования портов сетевых узлов, то есть виртуальных точек входа-выхода сетевого трафика, обслуживающих определенные локальные сервисы. Обнаружив в результате сканирования открытый порт, который обычно используется одной из распространенных программ удаленного администрирования, преступники могут получить доступ к системе перебором реквизитов доступа (пары логин — пароль).

Для доступа к корпоративным компьютерным системам преступники могут воспользо-

ваться и уязвимостью в организации охранных систем и регламентов предприятия, что может выражаться как в физическом проникновении за охраняемый периметр, так и в удаленном доступе с использованием разрешенных в организации к применению протоколов и программных средств. В связи с этим можно разграничить способы получения несанкционированного доступа к компьютерным системам и сетям по степени вовлеченности потерпевшего в этот процесс:

- эксплуатация уязвимостей аппаратного и программного обеспечения;
- использование недостатков организационного и технического характера корпоративных охранных систем;
- применение методов социальной инженерии.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подводя итоги, хотелось бы отметить, что вследствие продолжающегося бурного развития информационно-коммуникационных технологий, в том числе средств криптографии, такая же динамика присутствует и в освоении преступниками способов компьютерных преступлений, сопряженных с несанкционированным доступом к компьютерным средствам и системам. При этом отходят на второй план и используются только в качестве вспомогательных распространенные еще в недавнем прошлом способы преступлений, такие как, например, перехват сетевого трафика, потерявший свою эффективность с точки зрения преступников в результате массового перехода сетевых сервисов с HTTP-протокола, предусматривающего открытую передачу данных, на протокол HTTPS, обеспечивающий шифрование сетевого трафика между конечными устройствами²⁴.

Полагаем, что представленный в данной статье анализ способов компьютерных преступлений наглядно показывает, что способы компьютерных преступлений являются полноструктурными. Основной криминалистической закономерностью формирования и реализации способа преступления с использованием информационных компьютерных технологий является то обстоятельство, что подготовка обычно предусматривает действия по сокрытию, т.е.

²⁴ Helme S. Alexa Top 1 Million Analysis — February 2018 // URL: <https://scotthelme.co.uk/alexatop-1-million-analysis-february-2018> (дата обращения: 05.01.2019).

при совершении компьютерных преступлений, сопряженных с несанкционированным доступом, характерно осуществление преступниками комплекса мер, предшествующих покушению на преступление, которые направлены и на сокрытие его следов.

Применительно к способам компьютерных преступлений можно обозначить следующие закономерности частной теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности:

— закономерности формирования и реализации способа преступления, совершаемого с использованием информационных компьютерных технологий (связь способа с лич-

ностью преступника, зависимость способа от конкретных обстоятельств совершения преступления и т.д.);

— закономерности отражения в компьютерных средствах и системах информации о связях действий и их результатов, повторяемости действий в похожих ситуациях, стереотипах действий субъектов при совершении преступлений;

— закономерности возникновения и развития обстоятельств, связанных с преступлением, сопряженным с использованием компьютерных средств и систем (как до, так и после его совершения), и значимых для расследования.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Криминалистика : учебник для вузов. — Изд. 4-е, перераб. и доп. — М. : Норма: Инфра-М, 2014. — 928 с.
2. Белкин Р. Р. Курс криминалистики. — 3 изд., доп. — М. : Юнити-Дана, Закон и право, 2001. — 837 с.
3. Зуйков Г. Г. «Модус операнди», кибернетика, поиск // Кибернетика и право. — 1970. — С. 46—56.
4. Зуйков Г. Г. Криминалистическое учение о способе совершения преступления : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М. : Высш. школа МВД СССР, 1970. — 31 с.
5. Зуйков Г. Г. Криминалистическое учение о способе совершения преступления. Гл. 6 // Криминалистика / под ред. Р. С. Белкина, И. М. Лузгина. — М. : Академия МВД СССР, 1978. — Т. 1. — 384 с.
6. Зуйков Г. Г. Основы криминалистического учения о способе совершения и сокрытия преступления. Гл. 3 // Криминалистика : учебник для юридических вузов МВД СССР / под ред. Р. С. Белкина, В. П. Лаврова, И. М. Лузгина. — М. : Академия МВД СССР, 1987. — Т. 1. — 340 с.
7. Криминалистика : учебник для вузов / под общ. ред. А. Г. Филиппова. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Высшее образование, 2017. — 835 с.
8. Криминалистика : учебник для студентов вузов / под ред. А. Ф. Волынского, В. П. Лаврова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юнити-Дана: Закон и право, 2008. — 943 с.
9. Куроуз Д., Росс К. Компьютерные сети: нисходящий подход. — 6-е изд. — М. : Э, 2016. — 912 с.
10. Россинская Е. Р. Концепция частной криминалистической теории «информационно-компьютерное обеспечение криминалистической деятельности» // Деятельность правоохранительных органов в современных условиях : сборник материалов XXIII Международной научно-практической конференции : в 2 т. — Иркутск : Восточно-Сибирский институт МВД РФ, 2018. — С. 113—118.
11. Россинская Е. Р. Криминалистика : учебник для вузов. — М. : Норма: Инфра-М, 2016. — 464 с.
12. Торичко Р. С., Клишина Н. Е. Некоторые вопросы совершенствования действующего законодательства, регламентирующего расследование киберпреступлений // Вестник экономической безопасности. — 2018. — № 3. — С. 179—184.
13. Чекунов И. Г., Рядовский И. А., Иванов М. А. [и др.]. Методические рекомендации по расследованию преступлений в сфере компьютерной информации : учебное пособие / под ред. И. Г. Чекунова. — М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2018. — 106 с.
14. Чекунов И. Г. Современные киберугрозы. Уголовно-правовая и криминологическая классификация и квалификация киберпреступлений // Право и кибербезопасность. — 2012. — № 1. — С. 9—22.
15. Чулахов В. Н. Криминалистическое учение о навыках и привычках человека : монография / под ред. Е. Р. Россинской. — М. : Юрлитинформ, 2007. — 284 с.
16. Ligh M., Adair S., Hartstein B., Richard M. Malware Analyst's Cookbook and DVD: Tools and Techniques for Fighting Malicious Code. — Indianapolis : Wiley Publishing, Inc., 2010. — 716 p.
17. Matrosov A., Rodionov E., Bratus S. Rootkits and Bootkits: Reversing Modern Malware and Next Generation Threats. — No Starch Press, 2015. — 504 p.

Материал поступил в редакцию 12 января 2019 г.

**MODERN MEANS OF COMMITTING COMPUTER CRIMES
AND PATTERNS OF THEIR EXECUTION²⁵**

ROSSINSKAYA Elena Rafailovna, Doctor of Law, Professor, Director of the Forensic Examination Institute, Head of the Department of Forensic Examination of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Scientist of the Russian Federation, Honorary Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation
elena.rossinskaya@gmail.com
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

RYADOVSKIY Igor Anatolevich, Head of Department of Investigation of Computer Incidents of JSC "Kaspersky Lab", Honorary Worker of Prosecutor's Office of the Russian Federation
igor.ryadovsky@kaspersky.com
125212, Russia, Moscow, Leningradskoe shosse, d. 39a, stroenie 3

Abstract. *The paper notes that the integration of modern information technologies in all spheres of human activity has led to the informatization and computerization of crime, when it is possible to commit almost any crime by means of computer tools and systems. There is a commonality of some elements of the mechanism of computer crimes, including information about the methods of these crimes.*

Means of committing computer crimes are considered from the standpoint of a new private theory of information and computer support of forensic activities, the subject of which are the laws of occurrence, movement, collection and study of computer information in the investigation of crimes. The objects are computer tools and systems, especially forensic technologies of collection (detection, fixation, seizure) and research of these objects to obtain evidence and guidance information. From the modern point of view, the method of crime is determined by personality, subject and circumstances of the criminal attack, the system of actions of the subject, aimed at achieving the criminal goal and united by a single criminal plan. The means of a crime commitment are divided into fully structured, including preparation, commission and concealment, and incomplete, when one or two elements are absent. The formation of the means of a crime is influenced by objective and subjective factors, which determines the determinism and repeatability of the means of the crime.

The main means of computer crimes are considered: aimed at hiding unauthorized access to computer tools and systems; the use of Trojans for various purposes; infection of computer systems with viruses; the use of hardware and software systems for mass campaigns of malicious software distribution to mobile devices; computer attacks on local corporate networks, etc.

It is established that the criminalistic regularity of the formation and implementation of computer crimes is a mandatory stage of preparation for the crime, which at the same time includes actions to conceal the traces of the crime, i.e. the methods of computer crimes are fully structured.

Keywords: *information and computer security, computer abuse, mechanism of a crime, means of crime commission, full structured means, incomplete means, malware, unauthorized access, Bootkit technology, Rootkit technologies, "disembodied" technology, encryption technology, obfuscation technology, Trojan, worm program, program-virus, bot-farm, local network attack.*

REFERENCES

1. Averyanova T.V., Belkin R.S., Korukhov Yu.G., Rossinskaya E.R. *Kriminalistika: uchebnik dlya vuzov [Criminalistics: A Textbook for Universities]*. 4th edition, rev. and suppl. Moscow: Norma Publ.: Infra-M, 2014. 928 p.
2. Belkin R.R. *Kurs kriminalistiki [Course of Criminalistics]*. 3 ed., suppl. Moscow: Yuniti-Dana Publ., Zakon i Pravo, 2001. 837 p.

²⁵ The study was carried out with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research in the framework of the research project No. 18-29-16003/18.



3. Zuykov G.G. «Modus operandi», kibernetika, poisk [“Modus operandi”, Cybernetics, Search]. *Kibernetika i pravo* [Cybernetics and law]. 1970. Pp. 46—56.
4. Zuykov G.G. *Kriminalisticheskoe uchenie o sposobe soversheniya prestupleniya: avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk* [Forensic doctrine of the method of committing a crime : Abstract of the Doctoral Degree Thesis. Moscow: Higher School of the USSR Interior Ministry, 1970. 31 p.
5. Zuykov G.G. *Kriminalisticheskoe uchenie o sposobe soversheniya prestupleniya* [Forensic doctrine of the method of committing a crime]. Glava 6. *Kriminalistika* [Ch. 6. Criminology]. Edited by R.S. Belkin, I.M. Luzgin. Moscow: The Academy of the USSR Interior Ministry, 1978. Vol. 1. 384 p.
6. Zuykov G.G. *Osnovy kriminalisticheskogo ucheniya o sposobe soversheniya i sokrytiya prestupleniya* [Fundamentals of forensic doctrine of the method of commission and concealment of the crime]. Glava 3. *Kriminalistika: uchebnik dlya yuridicheskikh vuzov MVD SSSR* [Chapter 3. Forensic Science : A Textbook for Law Schools of the USSR Interior Ministry. Edited by R.S. Belkin, V.P. Lavrov, I.M. Luzgin. Moscow: The Academy of the USSR Interior Ministry, 1987. Vol. 1. 340 p.
7. *Kriminalistika: uchebnik dlya vuzov* [Criminalistics : A Textbook for universities]. Edited by A.G. Filippov. 4th ed., rev. and suppl. Moscow: Vysshee obrazovanie Publ., 2017. 835 p.
8. *Kriminalistika: uchebnik dlya vuzov* [Criminalistics : A Textbook for students]. Edited by V.P. Lavrov. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow: Yuniti-Dana Publ.: Law and Rights, 2008. 943 p.
9. Kurouz, D., Ross K. *Kompyuternye seti: niskhodyashchiy podkhod* [Computer network: top-down approach]. 6th ed. Moscow : E Publ., 2016. 912 p.
10. Rossinskaya E.R. *Kontseptsiya chastnoy kriminalisticheskoy teorii «informatsionno-kompyuternoe obespechenie kriminalisticheskoy deyatelnosti»* [Concept of private criminalistic theory “information and computer support of criminalistic activity”]. *Deyatelnost pravookhranitelnykh organov v sovremennykh usloviyakh: Sbornik materialov xxiii mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii* [Activity of law enforcement agencies in modern conditions : Proc. of the 23 International Scientific and Practical Conference : in 2 vols. Irkutsk: East Siberian Institute of the RF Ministry of Internal Affairs, 2018. Pp. 113—118.
11. Rossinskaya E.R. *Kriminalistika: uchebnik dlya vuzov* [Criminalistics: A Textbook for universities]. Moscow: Norma Publ.: Infra-M, 2016. 464 p.
12. Torichko R.S., Klishina N.E. *Nekotorye voprosy sovershenstvovaniya deystvuyushchego zakonodatelstva, reglamentiruyushchego rassledovanie kiberprestupleniy* [Some issues of improvement of the current legislation regulating the investigation of cybercrime]. *Vestnik ekonomicheskoy bezopasnosti* [Vestnik of Economic Security]. 2018. No. 3. Pp. 179—184.
13. Chekunov I.G., Ryadovskiy I.A., Ivanov M.A. [et al.]. *Metodicheskie rekomendatsii po rassledovaniyu prestupleniy v sfere kompyuternoy informatsii: uchebnoe posobie* [Guidelines for the investigation of crimes in the field of computer information : A Study Guide]. Edited by G.I. Chekunov. Moscow: Moscow University of the the Ministry of the Interior of Russia named after V. J. Kikot, 2018. 106 p.
14. Chekunov I.G. *Sovremennye kiberugrozy. Ugolovnopravovaya i kriminologicheskaya klassifikatsiya i kvalifikatsiya kiberprestupleniy* [Modern cyber threats. Criminal law and criminological classification of cybercrime]. *Pravo i kiberbezopasnost* [Law and cybersecurity]. 2012. No. 1. Pp. 9—22.
15. Chulakhov V. N. *Kriminalisticheskoe uchenie o navykakh i privychkakh cheloveka: monograph* [Criminalistic doctrine on the skills and habits of the person: the monograph]. Edited by E.R. Rossinskaya. Moscow: Yurlitinform Publ. 284 p.
16. Ligh M., Adair S., Hartstein B., Richard M. *Malware Analyst’s Cookbook and DVD: Tools and Techniques for Fighting Malicious Code*. Indianapolis: Wiley Publishing, Inc., 2010. 716 p.
17. Matrosov A., Rodionov E., Bratus S. *Rootkits and Bootkits: Reversing Modern Malware and Next Generation threads*. No Starch Press, 2015. - 504 p.

СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ИСКА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Аннотация. В статье проанализировано современное состояние и перспективы развития механизма возмещения вреда в уголовном судопроизводстве. Отмечено, что при устойчивой тенденции роста недовольства большинства потерпевших деятельностью государства по восстановлению их прав, нарушенных в результате совершения преступления, суды надлежащим образом разрешают гражданские иски в уголовных делах. Выявлены причины, по которым ст. 52 Конституции РФ остается до настоящего времени декларативной. Обоснован вывод о недопустимости расширения предмета и оснований гражданских исков в уголовном процессе. Указано, что зарубежная практика возмещения вреда потерпевшим, в том числе посредством образования компенсационных фондов, использования процедур медиации, средств неправительственных организаций, сталкивается с многочисленными проблемами, которые до сих пор остаются нерешенными. В этой связи предложено в уголовном процессе применять только институты реституции и добровольного возмещения вреда, активнее используя для этого возможности досудебных стадий, а также рассматривать иски, безусловно вытекающие из существования уголовно-правового спора или (и) признанные гражданскими ответчиками. Остальные гражданско-правовые вопросы, прямо или косвенно связанные с совершенным или готовящимся преступлением, должны разрешаться в порядке гражданского судопроизводства, где бремя доказывания заявленных требований возложено на лицо, признанное потерпевшим по уголовному делу, его наследника или представителя. Важную роль играет совершенствование системы исполнения судебных решений, в том числе посредством разработки программ, основанных на достижениях современных цифровых технологий.

Ключевые слова: восстановительное правосудие, гражданский иск, компенсационные фонды, медиация, механизм возмещения вреда, цифровые технологии

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.100-107

Одной из задач проводимой в нашей стране судебной реформы является защита и неуклонное соблюдение прав и свобод граждан, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства.

Важная роль в этом отведена стадии судебного разбирательства, в ходе которого суд первой инстанции при разрешении главного вопроса о преступлении и наказании разрешает и иные вопросы, не затрагивающие напрямую

© Сушина Т. Е., 2019

* Сушина Татьяна Евгеньевна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
suschin2011@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

существо уголовно-правового спора, но вытекающие из него. К числу таковых относятся вопросы возмещения вреда, причиненного преступлением.

В российском уголовном процессе для восстановления прав потерпевших от преступлений лиц активно используется институт гражданского иска. Будучи одним из старейших институтов уголовно-процессуального права, гражданский иск разрешается, как правило, при постановлении судом первой инстанции приговора. Решение суда в части гражданского иска, принятое по уголовному делу, равнозначно решению суда по гражданскому делу и исполняется после вступления приговора в законную силу.

Согласно ст. 393 УПК РФ приговор, в котором разрешен гражданский иск, как и любой приговор, обращается к исполнению судом, рассматривавшим уголовное дело в качестве суда первой инстанции. Исполнение приговора в части гражданского иска регламентируется ст. 428—429 ГПК РФ и нормами Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве». Сомнения, неясности и недостатки такого приговора устраняются по правилам ст. 396—399 УПК РФ. Положения ст. 430, 432—434 ГПК РФ и иных статей гражданско-процессуального законодательства могут применяться только в случаях, если они дополняют либо восполняют пробелы УПК РФ.

Такое понимание механизма разрешения гражданского иска в уголовном судопроизводстве сложилось достаточно давно и воспринимается сегодня как само собой разумеющееся.

Вместе с тем результаты социологических опросов потерпевших свидетельствуют о недовольстве большинства из них деятельностью судов по разрешению гражданских исков¹. Серьезные нарекания вызывают незначительные суммы, присужденные к взысканию, затя-

нутые процедуры судебного разбирательства, неоправданные издержки, учет судами материального положения должника при оставлении без внимания материального положения потерпевшего.

Такое состояние дел подкрепляется данными статистики. Сравнение статистической отчетности органов предварительного расследования о размерах ущерба, причиненного преступлениями, со статистикой судов явно не в пользу последних. Например, в 2017 г. ущерб от преступлений составил 408 491 411 000 руб.² В судебных актах сумма ущерба определена в 41 193 237 546 руб., что почти в 10 раз меньше. Аналогичная тенденция прослеживалась и в предыдущие годы.

Анализ статистических сведений о рассмотрении уголовных дел судами первой инстанции за 2008—2017 гг. позволяет утверждать о надлежащем исполнении судами положений ч. 2 ст. 309 УПК РФ. При постановлении обвинительных приговоров в указанный период ежегодно разрешено по существу около 88 % всех заявленных с соблюдением установленного законом порядка исков. Из них удовлетворено полностью или частично примерно 80 % исков, производство по искам прекращено ввиду отказа истца от иска в 5 % случаев, отказано в удовлетворении 3 % исков³.

Существенное расхождение данных следственной и судебной статистики обусловлено отнюдь не нежеланием судей разрешать в пользу потерпевших их гражданские иски. Среди причин можно назвать завышение размера вреда на досудебных стадиях, добровольное возмещение ущерба до вынесения судебного акта, наличие безусловных оснований для прекращения уголовного дела, неявка в судебное заседание гражданского истца или его представителя, наличие вступившего в законную силу мирового соглашения, утвержденного в по-

¹ URL: <http://soprotivlenie.org/news/olga-kostina-issledovanie-problemy-prestupnosti-povysit-uroven-bezopasnosti-grazhdan/>; <https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=536>; <http://pandia.ru/text/77/373/28449.php> (дата обращения: 25.06.2018).

² Состояние преступности в России за январь — декабрь 2017 года / Главное управление правовой статистики и информационных технологий Генеральной прокуратуры Российской Федерации // URL: <https://genproc.gov.ru/upload/iblock/aab/Ежемесячный%20сборник%20декабрь%202017.pdf> (дата обращения: 25.06.2018).

³ Сводные статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за 2017 год: форма № 4 «Отчет о суммах ущерба от преступлений, суммах материальных взысканий в доход государства, количестве вынесенных постановлений об уплате процессуальных издержек за счет средств федерального бюджета и назначении экспертиз» (раздел 1) // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=4476> (дата обращения: 25.06.2018).

рядке гражданского судопроизводства. Размер суммы ущерба, не присужденной к взысканию с учетом материального положения должника или вины других лиц, в среднем не превышал 1 % от общего размера взысканных сумм, то есть был явно незначительным и не мог повлиять на общую картину.

Низкая результативность механизма возмещения вреда обусловлена многими причинами. В их числе — отсутствие статистических данных об исполнении судебных решений в части гражданского иска службой судебных приставов, органами уголовно-исполнительной системы, другими организациями, куда суды направляют исполнительные листы; отсутствие статистических сведений о размере вреда, возмещенного добровольно после вступления судебного акта в законную силу. Остается неизвестной судьба исполнительных листов, полученных взыскателями на руки.

Несмотря на ряд проблем, некоторые из которых названы выше, институт гражданского иска в уголовном деле достаточно хорошо адаптирован к нынешним условиям. Судебная практика возмещения вреда, проверенная десятилетиями, не противоречит назначению уголовного судопроизводства и связывает его с гражданским процессом. В целом можно утверждать о том, что в нашей стране удалось сформировать некий механизм судебной защиты нарушенного права потерпевших от преступлений лиц, казавшийся до недавних пор незыблемым.

Активное проникновение в юриспруденцию современных цифровых технологий, переоценка советского опыта, рецепция западных форм, создание моделей новых правовых регуляторов, в том числе на основе технико-когнитив-

ного метода, попытки преодолеть отраслевую разобщенность, стереть границы между публичным и частным правом, внедрить междисциплинарные подходы затронули теоретические основы правового регулирования института гражданского иска в уголовном деле.

Сегодня многие авторы в своих исследованиях со ссылкой на ст. 52 Конституции РФ предлагают решать в уголовном процессе практически все гражданско-правовые вопросы, так или иначе соприкасающиеся с совершенным преступлением⁴. Иными словами сегодня речь идет о переосмыслении ряда привычных базовых категорий, связанных с возмещением вреда, причиненного преступлением.

В частности, предлагается в рамках судебного разбирательства по уголовному делу утверждать заключенные между гражданским истцом и гражданским ответчиком мировые соглашения, касающиеся возмещения вреда. Обосновывается точка зрения о целесообразности рассмотрения регрессных исков, исков о возмещении размера утраченного заработка ввиду причинения вреда здоровью, о возмещении вреда в связи со смертью кормильца, о возмещении вреда в связи с неправомерным использованием персональных данных потерпевшего и сведений о его частной жизни.

С целью определения характера и тяжести причиненного психическому здоровью потерпевшего вреда высказывается мнение о необходимости проведения комплексной судебной психиатрической экспертизы, результаты которой могут быть использованы для определения размера компенсации морального вреда⁵.

В уголовном судопроизводстве, безусловно, сочетаются публичные и диспозитивные начала⁶. Ретроспективный анализ норм российского

⁴ См., например: *Малышева О. А.* О целесообразности внедрения медиации в досудебное уголовное производство // *Российский следователь*. 2015. № 17. С. 17—20; *Хасаншина Р. Г.* Сущность и значение возмещения вреда потерпевшему при принятии процессуальных решений по уголовным делам : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2014; *Никурадзе Н. О.* Защита прав гражданского истца в уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2017; *Иванов Д. А.* Досудебный порядок возмещения вреда, причиненного преступлением: теоретические и правовые основы, проблемы правоприменения : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2018.

⁵ Выступление Б. А. Спасенникова «Судебно-психиатрическая экспертиза потерпевшего в целях определения причиненного ему вреда здоровью (взгляд юриста-правоведа и врача-лечебника)» на Международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальная защита потерпевшего и возмещение причиненного ему вреда: проблемы и пути решения. Защита прав участников уголовного процесса», проведенной 16.03.2018 в Московской академии Следственного комитета Российской Федерации.

⁶ Подробнее об этом: *Масленникова Л. Н.* Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. 555 с.

уголовно-процессуального права позволяет утверждать о том, что на всем протяжении своего становления и развития судебное разбирательство включало в себя два элемента. Первый элемент отличался достаточной стабильностью и обязывал суд при принятии итогового решения ответить на вопросы о преступлении и наказании. Второй элемент был более подвижный и определял круг иных (сопутствующих) вопросов, не относящихся к существу уголовно-правового спора, но вытекающих из него. Количество и содержание этих вопросов зависело от понимания социального предназначения уголовного процесса.

Мировая тенденция развития восстановительного правосудия, которая благодаря глобализации не могла не затронуть сферу российского уголовного судопроизводства, привела к наполнению института гражданского иска в уголовном деле новым содержанием. Сторонники идеи о расширении предмета и оснований гражданского иска в уголовном деле указывают на положительный зарубежный опыт формирования механизмов защиты прав потерпевших от преступлений лиц.

Изучение данного вопроса в международном аспекте показало, что в ряде стран правоприменители столкнулись с теми же проблемами, что и в России.

Например, в 1943 г. в Уголовно-процессуальном кодексе Германии (1877 г.) впервые были закреплены положения, предоставляющие потерпевшему или его наследнику право заявлять гражданский иск о возмещении вреда в уголовном деле⁷. Такая новелла обусловлена прямым заимствованием советского опыта, который представлялся весьма удачным в военное время⁸.

Но совсем скоро стало ясно, что данная мера, в некоторой степени усложнившая процедуру судебного разбирательства, не позволит должным образом восстановить права потерпевших от преступлений лиц ввиду невысокого процента исполнения судебных решений. При-

говоры в части гражданского иска как в Западной и Восточной Германии до их объединения, так и в объединенной Германии не исполнялись и не исполняются по аналогичным причинам, что и в России. Традиционно это связано с неплатежеспособностью гражданских ответчиков, переменой ими места жительства, розыском ответчиков, наличием алиментных обязательств, сокрытием имущества, на которое может быть обращено взыскание, приоритетом исполнения наказания в виде штрафа над исполнением наказания в части гражданского иска⁹.

Анализ законодательства и практики его применения в ряде европейских государств (Германия, Австрия, Швейцария, Испания, Франция) и некоторых странах ближнего зарубежья позволил сделать вывод о том, что там вопросы возмещения вреда потерпевшему решаются преимущественно вне рамок уголовно-процессуальной деятельности. Поэтому ни в одной из стран предмет и основания гражданского иска безгранично не расширены, и по общему правилу гражданский иск в уголовном деле предъявляется только при наличии оснований полагать, что вред причинен непосредственно преступлением¹⁰.

Например, во всех странах Евросоюза на основании решения Совета Евросоюза от 15.03.2001 о месте жертв в уголовном судопроизводстве приняты пакеты законов, направленных на введение процедуры медиации и создание неправительственных организаций, оказывающих бесплатную помощь потерпевшим до, во время и после уголовного судопроизводства.

Следствием этих инициатив стало введение в уголовное законодательство норм, значительно улучшающих положение подсудимого в случаях, если он после совершения преступления возместил ущерб полностью или в значительной части. По делам об уголовных проступках прокурор наделен правом отказаться от предъявления публичного обвинения, если он наложит с согласия суда, к подсудности кото-

⁷ Artikel 5 der Dritten Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29.05.1943, Reichsgesetzblatt Teil 1 1943 § 57 vom 01.06.1943 S. 343—344 // URL: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=dra&datum=1943&page=363&size=50> (дата обращения: 25.06.2018).

⁸ Данный институт назван «Das Adhäsionsverfahren» и закреплен в §§ 403—406с УПК Германии (см.: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/index.html> (дата обращения: 25.06.2018)).

⁹ Подробнее об этом: *Herrmann J.* Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht — Eine unendliche Geschichte // *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.* 2010. № 3. S. 243.

¹⁰ Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. 2-е изд., испр. М. : Статут, 2017. С. 202.

рого относится уголовное дело, на подсудимого обязанность загладить причиненный вред. При желании потерпевшего к вопросу о возмещении ему вреда, причиненного преступлением, подключаются организации, уполномоченные осуществлять медиативные процедуры¹¹.

В качестве примеров можно привести действующие в ряде стран программы государственной компенсации потерпевшим вреда, причиненного преступлениями, создание негосударственных компенсационных фондов, рассмотрение гражданско-правовых споров, вытекающих из уголовного дела, в порядке гражданского судопроизводства¹².

Интересными в этой связи представляются инициативы Республики Беларусь по созданию фонда помощи пострадавшим от преступлений. В них предлагается в качестве источников финансирования данного фонда использовать суммы залога, обращенные в доход государства; проценты от размещения на счетах в кредитных организациях арестованных денежных средств; денежные средства, поступающие в рамках уголовно-правовой компенсации за совершенные преступления¹³.

В Республике Казахстан принят Закон от 10.01.2018 № 131-VI «О фонде компенсации потерпевшим». В качестве источников форми-

рования данного фонда планируется использовать принудительные платежи, взыскиваемые судом; денежные взыскания, налагаемые судом за неисполнение процессуальных обязанностей и нарушение порядка в судебном заседании на потерпевшего, свидетеля, специалиста, переводчика и иных лиц, за исключением адвоката, прокурора и подсудимого; денежные взыскания с осужденного, в отношении которого вступил в законную силу обвинительный приговор суда и которому назначено наказание в виде исправительных работ; деньги, взысканные в порядке регрессных требований; иные источники, не запрещенные законодательством Республики Казахстан¹⁴.

В отечественной науке уголовно-процессуального права и на практике сегодня обсуждаются темы дифференциации видов наказания и мер уголовно-правового характера, расширения административной преюдиции по делам о преступлениях небольшой тяжести, применения конфискации имущества, в том числе в рамках регулирования межгосударственных отношений, использования элементов искусственного интеллекта.

Вопросы создания надежного государственного компенсационного механизма возмещения вреда потерпевшим от преступлений

¹¹ Например, в Германии широко применяется процедура Täter-Opfer-Ausgleich (соглашение лица, совершившего деяние, и потерпевшего), посредством которой обе стороны с участием посредника-медиатора ведут переговоры о порядке и сроках возмещения лицом, совершившим деяние, вреда потерпевшему. Обучение медиаторов проводится в рамках изучения ими дисциплин социально-педагогического блока (см. об этом, например: ст. 155a и 153b Уголовно-процессуального кодекса Федеративной Республики Германии = Strafprozessordnung (StPO). Kommentar, russische Übersetzung der stopp Dr. Pavel Golovnenkov, ass. iur., Natalia Spitsa, ass. iur., M. A. Einführung in das deutsche Strafprozessrecht Prof. Dr. Uwe Hellmann. Universitätsverlag Potsdam. 2012 ; Scherer A. Der Täter-Opfer-Ausgleich — ein Überblick. Grin Publishing, 2005. 19 s. ; Юрков В. В. Примирение несовершеннолетнего с потерпевшим в уголовном праве России и Германии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2012.

¹² Подробнее об этом: Возмещение материального вреда потерпевшим. Сравнительно-правовое исследование : научно-практическое пособие / отв. ред. С. П. Кубанцев. М. : ИЗИСП при Правительстве РФ: Контракт, 2016. 304 с.

¹³ В Уголовном кодексе Республики Беларусь предусмотрена возможность полного освобождения лица от уголовной ответственности при уплате им уголовно-правовой компенсации в случаях, установленных законом. Решение об освобождении лица от уголовной ответственности принимается после внесения уголовно-правовой компенсации на депозитный счет органа, ведущего уголовный процесс. Но эта уплата не освобождает лицо от обязанности возместить причиненный преступлением ущерб. В случае освобождения от уголовной ответственности денежные средства, внесенные на депозитный счет органа, ведущего уголовный процесс, обращаются в доход государства (см., например: Симица И. М. Уголовно-правовая компенсация как элемент реализации восстановительной функции уголовной ответственности в Республике Беларусь // Теория и практика современной науки. 2017. № 12 (30). URL: http://modern-j.ru/domains_data/files/30/SINICA%20I.M.pdf (дата обращения: 25.06.2018)).

¹⁴ Информационно-правовая система нормативных правовых актов Республики Казахстан // URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1800000131> (дата обращения: 25.06.2018).

по-прежнему остаются весьма разрозненными и отодвинутыми на второй план. Поэтому сейчас достаточно трудно оценить перспективу использования медиации как одной из форм урегулирования или смягчения уголовно-правовых конфликтов, спрогнозировать возможные источники наполнения компенсационного фонда и исключить коррупционную составляющую при распределении его денежных средств. Ясно только одно. Недопустимо безгранично расширять предмет и основания гражданского иска в уголовном деле, поскольку это может привести к сужению публичных начал и переводу судебного разбирательства из уголовно-правовой плоскости в плоскость гражданско-правовых правоотношений. Достаточно вспомнить, насколько сложным и специфичным является предмет доказывания по искам о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью. Рассмотрение такой категории исков в уголовном деле весьма затруднительно.

Думается, что нужно, наоборот, сохраняя в лучших отечественных традициях институт гражданского иска в уголовном деле, наряду с ним разрабатывать и апробировать новые формы, посредством которых удалось бы в полной мере обеспечить реализацию конституционной гарантии о возмещении вреда потерпевшим от преступлений лицам.

В результате тщательной научной проработки следует сформировать систему мер, направленных на возмещение вреда, причиненного преступлением, возможно, дифференцировав их в зависимости от тяжести совершенного общественно-опасного деяния, личности причинителя вреда и потерпевшего, их материального положения и т.д.

Думается, что в уголовном процессе нужно использовать только институты реституции, добровольного возмещения вреда, а также рассматривать иски, безусловно вытекающие из существа уголовно-правового спора или (и) признанные гражданскими ответчиками. Остальные гражданско-правовые вопросы, прямо или косвенно связанные с совершенным преступлением, должны разрешаться в порядке гражданского судопроизводства с воз-

ложением бремени доказывания заявленных требований на лицо, признанное потерпевшим по уголовному делу, его наследника или представителя.

Некая разобщенность в деятельности органов предварительного расследования, судов и органов, исполняющих наказание, может быть преодолена введением системы единой статистической отчетности о размерах ущерба, причиненного преступлениями, размерах ущерба, присужденного к взысканию, и размерах ущерба, погашенного до вынесения судебного акта и взысканного по судебным решениям. Значительную помощь в этом могут оказать программы, разработанные на основе цифровых технологий. Именно они способны заменить тяжеловесные процедуры выдачи исполнительных листов, их направления для принудительного исполнения, розыска имущества должников.

В завершение отметим, что сложнейший институт возмещения вреда, причиненного преступлением, до сих пор представлен в виде разрозненных законодательных норм. Поэтому в настоящее время в научном плане назрела необходимость комплексного подхода к рассмотрению перспектив развития данного института в уголовном судопроизводстве. Для этого потребуются совместные усилия специалистов в области уголовного, гражданского, уголовно-процессуального и гражданско-процессуального права, криминологии и педагогики. Систематизация накопленного опыта и устранение законодательных просчетов заставят правоохранителей принципиально изменить нынешние подходы к решению проблемы, сопряженные в том числе с отказом от принятия решений «по старинке», под влиянием господствующих установок, воззрений и фактически безграничного усмотрения. Не стоит выделять в качестве приоритетной стадию судебного разбирательства. Нужно активнее использовать возможности досудебных стадий уголовного процесса, предназначением которых равным образом является восстановление нарушенных материальных и нематериальных благ потерпевших от преступлений лиц.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Возмещение материального вреда потерпевшим. Сравнительно-правовое исследование : научно-практическое пособие / отв. ред. С. П. Кубанцев. — М. : ИЗиСП при Правительстве РФ: Контракт, 2016.
2. Иванов Д. А. Досудебный порядок возмещения вреда, причиненного преступлением: теоретические и правовые основы, проблемы правоприменения : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2018.
3. Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. — 2-е изд., испр. — М. : Статут, 2017.
4. Малышева О. А. О целесообразности внедрения медиации в досудебное уголовное производство // Российский следователь. — 2015. — № 17.
5. Масленникова Л. Н. Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2000.
6. Никурадзе Н. О. Защита прав гражданского истца в уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2017.
7. Сеница И. М. Уголовно-правовая компенсация как элемент реализации восстановительной функции уголовной ответственности в Республике Беларусь // Теория и практика современной науки. — 2017. — № 12 (30).
8. Хасаншина Р. Г. Сущность и значение возмещения вреда потерпевшему при принятии процессуальных решений по уголовным делам : дис. ... канд. юрид. наук. — Казань, 2014.
9. Юрков В. В. Примирение несовершеннолетнего с потерпевшим в уголовном праве России и Германии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Томск, 2012.
10. Herrmann J. Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht — Eine unendliche Geschichte // Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. — 2010. — № 3.
11. Scherer A. Der Täter-Opfer-Ausgleich — ein Überblick. — Grins Publishing, 2005.

Материал поступил в редакцию 7 июля 2018 г.

**CURRENT STATE AND PROSPECTS OF DEVELOPMENT
OF A CIVIL SUIT IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

SUSHINA Tatyana Evgenevna, PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Criminal Procedure
Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
suschin2011@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper analyzes the current state and prospects of development of the mechanism of compensation of harm in criminal proceedings. It is noted that with a steady trend of growing discontent of the majority of victims with the state's activities to restore their rights violated because of the crime, the courts properly resolve civil claims in criminal cases. The reasons why article 52 of the Constitution of the Russian Federation remains declarative are revealed. The conclusion about the inadmissibility of expanding the subject and grounds of civil claims in criminal proceedings is substantiated. It is indicated that the foreign practice of compensation for harm to victims, including through the formation of compensation funds, the use of mediation procedures, funds of non-governmental organizations, faces many problems that remain unresolved. In this regard, it is proposed to use only the institutions of restitution and voluntary compensation of harm in the criminal process, actively using the possibilities of pre-trial stages, as well as to consider claims that clearly arise from the substance of the criminal law dispute and (or) recognized by civil defendants. The remaining civil law issues directly or indirectly related to the committed or impending crime should be resolved in civil proceedings, where the burden of proof of the asserted claims is placed on the person recognized as the victim in the criminal case, his heir or representative. An important role is given to the improvement of the system of execution of court decisions, including through the development of programs based on the achievements of modern digital technologies.*

Keywords: *restorative justice, civil suit, compensation funds, mediation, mechanism of compensation of harm, digital technology.*



REFERENCES

1. Возмещение материального вреда потерпевшим. Сравнительно-правовое исследование: научно-практическое пособие [Compensation for material damage to victims. Comparative legal research: scientific and practical guide]. Edited by S.P. Kubantsev. Moscow: SISP under the Government of the Russian Federation: Kontrakt Publ., 2016.
2. Ivanov D.A. *Dosudebnyy poryadok возмещения вреда, причиненного преступлением: теоретические и правовые основы, проблемы правоприменения: дис. ... д-ра юрид. наук* [Pre-trial procedure for compensation of damage caused by the crime: theoretical and legal bases, problems of law enforcement : Doctoral Thesis]. Moscow, 2018.
3. Kurs ugovnogo protsesssa [Criminal Procedure Course]. Edited by L.V. Golovko. 2nd ed., rev. Moscow: Statut Publ., 2017.
4. Malysheva O.A. *O tselesoobraznosti vnedreniya mediatsii v dosudebnoe ugovnoe proizvodstvo* [On the appropriateness of mediation in pre-trial criminal proceedings]. *Rossiyskiy sledovatel* [Russian investigator]. 2015. No. 17.
5. Maslennikova L.N. *Publichnoe i dispozitivnoe nachala v ugovnom sudoproizvodstve Rossii: dis. ... d-ra jurid. nauk* [Public and dispositive principles in criminal proceedings in Russia : dis. ... d-ra jurid. nauk]. Moscow, 2000.
6. Nikuradze N.A. *Zashchita prav grazhdanskogo isttsa v ugovnom protsesse: dis. ... kand. jurid. nauk* [Protection of the rights of a civil plaintiff in criminal proceedings : PhD Thesis]. Ekaterinburg, 2017.
7. Sititsa I.M. *Ugovno-pravovaya kompensatsiya kak element realizatsii vosstanovitel'noy funktsii ugovnoy otvetstvennosti v Respublike Belarus* [Criminal law compensation as part of the implementation of the restorative functions of criminal responsibility in the Republic of Belarus]. *Teoriya i praktika sovremennoy nauki* [Theory and practice of modern science]. 2017. No. 12 (30).
8. Khasanshina R.G. *Sushchnost i znachenie возмещения вреда потерпевшему при принятии процессуальных решений по уголовным делам : дис. ... д-ра юрид. наук* [Essence and value of compensation of harm to the victim when making procedural decisions on criminal cases : Doctoral Thesis]. Kazan, 2014.
9. Yurkov V.V. *Primirenie nesovershennoletnego s poterpevshim v ugovnom prave Rossii i Germanii : dis. ... kand. jurid. nauk* [Reconciliation of a minor with a victim in the criminal law of Russia and Germany : PhD Thesis]. Tomsk, 2012.
10. Herrmann J. Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht-Eine unendliche Geschichte. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 2010. No. 3.
11. Scherer A. Der Täter-Opfer — Ausgleich-ein Überblick. Grins Publishing, 2005.

ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РОССИЙСКИМИ БАНКАМИ ОБЛАЧНЫХ УСЛУГ ЗАРУБЕЖНЫХ ПРОВАЙДЕРОВ

Аннотация. В статье исследуются правовые аспекты использования российскими банками облачных решений зарубежных провайдеров. Несмотря на очевидные преимущества, в законодательстве России имеется множество препятствий для такого использования, в том числе отсутствие общего нормативного регулирования услуг облачных вычислений, требования к обеспечению информационной безопасности (лицензирование шифровальной деятельности, сертификация информационных систем), требования законодательства о локализации баз персональных данных, электронных баз данных банков и др. На основе анализа действующих нормативных актов, в частности отраслевых регуляторов, автор приходит к выводу, что зарубежные поставщики облачных услуг вправе предоставлять услуги российским финансовым организациям при соблюдении ряда условий: облачные решения не должны включать аутсорсинг бизнес-функций целиком и не должны предполагать производство внутренних (внутрироссийских) переводов денежных средств (платежей); зарубежный облачный провайдер принял меры к охране защищаемой информации; трансграничная передача персональных данных и банковской тайны должна осуществляться в обезличенном виде и др.

Ключевые слова: услуги облачных вычислений, зарубежный провайдер, персональные данные, банк, финансовая организация, информационная безопасность, конфиденциальная информация, открытая информация, лицензирование шифровальной деятельности, сертификация информационных систем, защита информации, компенсирующие меры, аутсорсинг бизнес-функций, трансграничная передача защищаемой информации, центр обработки данных.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.108-115

В настоящее время многие финансовые организации в России стремятся сократить расходы на программное обеспечение и инфраструктуру за счет обращения к облачным решениям. Об этом свидетельствуют многочисленные ис-

следования и данные статистики. Так, по оценкам компании Gartner Group, сегодня более 50 % банковских транзакций по всему миру осуществляется посредством облачной инфраструктуры¹. Внедрение технологий облачных

¹ См.: *Кораблев А. В.* Идентификация информационных рисков использования облачных технологий в банковской деятельности : дис. ... канд. экон. наук. Самара, 2017. С. 3.

© Канашевский В. А., 2019

* *Канашевский Владимир Александрович*, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
vakanashevskij@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

вычислений позволяет существенно сократить расходы и повысить уровень обслуживания. Наиболее популярными и востребованными на рынке являются облачные решения, предоставляемые зарубежными провайдерами, такими как Microsoft (например, Microsoft Azure), Google (например, Google Cloud Platform), Amazon (например, Amazon Web Services) и др.

Одним из главных препятствий для использования зарубежных облачных решений российскими банками являются требования российского законодательства к обеспечению информационной безопасности. Облачные решения зарубежных провайдеров предполагают передачу информации в центры обработки данных, как правило находящиеся на территории иностранного государства. Как верно отмечается в литературе, предоставление банковских услуг на основе облачных технологий характеризуется возросшим количеством уязвимостей и внешних угроз, что обусловлено использованием открытых каналов связи, а сбой при предоставлении банковских сервисов и разглашение банковской информации могут нанести значительный экономический ущерб банку или его клиентам².

Препятствием для использования банками услуг зарубежных облачных провайдеров являются также требования законодательства о локализации баз персональных данных, локализации электронных баз данных банков, локализации информации, распространяемой по сети Интернет и др. Выполнение требований соответствующих нормативных актов приводит к необходимости передачи информации в «первичные» базы данных, расположенные на территории России³.

Вопрос о гражданско-правовой природе отношений между провайдером облачных ре-

шений и пользователями является дискуссионным⁴. Следует согласиться с мнением, что отношения по использованию облачных решений⁵ могут быть квалифицированы как смешанные, имеющие признаки лицензионного договора и договора оказания услуг, причем черты последнего преобладают. Один из основных аргументов против лицензионно-правовой природы облачных решений состоит в том, что «используемый клиентом “облачный” сервис может рассматриваться в качестве информационной системы... <...> Предоставление лицензии на информационную систему в целом, в том числе на использование информационных технологий и технических средств, невозможно, поскольку данные объекты не могут выступать объектом лицензионного договора»⁶.

В настоящее время в России отсутствует какой-либо нормативный акт, регулирующий предоставление услуг облачных вычислений, в том числе услуг зарубежных облачных провайдеров. Согласно плану Правительства РФ, к концу 2015 г. должны были быть разработаны проекты нормативных актов, направленные на развитие и внедрение технологий облачных вычислений⁷, которые до настоящего времени еще не приняты. В 2014—2017 гг. опубликованы проекты федеральных законов касательно технологий облачных вычислений. Перспективы указанных законопроектов в настоящее время неясны.

Проект Закона об облачных вычислениях 2014 г.⁸ предлагает ввести ограничения на использование облачных сервисов органами и организациями государственного и муниципального секторов. В частности, проект исходит из того, что только российские юридические лица, которые имеют свою облачную инфраструктуру в России, могут предоставлять облачные услуги

² Кораблев А. В. Указ. соч. С. 3.

³ См.: Канашевский В. А. Об обязательном хранении информации на территории России (требование локализации) // Международное публичное и частное право. 2017. № 6.

⁴ См.: Савельев А. И. Правовая природа «облачных» сервисов: свобода договора, авторское право и высокие технологии // Вестник гражданского права. 2015. № 5.

⁵ Традиционными способами организации предоставления облачных решений являются программное обеспечение как услуга (SaaS, Software-as-a-Service), платформа как услуга (PaaS, Platform-as-a-Service) и инфраструктура как услуга (IaaS, Infrastructure-as-a-Service).

⁶ Савельев А. И. Указ. соч.

⁷ См.: План мероприятий («дорожная карта») «Развитие отрасли информационных технологий», утв. распоряжением Правительства РФ № 2602-р от 30.12.2013 (в ред. от 05.12.2014) // СПС «Консультант-Плюс».

⁸ Федеральный портал проектов нормативных правовых актов. URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=23163>.

для государственного и муниципального секторов. В литературе высказано мнение, что требование законопроекта о наличии у провайдера облачных услуг лицензий в области обеспечения информационной безопасности, выданных Федеральной службой по техническому и экспортному контролю (ФСТЭК) и Федеральной службой безопасности РФ (ФСБ), а также о наличии аттестата по требованиям безопасности на облачную инфраструктуру означает фактический запрет зарубежным облачным провайдерам предоставлять свои услуги российским государственным (муниципальным) органам и не позволяет это делать многим российским облачным провайдерам, которые используют зарубежные сервисы в качестве платформы IaaS или резервной площадки⁹.

В 2016 г.¹⁰ и в 2017 г.¹¹ были опубликованы еще два проекта федеральных законов, ориентированные главным образом на создание государственной инфраструктуры облачных вычислений для использования органами государственной власти, местного самоуправления, государственными и муниципальными предприятиями и учреждениями. Законопроекты 2016 и 2017 гг. не регулируют использование услуг облачных вычислений, предоставляемых иными (то есть негосударственными, немunicipальными и пр.) провайдерами. В частности, в законопроекте 2016 г. отмечается: «В целях создания экономически обоснованных условий для сосредоточения вычислительных ресурсов, а также хранения и обработки персональных данных граждан РФ на территории РФ систему центров обработки данных целесообразно создавать в виде сети федеральных и региональных центров обработки данных, связанных резервированными магистральными каналами связи высокой пропускной способности в единый катастрофоустойчивый кластер. Защита от компьютерных атак должна быть реализована с использованием надежных программно-аппаратных средств и соблюдением принципа невыхода трафика указанного кластера за пре-

делы Российской Федерации». Думается, что законодатель (разработчиком законопроектов выступило Министерство связи и массовых коммуникаций РФ) в качестве своей главной стратегии принял курс на создание в России «государственной инфраструктуры облачных вычислений», услугами которой будут пользоваться как государственные и муниципальные органы и организации, так и третьи лица («электронные коммерческие услуги»). Об услугах зарубежных облачных провайдеров законопроекты умалчивают.

В последнее время в действующее законодательство были внесены существенные изменения, в том числе направленные на расширение полномочий регулирующих органов по осуществлению контроля над информационным содержанием («контентом»), распространяемым в сети Интернет, и предусматривающие обязательства по хранению данных на территории России. Однако эти изменения напрямую не запрещают передачу контента зарубежным провайдерам облачных сервисов и хранение такой информации в центрах обработки данных за пределами Российской Федерации.

Несмотря на отсутствие специального законодательства, можно отметить, что хранение (размещение) информации в зарубежном публичном облаке *per se* (само по себе) не запрещено и, следовательно, разрешено при условии соблюдения отдельных требований и ограничений, предусмотренных законами и отраслевыми стандартами.

Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии (Росстандарт) принят ГОСТ ISO/IEC 17788-2016 «Информационные технологии. Облачные вычисления. Общие положения и терминология», который был разработан на основе международного стандарта ISO/IEC 17788:2014 «Information technology — Cloud computing — Overview and vocabulary» и применяется с 1 ноября 2017 г.¹². Продвижению в России технологий облачных вычисле-

⁹ См.: Савельев А. И. Комментарий к Федеральному закону от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (постатейный). М.: Статут, 2015 (см. комментарий к ст. 12 «Государственное регулирование в сфере применения информационных технологий»).

¹⁰ Федеральный портал проектов нормативных правовых актов. URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=59054>.

¹¹ Федеральный портал проектов нормативных правовых актов. URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=67812>.

¹² Информационный портал по международной стандартизации. Национальные стандарты РФ. URL: <http://iso.gost.ru/wps/portal>.

ний могли бы существенно поспособствовать разработке и принятию в России национальных стандартов по использованию облачных решений на основе стандартов Международной организации по стандартизации (ISO/IEC 27001¹³, BS ISO/IEC 27017¹⁴, ISO/IEC 27018¹⁵).

Перед принятием решения об использовании зарубежных облачных решений российским финансовым организациям необходимо выделить «чувствительную» (конфиденциальную) информацию, которая может быть передана в зарубежное облако только при соблюдении определенных условий. Примерный список такой чувствительной (конфиденциальной) информации включает финансовую информацию, информацию о технической и информационной безопасности, внутренние корпоративные документы, банковскую тайну, персональные данные, информацию о кредитной истории, налоговую информацию, тайну страхования и тайну ломбарда, а также иную информацию, признанную финансовой организацией в качестве «конфиденциальной»¹⁶. При хранении и обработке чувствительной (конфиденциальной) информации облачный провайдер должен принять определенные меры по защите переданной ему информации, которые (методы) описываются в ряде нормативных актов¹⁷.

К нечувствительной (открытой) информации относится вся иная информация, которая не относится к информации конфиденциального

характера. Она может передаваться и обрабатываться в зарубежном публичном облаке без каких-либо ограничений.

Хранение и обработка определенной информации кредитных организаций облачными провайдерами может вызвать также вопросы лицензирования и сертификации (лицензирование шифровальной деятельности, сертификация информационных систем, используемых для хранения и обработки данных и др.). На практике только российские организации могут соответствовать всем требованиям российского законодательства в данной области, и это обстоятельство может служить практическим препятствием для использования услуг зарубежного облачного провайдера. Например, согласно постановлению Правительства РФ № 1119¹⁸ персональные данные (далее — ПДн) подлежат шифрованию в обязательном порядке, если соответствующая информационная система, используемая для обработки ПДн, относится к системам одного из четырех уровней защищенности, определенных постановлением Правительства РФ № 1119 (уровень защищенности присваивается в зависимости от угроз безопасности ПДн). Оценку угроз безопасности проводит оператор ПДн (то есть сам банк). Кроме того, применение средств шифрования для защиты ПДн предусмотрено Методическими рекомендациями ФСБ № 149/7/2/6-432 от 31.03.2015¹⁹.

¹³ Стандарт ISO/IEC 27001:2013 «Информационные технологии. Методы обеспечения безопасности. Системы менеджмента информационной безопасности. Требования».

¹⁴ Стандарт BS ISO/IEC 27017:2015 «Информационные технологии. Методы и средства обеспечения безопасности. Свод правил по управлению информационной безопасностью на основе ISO/IEC 27002 для облачных сервисов».

¹⁵ Стандарт ISO/IEC 27018:2014 «Информационные технологии. Методы обеспечения безопасности. Практика защиты персональных данных в публичных облаках, выступающих в роли обработчиков персональных данных».

¹⁶ Примерный состав категорий информации, рекомендуемых для включения в класс «информация конфиденциального характера», содержится в приложении А (справочном) к рекомендациям Банка России в области стандартизации РС БР ИББС-2.9-2016 «Обеспечение информационной безопасности организаций банковской системы РФ. Предотвращение утечек информации».

¹⁷ См. Положение о защите информации в платежной системе (утв. постановлением Правительства РФ от 13.06.2012 № 584); положение Банка России № 382-П (утв. Банком России 09.06.2012, с послед. изменениями); указание Банка России от 09.06.2012 № 2831-У (с послед. изменениями); стандарты Банка России, касающиеся информационной безопасности (СТО БР ИББС-1.0-2014; СТО БР ИББС-1.2-2014); рекомендации Банка России (РС БР ИББС-2.5-2014; РС БР ИББС-2.2-2009; РС БР ИББС-2.7-2015; РС БР ИББС-2.8-2015; РС БР ИББС-2.9-2016) (см.: СПС «КонсультантПлюс»).

¹⁸ Постановление Правительства РФ от 01.11.2012 № 1119 «Об утверждении требований к защите персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: Методические рекомендации по разработке нормативных правовых актов, определяющих угрозы безопасности персональных данных, актуальные при обработке персональных данных в информаци-

Что касается обязательного шифрования кредитными организациями данных (когда такое шифрование обязательно согласно российскому законодательству), то следует указать следующее.

Во-первых, в России деятельность по шифрованию данных является лицензируемой и при шифровании может использоваться лишь то программное обеспечение и те аппаратные устройства, которые сертифицированы ФСБ²⁰. Очевидно, что указанные требования к шифрованию применимы только к российским организациям, поскольку российские регуляторы (ФСБ и др.) не вправе сертифицировать шифровальные средства иностранных организаций (зарегистрированных и действующих за рубежом), а лицензию на шифрование вправе получить лишь российская организация.

Во-вторых, если зарубежный облачный провайдер в рамках оказания им облачных услуг использует информационную систему и меры защиты информации, которые предусматривают такой же уровень защиты информационных систем и такие же меры информационной защиты (включая шифрование данных), которые соответствуют общим техническим и организационным требованиям российского законодательства (либо его меры выше требований, которые предъявляются российскими регуляторами), то можно заключить, что данный облачный провайдер вправе осуществлять деятельность по работе с соответствующей информацией (поскольку цель обеспечения информационной безопасности достигнута).

Данный вывод находит поддержку в некоторых нормативных актах. Так, согласно приказу ФСТЭК РФ от 18.02.2013 № 21²¹ при невозможности технической реализации отдельных мер по обеспечению безопасности ПДн, предусмотренных постановлением Правительства РФ № 1119, оператор *вправе принимать другие*

(компенсирующие) меры, направленные на нейтрализацию актуальных угроз безопасности ПДн. В этом случае в обязательном порядке проводится надлежащее обоснование применения таких компенсирующих мер (п. 10). С учетом вышеизложенного оператор ПДн обязан обеспечить принятие зарубежным облачным провайдером всех необходимых организационных и технических мер, предусмотренных постановлением Правительства РФ № 1119 и приказом ФСТЭК РФ № 21, для надлежащей защиты обрабатываемых ПДн.

Согласно ГОСТ Р 57580.1-2017²² «при невозможности технической реализации отдельных выбранных мер защиты информации, а также с учетом экономической целесообразности на этапах адаптации (уточнения) базового состава мер могут разрабатываться иные (компенсирующие) меры, направленные на нейтрализацию угроз безопасности информации, определенных в модели угроз, и нарушителей безопасности информации финансовой организации. В этом случае финансовой организацией должно быть проведено обоснование применения компенсирующих мер защиты информации» (п. 6.4). При этом финансовая организация *самостоятельно определяет* необходимость использования средств криптографической защиты информации (СКЗИ), если иное не установлено нормативными актами, актами Банка России, стандартами профессиональной деятельности или правилами платежной системы. В случае если финансовая организация *применяет СКЗИ российского производителя*, указанные СКЗИ должны иметь сертификаты или разрешения федерального органа, уполномоченного в области обеспечения безопасности (п. 6.12). Таким образом, ГОСТ Р 57580.1-2017 не исключает использования финансовой организацией СКЗИ иностранного производителя, хотя прямо и не разрешает это делать.

онных системах персональных данных, эксплуатируемых при осуществлении соответствующих видов деятельности, № 149/7/2/6-432 (утв. ФСБ России 31.03.2015) // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: постановление Правительства РФ от 16.04.2012 № 313 «Об утверждении Положения о лицензировании деятельности по разработке, производству, распространению шифровальных (криптографических) средств...» (в ред. 18.05.2017) // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Приказ ФСТЭК РФ от 18.02.2013 № 21 «Об утверждении состава и содержания организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных» (в ред. 23.03.2017) // СПС «КонсультантПлюс».

²² Национальный стандарт России ГОСТ Р 57580.1-2017 «Безопасность финансовых (банковских) операций. Защита информации финансовых организаций. Базовый состав организационных и технических мер», утв. приказом Росстандарта от 08.08.2017 № 822-ст, введен в действие с 01.01.2018 // СПС «КонсультантПлюс».

Согласно п. 6.13 ГОСТ Р 57580.1-2017 «юридические лица или индивидуальные предприниматели, привлекаемые финансовой организацией для проведения работ по обеспечению защиты информации, *должны иметь лицензию на деятельность по технической защите конфиденциальной информации*».

Наконец, Банк России принял рекомендации (например, РС БР ИББС-2.2-2009 и РС БР ИББС-2.9-2016), которые хотя и не носят обязательного характера, но применяются банками в силу авторитета Банка России. Эти рекомендации подразумевают, что кредитные организации должны хранить в России определенную чувствительную информацию (которая определена в рекомендациях очень широко и включает в числе прочего любые ПДн). В отсутствие прямого законодательного запрета на размещение большинства данных в инфраструктуре зарубежного облачного провайдера можно заключить, что данные рекомендации Банка России служат наиболее существенным препятствием для передачи банками данных зарубежному облачному провайдеру.

В частности, согласно Стандарту Банка России об управлении риском нарушения информационной безопасности при аутсорсинге²³ допускается передача на аутсорсинг функций, связанных с хранением и обработкой информации, в том числе на внешних центрах обработки данных и облачных сервисах (облачных службах). Стандарт прямо допускает возможность аутсорсинга бизнес-функций, при выполнении которых осуществляется обработка защищаемой информации²⁴ (в том числе сведений, относящихся к банковской тайне, ПДн и другой конфиденциальной информации). Примерами бизнес-функций, которые могут быть переданы на аутсорсинг, являются, в частности: аутсорсинг центров обработки данных; облачные вычисления (по модели предоставления сервисов SaaS, PaaS, IaaS); обслуживание информацион-

ных (автоматизированных) систем организации банковской системы РФ²⁵.

Согласно Стандарту финансовая организация должна определить критерии, в том числе основанные на законодательстве РФ о лицензировании отдельных видов деятельности. В частности, у поставщика услуг должны быть лицензия на осуществление деятельности по технической защите конфиденциальной информации, выданная ФСТЭК²⁶, и лицензия на осуществление деятельности по разработке, производству, распространению шифровальных (криптографических) средств, выданная ФСБ РФ²⁷. В случае несоответствия поставщика услуг данным критериям ему не могут передаваться на выполнение существенные функции (п. 6.5). Отметим, что указанные лицензии могут получить лишь российские юридические лица. Это обстоятельство служит препятствием для зарубежных облачных провайдеров к выполнению функции поставщиков аутсорсинговых услуг.

Стандарт указывает, что финансовой организации при принятии решения об аутсорсинге существенных функций, при котором предполагается трансграничная передача защищаемой информации, следует убедиться в соблюдении ряда требований законодательства РФ: о трансграничной передаче ПДн, включая обязанность обработки и хранения ПДн на территории РФ; о локализации электронных баз данных банков на территории РФ; о лицензировании деятельности по технической защите конфиденциальной информации и работе с шифровальными средствами; об обеспечении безопасности критической информационной инфраструктуры. В случае наличия у поставщика услуг подразделений и (или) дочерних предприятий за пределами РФ, а также при использовании самим поставщиком услуг аутсорсинга поставщик услуг должен предоставить финансовой организации информацию о таких подразделениях,

²³ Стандарт Банка России «СТО БР ИББС-1.4-2018. Обеспечение информационной безопасности организаций банковской системы РФ. Управление риском нарушения информационной безопасности при аутсорсинге», принят приказом Банка России от 06.03.2018 № ОД-568 и введен в действие с 01.07.2018 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ Введение и п. 6.2 Стандарта СТО БР ИББС-1.4-2018.

²⁵ Приложение 3 к Стандарту СТО БР ИББС-1.4-2018.

²⁶ Постановление Правительства РФ от 03.02.2012 № 79 «О лицензировании деятельности по технической защите конфиденциальной информации» (в ред. 15.06.2016) // СПС «КонсультантПлюс».

²⁷ Постановление Правительства РФ от 16.04.2012 № 313 «Об утверждении Положения о лицензировании деятельности по разработке, производству, распространению шифровальных (криптографических) средств...».

предприятиях или аутсорсинговых субподрядчиках. Трансграничная передача информации, составляющей банковскую тайну, допускается в обезличенной обобщенной (агрегированной) форме, за исключением случаев, установленных законодательством РФ (п. 6.9).

Таким образом, не исключена возможность использования финансовыми организациями аутсорсинговых услуг зарубежных операторов, привлекаемых российскими поставщиками через свои зарубежные структуры. Однако на поставщике услуг остается обязанность обеспечить соблюдение субподрядчиком требований к защите информации, в том числе в области лицензирования отдельных видов деятельности²⁸. Однако наличие данных требований не означает запрет для зарубежных поставщиков предоставлять облачные услуги российским финансовым организациям. Они вправе это делать при соблюдении следующих условий:

- 1) соответствующие облачные решения не включают аутсорсинг бизнес-функции целиком;
- 2) зарубежный облачный провайдер принял меры к охране защищаемой информации, в том числе посредством разработки и реализации компенсирующих мер, направленных на нейтрализацию угроз безопасности информации финансовой организации;
- 3) трансграничная передача ПДн и информации, относящейся к банковской тайне, должна осуществляться в обезличенном виде;
- 4) передача в зарубежное облако ПДн и банковской информации должна происходить при условии соблюдения требования локализации ПДн и электронных баз данных банков;

- 5) в соответствующих случаях необходимо обеспечить размещение ПДн в том центре обработки данных, который находится в стране, обеспечивающей адекватную защиту ПДн, либо банк должен получить согласие субъектов ПДн на трансграничную передачу ПДн;
- 6) сведения, относящиеся к банковской тайне, могут быть переданы в зарубежное облако, если кредитная организация сохраняет контроль за облачной инфраструктурой и у облачного провайдера отсутствует возможность доступа к соответствующим сведениям²⁹;
- 7) облачные решения зарубежных провайдеров не должны предполагать производство внутренних (внутрироссийских) переводов денежных средств / платежей;
- 8) при заведении учетных записей в публичном облаке должна соблюдаться процедура анонимизации ПДн или их шифрования;
- 9) при невозможности технической реализации отдельных выбранных мер защиты информации, а также с учетом экономической целесообразности финансовая организация совместно с зарубежным провайдером вправе разрабатывать иные (компенсирующие) меры, направленные на нейтрализацию угроз безопасности информации финансовой организации.

Как видим, вышеприведенные требования вполне выполнимы и могут быть соблюдены зарубежными поставщиками при предоставлении финансовым организациям широкого круга облачных решений. А значит, вывод о запрете зарубежным поставщикам предоставлять облачные услуги финансовым организациям является неверным и подлежит корректировке.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Канашевский В. А.* Банковская тайна и использование банками услуг аутсорсинга информационной безопасности // *Lex Russica*. — 2018. — № 7.
2. *Канашевский В. А.* Об обязательном хранении информации на территории России (требование локализации) // *Международное публичное и частное право*. — 2017. — № 6.
3. *Кораблев А. В.* Идентификация информационных рисков использования облачных технологий в банковской деятельности : дис. ... канд. экон. наук. — Самара, 2017.
4. *Савельев А. И.* Комментарий к Федеральному закону от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (постатейный). — М. : Статут, 2015.

²⁸ П. 10.3 Стандарта СТО БР ИББС-1.4-2018.

²⁹ См.: *Канашевский В. А.* Банковская тайна и использование банками услуг аутсорсинга информационной безопасности // *Lex Russica*. 2018. № 7.

5. Савельев А. И. Правовая природа «облачных» сервисов: свобода договора, авторское право и высокие технологии // Вестник гражданского права. — 2015. — № 5.

Материал поступил в редакцию 4 сентября 2018 г.

LEGAL PROBLEMS OF USING CLOUD SERVICES OF FOREIGN PROVIDERS BY RUSSIAN BANKS

KANASHEVSKIY Vladimir Aleksandrovich, Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of International Private Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
vakanashevskij@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper examines the legal aspects of the use of cloud solutions by Russian banks of foreign providers. Despite the obvious advantages, there are many obstacles to such a use in the Russian legislation, including the lack of general regulation of cloud computing services, requirements for information security (licensing of encryption activities, certification of information systems), requirements of legislation on the localization of personal data databases, electronic databases of banks, etc.*

Based on the analysis of existing regulations, in particular the industry regulators, the author comes to the conclusion that foreign cloud service providers have the right to provide services to Russian financial institutions under certain conditions: cloud solutions should not include outsourcing of business functions entirely and should not involve the production of internal (domestic) money transfers (payments); foreign cloud provider has taken measures to protect the protected information; cross-border transfer of personal data and bank secrecy should be carried out in an impersonal form, etc.

Keywords: *cloud computing services, foreign provider, personal data, bank, financial organization, information security, confidential information, open information, licensing of encryption activities, certification of information systems, information protection, compensating measures, outsourcing of business functions, cross-border transmission of protected information, data processing center.*

REFERENCES

1. Kanashevskiy V.A. *Bankovskaya tayna i ispolzovanie bankami uslug outsorsinga informatsionnoy bezopasnosti* [Banking secrecy and use of information security outsourcing services by banks]. Lex Russica. 2018. No. 7.
2. Kanashevskiy V.A. *Ob obyazatelnom khranении informatsii na territorii Rossii (trebovanie lokalizatsii)* [On mandatory storage of information on the territory of Russia (localization requirement)]. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo* [International public and private law]. 2017. No. 6.
3. Korablev A.V. *Identifikatsiya informatsionnykh riskov ispolzovaniya oblachnykh tekhnologiy v bankovskoy deyatelnosti : dis. ... kand. ekon. nauk* [Identification of information risks of using cloud technologies in banking : PhD Thesis]. Samara, 2017.
4. Saveliev A.I. *Kommentariy k Federalnomu Zakonu ot 27.07.2006 № 149-FZ «Ob informatsii, informatsionnykh tekhnologiyakh i zashchite informatsii» (postateynny)* [Commentary to the Federal law of 27.07.2006 № 149-FZ “On information, information technologies and information protection “ (article-by-article)]. Moscow: Statut Publ., 2015.
5. Saveliev A.I. *Pravovaya priroda «oblachnykh» servisov: svoboda dogovora, avtorskoe pravo i vysokie tekhnologii* [Legal nature of cloud services: freedom of contract, copyright and high technology]. *Vestnik grazhdanskogo prava* [Civil Law Review]. 2015. No. 5.

Д. В. Беллинг*,
Г. Кулямина**

О ПОМИЛОВАНИИ В НЕМЕЦКОМ ПРАВЕ¹

Аннотация. В современной Германии, светском государстве с республиканской формой правления, до сих пор существует институт помилования, известный еще в дохристианскую эпоху. Согласно действующей Конституции ФРГ помилование осуществляется Президентом ФРГ, вынесенное решение не подлежит судебной проверке. Отношения милосердия и правосудия на протяжении столетий вызывали споры. Расходятся мнения в литературе и судебной практике, вплоть до Федерального Конституционного суда ФРГ. Ретроспектива исторического развития практики помилования, анализ целей и последствий применения данной меры убедительно доказывают необходимость закрепленной в законодательстве возможности судебной проверки решений о помиловании. Это единственный действенный метод предотвратить произвол, злоупотребление властью и нарушение прав человека. Современное правовое государство не должно допустить негативный опыт прошлых диктатур и монархий.

Ключевые слова: злоупотребление властью, милосердие, помилование, правосудие, правовое государство, судебная проверка.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.116-123

Практика помилования была известна еще в дохристианскую эпоху: среди германских племен, в Римской империи, Греции, египетском царстве Птолемеев. Центральное значение приобрело помилование в новозаветном учении. Евангелие от Иоанна гласит: «Ибо закон дан чрез Моисея; благодать же и истина произошли чрез Иисуса Христа...»

Обратимся для примера к библейской притче о блудном сыне. Отец, олицетворяющий Господа, смилостивился над раскаявшимся младшим сыном, когда тот, живя распутно вдали от родного дома, промотал свое состояние и вернулся домой, нищий и сломленный. Однако отец принял его и пригласил за праздничный стол, который велел накрыть, чтобы отпразд-

¹ Статья представляет собой краткое изложение доклада, опубликованного на немецком языке: Die Konstitutionalisierung des Gnadenrechts, Attila Badó, Deutsch-Ungarisches Symposium 2018, Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Том 5, ISBN 978-3-86956-428-9, Potsdam, 2018. С. 31—147. Авторская стилистика сохранена.

© Д. В. Беллинг, Г. Кулямина, 2019

* *Детлев В. Беллинг*, профессор по гражданскому и трудовому праву юридического факультета Потсдамского университета и Протестантского института церковного права при Потсдамском университете
dr.belling@online.de

14482, Германия, г. Потсдам, August-Bebel-Strasse, 89

** *Галина Кулямина*, младший научный сотрудник Центра по правам человека при Потсдамском университете

kulyamina@uni-potsdam.de

14482, Германия, г. Потсдам, August-Bebel-Strasse, 89

новать его возвращение, несмотря на то, что старший его сын рассердился. Старший сын был трудолюбив, но не имел доверия к Господу и не верил в его неизреченную милость, поскольку был убежден, что ее надо заслужить. Но милость Господняя не заслуга или премия, условия получения которой закреплены в Трудовом кодексе, она не поддается измерению никакой мерой — ни человеческой, ни тем более юридической.

Следующий пример: Понтийский Пилат не помиловал Иисуса Христа, потому что хотел усмирить рассвирепевшую толпу и оградить себя от опасности. Для носителя права на помилование оказалась важнее собственная выгода. Понтий Пилат был всего лишь человек.

Отношение милосердия и закона на протяжении веков остается напряженным. Милосердие вершится в «обход закона» или в правовых рамках? Предваряет закон или служит ему? Может быть, милосердие — «беззаконное чудо в мире закона»?

Все эти вопросы порождены отнюдь не юридической педантичностью: если милосердие совершается, подобно милости Господа, до правосудия или для правосудия, то есть заменяет собой правосудие, то оно не подпадает ни под одну правовую категорию. Таким образом, носитель права на помилование в нашем обществе не связан никакими правовыми нормами. Тот, кто призван творить милосердие вместо правосудия, неподвластен закону. Принятие решения о помиловании не связано к зафиксированным правилам. Такое решение не подлежит контролю, и, как следствие, проситель не имеет правовой защиты в случае отказа в помиловании из-за половой, национальной или расовой принадлежности, языка, на котором он говорит, страны, откуда он родом, его религиозных или политических убеждений, из-за ненависти, трусости, мести, желая причинить боль. Если решение о помиловании — решение абсолютно свободное, то процедуру можно было бы проводить методом жребия. Если же решение о помиловании базируется на положениях существующих законов, то носитель права на помилование связан правовыми нормами. В этом случае носитель права на помилование принимает решение лишь в рамках, дозволенных ему конституцией страны или конституциями федеральных земель, запрещающих произвол и открывающих путь к правовой проверке вынесенного решения.

Под помилованием принято понимать меру, согласно которой лицо, осужденное за совершенное преступление, может быть освобождено от назначенного ему наказания либо наказание будет заменено более мягким. Оно осуществляется как акт носителя права на помилование, носит единичный, ненормативный характер и распространяется на индивидуально определенное лицо.

Это значит, что наказание, назначенное вступившим в силу, более не подлежащим обжалованию приговором, не будет приведено в исполнение или будет приведено в исполнение в неполном объеме. Помилование не устраняет факта доказанного совершения преступления определенным лицом; лежащее в основе приговора осуждение с точки зрения социальной этики остается неизменным.

Согласно правовой позиции Федерального Конституционного суда ФРГ акт помилования — это компенсация осужденному, пострадавшему от суровости закона, ошибок в приговоре и других несправедливостей, о которых стало известно из обстоятельств, открывшихся после вынесения приговора.

Причиной подписания акта помилования может стать также достижение цели назначенного наказания. Случай, имевший место в Турции, является тому примером: в Эрзинджане, городе, расположенном на востоке страны, в 1939 г. произошло землетрясение, ставшее причиной смерти множества людей и бесчисленного количества ранений. Была зима, все подъезды к месту катастрофы были отрезаны снегом. Спасатели из других городов не могли прибыть в Эрзинджан. При землетрясении было также разрушено здание тюрьмы, заключенные могли бежать, однако некоторые из них остались и помогли при спасении пострадавших. После этих событий актом парламента заключенные, оказавшие помощь, были помилованы. Своим поступком они показали, что снова стали членами общества.

Акты помилования выполняют и другие функции: так, например, во времена холодной войны между западными странами и восточным блоком помилование проводилось с целью обмена политзаключенными, среди которых были известные шпионы Альфред Френцель, Хайнц Фельфе и Гюнтер Гийом.

От помилования отличают амнистию. Под амнистией принято понимать государственный акт милосердия, целью которого является смягчение или отмена наказания для неопределен-

ного количества лиц, осужденных за различные преступления, при этом назначенное им судом наказание еще не было приведено в исполнение. Амнистия может быть объявлена исключительно парламентом и носит нормативный характер.

ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ПРАВОВЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Федеральное законодательство

Согласно ст. 60 ч. 2 Конституции ФРГ на федеральном уровне помилование осуществляется Президентом ФРГ. Он имеет право применения данной меры только в том случае, если уголовный процесс от первой до последней инстанции проходил в федеральных судах или других органах федеральной власти.

Законодательство земель ФРГ: основные правовые положения

подавляющая часть подписанных актов помилования приходится на федеральные земли. На этом уровне помилование, как правило, осуществляется премьер-министром. В большинстве федеральных земель процесс помилования закреплен в административных либо министерских предписаниях, называемых уставами о помиловании. Подобные существовали еще в Веймарской республике, Третьем рейхе и ГДР. Появление уставов о помиловании объясняют в первую очередь тем, что «если носитель права на помилование мог и стал бы применять данную меру исключительно по собственному усмотрению, то это неизбежно привело бы к произволу, что противоречит основным принципам правового государства». При вынесении решения о помиловании следует руководствоваться «едиными сложившимися принципами».

ПРОЦЕСС ПОМИЛОВАНИЯ

Уставы о помиловании, действующие на территории федеральных земель, во многом сходны. Различия касаются отдельных особенностей. Так, лишь в немногих землях осужденному предоставляется право на ознакомление с материалами уголовного дела. Обязательное обоснование решения о помиловании предусмотрено только в нескольких землях. Ни в одной из земель заслушивание осужденного не является обязательным.

Официальная процедура обжалования отрицательных решений о помиловании не пред-

усмотрена ни в одной федеральной земле, в то время как «протесты» или «жалобы» в произвольной форме могут быть поданы почти во всей стране. Ведомство, занимающееся процедурой помилования (как правило, прокуратура, ознакомленная с решениями о помиловании), в большинстве случаев рассматривает жалобу и выносит положительное для просителя решение. В случае если прокуратура не может помочь, решение остается за министром юстиции. Официальный судебный порядок рассмотрения дела не урегулирован.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

Постоянная судебная практика закрепляет позицию Федерального Конституционного суда, согласно которой акт о помиловании является суверенным актом, не подлежащим судебной перепроверке. Поскольку никто не имеет права на помилование, то и отклонение прошения о помиловании не может являться ущемлением прав человека или гражданина, закрепленных в Конституции ФРГ.

Согласно действующей Конституции помилование осуществляется Президентом ФРГ, судебная перепроверка принятого им решения не предусмотрена. Идентичная законодательная база действовала в Веймарской республике, Третьем рейхе и позднее в ГДР.

До сих пор основополагающим в данном вопросе является решение Федерального Конституционного суда от 23.04.1969, с которым, однако, не согласились четыре судьи.

По мнению этих судей, ст. 19 ч. 4 Конституции ФРГ предусматривает возможность судебной проверки самовольных решений о помиловании, поскольку такие решения противоречат действующему в Германии государственно-правовому принципу разделения властей. Соответственно лицо, осуществляющее помилование, имеет право осуществлять акты милосердия исключительно в рамках конституционного уложения, в частности ч. 3 ст. 1 и ч. 3 ст. 20 Конституции ФРГ. Следуя этой точке зрения, лицо, осуществляющее помилование, принимает свободное решение, однако свобода принятия решения означает, что отклонение ходатайства о помиловании может быть обусловлено лишь теми причинами, которые не противоречат системе ценностей, закрепленной в Конституции ФРГ. Самовольное злоупотребление правом на помилование является нарушением

закрепленного в ст. 1 и 3 Конституции ФРГ права человека на обоснованное, справедливое, недискриминирующее решение о помиловании — решение, соответствующее принципам правового государства. В деле Джона Хьюго Конституционный суд ЮАР разделил мнение четырех судей, выразивших несогласие с упомянутым выше решением, и единогласно постановил, что президентский акт помилования подлежит судебной проверке.

Мнения юристов в литературе также разделились.

1. Противники судебной проверки

Еще до вынесения вышеупомянутого решения Федерального Конституционного суда группа ученых считала, что судебная проверка решений о помиловании противоречит прежде всего самой сути милосердия. Право творить акты милосердия является сохранившейся до наших дней, дарованной Конституцией главе государства неделимой властью, остатком империи или *ius eminentis*.

Милосердие являет собой гораздо больше, нежели свободное усмотрение, оно абсолютно свободно. И если из-за полной свободы решения не представляется возможным установить, какая мера в конкретной ситуации была бы объективно справедлива, то не существует ориентира для проверки произвольных решений.

Помимо этого, представители данной точки зрения утверждают, что через положения Конституции была создана правовая система, а наряду с ней — система милосердия, в основе которой лежит иное рациональное осмысление ценностей. Таким образом, милосердие, как инородное тело, было намеренно включено в систему правового государства. Оно доходит до тех пределов, за которыми право уже не властно и преодолевает их. Милосердие, подобно сияющему лучу, врывается в область права из чуждого праву мира, и в этом освещении перед нами предстает прохладная мгла правовой сферы. Чуждые праву религиозные ценности, такие как сострадание и нравственная терпимость, должны прийти в мир права через милосердие. Пробуждение в коллективной памяти воспоминания о неисчерпаемой Божьей милости происходит при осуществлении чуждых природе правового государства актов милосердия.

2. Сторонники судебной проверки

На протяжении многих лет не смолкают протесты коллег, не согласных с решением Федерального Конституционного суда. По их

мнению, акты помилования, как и другие акты государственной власти, должны осуществляться в пределах, дозволенных ст. 1 ч. 3 и ст. 20 ч. 3 Конституции ФРГ. Согласно этим положениям, носитель права на помилование, как часть исполнительной власти, применяя данную меру, не может нарушать права, дарованные человеку Конституцией, и может действовать исключительно в рамках законодательной базы. Статья 19 ч. 4 Конституции ФРГ дает возможность судебной проверки решения о помиловании, поскольку это положение исключает самовольные государственные акты. Материально-правовым основанием для судебной проверки является запрет на произвол, закрепленный в ст. 3 ч. 1 и ст. 1 ч. 1 Конституции ФРГ. Только так можно выявить иррациональные элементы, сыгравшие роль при принятии решения о помиловании. Контролю должна также подлежать характерная для немецкого административного права привязка к длительной идентичной практике в процессе осуществления исполнительной власти органами государства, в том числе к устоявшейся практике осуществления актов помилования. Несмотря на то что носителю права на помилование предоставлена большая свобода при принятии решения, акты помилования должны подлежать общей проверке на ошибки, в том числе если лицо, осуществляющее помилование, не воспользовалось предоставленной свободой принятия решения.

Хотя право помилования представляет собой исторически сложившуюся практику, оно должно быть систематически подчинено действующей Конституции. Милосердие противоречит понятию республиканско-демократического правового государства до тех пор, пока «благодать его струится с небес, как тихий дождь», и причины, побуждающие его творить, не поддаются рациональному осмыслению, будь то великодушие, сострадание или благоволение. Глава государства более не творит милосердие по праву наместника Господа на земле, претворяющего закон Божий в нашем мире. Он стал главой светского государства волей избравшего его народа, и власть его подчинена людским законам.

3. Личное мнение

Милость Господа преодолевает закон. Она не измерима людской мерой и *предваряет* право. Вернемся к притче о блудном сыне, на которого, как можно подумать, «незаслуженно» снизошла милость отца. Милость человеческая, напротив, идет от грешного человека.

Вспомним Понтийского Пилата: он отказался помиловать Иисуса Христа, исходя не только из требований толпы, но и из собственных побуждений. Именно поэтому милосердие на земле должно осуществляться в правовых пределах. Закон способен защитить от людских ошибок, только если позволить ему господствовать — а именно открыть путь для судебной проверки актов помилования.

Должностные лица, призванные исполнять акты помилования, принимают решение, как правило, по свободному усмотрению. В случае самовольного злоупотребления правом помилования будет нарушено право просителя, закрепленное в ст. 1 и 3 Конституции ФРГ — право на недискриминирующее, справедливое, объективное решение, соответствующее принципам правового государства. Основные права, дарованные человеку Конституцией, служат ему защитным барьером от государственной власти, в том числе органов, осуществляющих помилование. Поэтому негативное решение о помиловании подлежит судебному контролю. Суд должен установить, были ли при вынесении решения учтены общие правовые процессуальные гарантии, которые распространяются в том числе и на процессы помилования. К таковым относится право быть выслушанным и быть услышанным в судебном процессе. Проситель имеет право на то, что власти примут к сведению его ходатайство о помиловании, ознакомятся с его содержанием, рассмотрят его и вынесут решение в соответствии с действующими положениями Устава о помиловании. В случае нарушения своих основных прав проситель может обратиться в суд согласно §§ 23 Вводного закона к Закону «О судеустройстве». Дела этого рода подсудны коллегии по уголовным делам верховного суда земли. Заявление подается в виде иска о принуждении к выполнению обязательств, при котором суд, рассмотрев дело, обязывает инстанцию, занимавшуюся им, вынести обоснованное решение.

ПРИЧИНЫ

Историческая перспектива

Углубленный исторический анализ показывает, что использование главой государства власти, позволяющей ему осуществлять акты милосердия, не соответствует тем требованиям и идеалам, руководствуясь которыми он должен был бы нести в жизнь милость Господа как

его наместник на земле. Осуществление актов помилования преследовало сугубо деловые, мирские, внешне- и внутреннеполитические, корыстные, в том числе популистские, цели. Яркий пример этому — помилование Хайнца Фельфе, «вносившего вклад в дело мира» сотрудника Федеральной разведывательной службы БНД Германии, разоблаченного как советский шпион. Власти обменяли его на 21 политзаключенного ГДР, среди которых были трое студентов из Хайдельберга и многие сотрудники БНД, приговоренные к большим срокам тюремного заключения. Этот случай не имеет ничего общего с дарованием Господней милости падшим и состраданием к угнетенным, поскольку властелин человеческий не может творить милосердие, подобно Господу. Акты милосердия использовались как средство достижения определенных политических целей и папами римскими.

Несущей основой, на которой строилась аргументация в пользу наделяния правителя полномочием творить милосердие, было пространное представление о том, что князья, короли, императоры как властители над людьми по Божьему произволению наделяются законодательной властью и занимают позицию властителя над законом в том числе. Именно эта позиция позволяла им предоставлять освобождение от закона и тем самым отменять его действие (право предоставления разрешения об освобождении от запрета в порядке исключения).

Милосердие заменяло собой правосудие, оно являлось его обратной стороной, позволяющей решать, будет ли определенное поведение подвергнуто наказанию. Как никогда четко прослеживается эта связь в Третьем рейхе: помимо того что от воли фюрера зависело принятие того или иного закона, он одновременно являлся высшей судебной инстанцией и «верховным судьей» в одной лице. Тот факт, что в его руках была сосредоточена как законодательная, так и судебная власть, являлся основанием того, что ему принадлежало право помилования.

Президент ФРГ, равно как и премьер-министры федеральных земель, не являются монархами-самодержцами и не наделяются правом отменять законы. Президент ФРГ осуществляет акты милосердия от имени государства, он не является первичным обладателем исключительного права на помилование. Поэтому содержание, объем и условия осуществления

актов помилования определяются не президентом, а соответствующими положениями Конституции. При действующей Конституции милосердие предстает в новом свете, оно не может осуществляться для или вместо правосудия, поскольку на все государственные акты распространяется действие закона. Милосердие уже давно не является подвластным закону чудом, творить которое в силе лишь ни на кого не взирающий самодержец — либо пребывая в благодушном настроении, или чтобы придать более торжественную атмосферу княжескому пиру, или же в целях политической агитации, или как средство политической борьбы. В светском государстве с республиканской формой правления милосердие не является актом сострадания или благожелательности. Неограниченная свобода государственной власти, как это было при фюрере, чужда современному правовому государству. Как показывает прошлое, безграничное господство милосердия несет в себе опасность самоуправства и беззакония, не допустить это — цель Конституции.

ВОЗМОЖНОСТЬ НАРУШЕНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Если решения о помиловании принимают люди, права просителя могут быть нарушены вследствие ошибки или злоупотребления полномочиями. В этом случае проситель продолжает отбывать наказание вопреки закону. История показывает много ярких примеров самовольных и противозаконных решений о помиловании. Еще имперский Верховный суд (1879—1945) считал возможным, что должностные лица, которым вверено ведение дел о помиловании, при принятии решения могут руководствоваться не благом для всех граждан как высшей целью, а преследовать личную выгоду. Следовательно, при принятии решения о помиловании может произойти нарушение прав человека. На решение о помиловании могут оказать влияние иррациональные мотивы, например желание направить в нужное русло партийно-политические течения. Не исключено, что решение о помиловании может нести в себе один из признаков дискриминации человека, закрепленных в ст. 3 ч. 3 Конституции ФРГ. Так, например, Государственный суд земли Гессен считает возможным, что на принятое решение о помиловании могут повлиять расовая принадлежность просителя, его политические убежде-

ния или вероисповедание. Если нельзя исключить возможность нарушения прав человека, то нельзя исключить и возможность судебной проверки решения о помиловании.

Противники судебной проверки упускают из виду прежде всего тот факт, что несовершенство правовой системы, улучшить которую призвано милосердие, проистекает из несовершенства людей, эту систему создавших. Ошибки правовой системы нельзя преодолеть, наделить правом творить милосердие и принимать не подлежащие проверке решения о помиловании должностное лицо, в несовершенстве не уступающее всем другим людям. Несовершенство права можно преодолеть путем передачи полномочий на принятие решений о помиловании существу непогрешимому, коим является Господь. В этом случае отпала бы необходимость судебной проверки решения, но такая возможность нам не дана. Творить милосердие на земле от имени Господа людям не позволяет собственная греховность. Надеяться на то, что принять правильное решение должностному лицу поможет чудо или божественный промысел, означает закрывать глаза на негативный исторический опыт, игнорируя тот факт, что принятие решений о помиловании зачастую служило иным целям, нежели всеобщее благо, или использовалось как средство политической борьбы. Судебная проверка решений о помиловании — единственный способ исправить возможные ошибки должностных лиц, тем самым ограничив свободу действия врагов милосердия — силы и власти. До тех пор пока не представляется возможным полностью исключить возможность нарушения запрета произвола и основных правил судопроизводства — до тех пор должен существовать судебный контролирующий орган.

То, что не существует права на помилование, не противоречит вышесказанному. Не является решающим тот факт, имеет ли заинтересованное лицо законное притязание на меру, применение которой к себе оно требует. Существует формальное публичное право субъекта на правомерное рассмотрение дела и должное поведение уполномоченных представителей государственной власти. Проситель имеет как минимум право на свободное от произвола принятие ходатайства, его проверку и вынесение решения. Обеспечение должного рассмотрения ходатайства с учетом этих аспектов является задачей судебного контролирующего органа.

ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ ВЫВОДЫ

Необходимость судебной проверки решений о помиловании позволяет сделать следующий политико-правовой вывод — поскольку уставы о помиловании существовали еще с конца Германской империи (1918), можно по праву утверждать, что практика помилования имеет долгую историческую традицию.

Решение о применении данной меры должно приниматься на основании повсеместно действующих принципов, носящих постоянный характер. Поэтому сущность помилования должна быть урегулирована либо соответствующим законом, либо общедоступным административным или министерским предписанием. Много говорит в пользу законодательного уложения положения «О помиловании» по образцу действующего в земле Заарланд Закона «О помиловании».

В уставе или законе о помиловании должна быть определена задача, решение которой достигается через акт помилования. Необходимо четко установить, что решение о помиловании принимается по свободному, но ограниченному усмотрению лица, осуществляющего право помилования, и может быть проверено в судебном порядке.

Представитель государственной власти, осуществляющий акты помилования, обязан:

- провести тщательное рассмотрение дела;
- вынести решение в соответствующий срок;
- в случае необходимости навести справки через компетентные источники;
- предоставить подателю ходатайства право быть выслушанным и услышанным перед вынесением негативного решения о помиловании;
- обосновать негативное решение;
- и в этом подателю ходатайства о помиловании должно быть предоставлено право:
- на принятие его ходатайства, проверку дела и вынесение решения;
- ознакомления с материалами дела;
- обжалования негативного решения в урегулированным судебном порядке.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Милосердие выше правосудия — так гласит христианская мудрость. Речь идет о Господнем милосердии. Милосердие государственное, напротив, дабы не вызывать вследствие злоупотреблений осуждения или, хуже того, возмущения граждан, должно вершиться лишь в рамках закона.

Являясь частью Конституции, милосердие не может быть свободным от действующих конституционных положений. Конституция не наделяла Президента ФРГ правом на самовольные действия, которые могут повлечь за собой нарушения основных прав человека. Не подлежащие судебной проверке акты помилования противоречат государственно-правовому принципу разделения властей, действующему в Германии. Решение о помиловании является актом государственной власти. Ограничения к праву помилования законодателем допустимы лишь в том случае, если основываются на ограничениях, определенных положениями Конституции. Поскольку не существует права на милосердие, в помиловании может быть отказано по любой причине, которая не противоречит системе конституционных ценностей. Однако, как было уже упомянуто выше, проситель имеет право на вынесение объективного обоснованного решения должностными лицами, руководствующимися основными принципами правового государства.

Нарушение данного права открывает путь к судебному пересмотру вынесенного негативного решения о помиловании. Если помилование является мерой, применяемой в уголовной юстиции, то согласно §§ 23 Вводного закона к Закону «О судоустройстве» действует общеисковой порядок.

Не находит аргументированного подтверждения предположение о том, что акты помилования являются не подлежащими судебной проверке актами государственной власти, — в этом случае помилование являлось бы анахронизмом в современном правовом мире и потеряло бы свою легитимацию. Таким образом, судебная проверка решений о помиловании — единственный инструмент, способный предотвратить произвол и злоупотребление властью — тот горький опыт, через который прошли диктатуры и монархии.

Материал поступил в редакцию 22 ноября 2018 г.

PARDON IN GERMAN LAW²

BELLING Detlev V., Professor of Civil and Labour Law of the Faculty of Law of the Potsdam University and the Protestant Institute of Church Law, Potsdam University
dr.belling@online.de
14482, Germany, Potsdam, August-Bebel-Strasse, 89

KULYAMINA Galina, Junior Researcher in the Centre for Human rights of the Potsdam University
kulyamina@uni-potsdam.de
14482, Germany, Potsdam, August-Bebel-Strasse, 89

Abstract. *In modern Germany, a secular state with a republican form of government, there is still the institution of pardon, known in the pre-Christian era. Under the current Constitution of Germany pardon is carried out by the President of Germany, the decision is not subject to judicial review. The relationship of mercy and justice has been controversial for centuries. Opinions differ in literature and court practice, up to the Federal Constitutional Court of Germany. A retrospective of the historical development of the practice of pardon, the analysis of the goals and consequences of this measure convincingly prove the need for the possibility of judicial review of clemency decisions enshrined in the legislation. This is the only effective way to prevent arbitrariness, abuse of power and violation of human rights. The modern legal state should not allow the negative experience of past dictatorships and monarchies.*

Keywords: *abuse of power, mercy, pardon, justice, rule of law, judicial review.*

² The paper is a summary of the report published in German: Die Konstitutionalisierung des Gnadenrechts, Attila Badó, Deutsch-Ungarisches Symposium 2018, Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Volume 5, ISBN 978-3-86956-428-9, Potsdam, 2018. Pp. 31-147. The author's style is preserved.

И. А. Трофимец*

ГЕНЕЗИС БРАЧНОГО ПРАВА ИСПАНИИ

Аннотация. Изучение института брака в зарубежных правовых системах позволяет не только разглядеть самобытность и историческую преемственность, но и выяснить, обладают ли положения о браке общими чертами, характеризующими его как высшую ценность, и насколько допустимо иностранное заимствование при формировании собственной правовой системы без ущерба для ее уникальности и индивидуальности. Использование зарубежного опыта обнаруживает массу вопросов и коллизий, требующих разрешения применительно к национальному праву. Обязательной составляющей является изучение наследия прошлого, так называемая законодательная ретроспектива, что способствует познанию правовой культуры. Впервые в отечественной науке предпринята попытка периодизации института брака в Испании в зависимости от вида социального регулятора: обычаи, канонические правила, нормы права (собственные и заимствованные). Представлена периодизация испанского брачного права и показаны основные особенности его формирования: применение обычаев народов, населявших территорию Испании; рецепция римского частного права; влияние канонического права; внешние иностранные воздействия. Вся история брачного права условно разделена на 5 периодов: обычное право (первый период), господство канонического права (второй период), систематизированное законодательство о браке (третий период), гармонизация светского законодательства о браке с положениями канонического права (четвертый период), современное право (пятый период). Отдельно в урегулировании отношений между полами выделен доправовой период. Безусловно, каждый период отличается разнообразием правил брачного права, что объясняется эволюцией самих общественных отношений и развитием правового института брака. Показано последовательное влияние общечеловеческих ценностей на формирование правовых положений брака. По мере формирования брачного права складываются правила, определяющие условия и порядок его заключения. Непреходящая ценность семейной организации образа жизни людей и семейной формы хозяйствования обуславливает сохранение данного социального института на протяжении всего периода истории человечества, хотя и в постоянно изменяющемся виде.

Ключевые слова: генезис, периодизация, брак, супружество, брачное право, религиозный брак, гражданский брак, альтернативные семейные союзы.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.124-133

По мнению испанских юристов, брак, пожалуй, является единственным правовым институтом, наиболее изучаемым специалистами семейного права, цивилистами и канонистами¹. Его законодательное и доктринальное формирование отражало потрясения государ-

ственной политики с конца XIX в. до рубежа XX—XXI в.

Вызовы нового времени меняют стереотипы института брака, утрачиваются традиционалистские положения и принципы этой области общественных отношений: брак не является

¹ Rives Gilabert J. M., Rives Seva A. P. Evolucion histórica del sistema matrimonial español // Noticias Jurídicas. 2001. № 12. P. 14.

© Трофимец И. А., 2019

* Трофимец Ирина Александровна, кандидат юридических наук, доцент, Посольство России в Испании
kosareva-khv@mail.ru
28002, Испания, г. Мадрид, ул. Веласкеса, 155

союзом исключительно мужчины и женщины, а также не считается уникальной формой сексуальных и репродуктивных отношений. Однако среди многообразия семейных форм сохраняется классическая модель брака — биологически обусловленный союз мужчины и женщины, заключаемый в принципе пожизненно с целью создания семьи, рождения и воспитания детей, совместного проживания, ведения общего хозяйства, оказания взаимной эмоциональной поддержки, признанный государством и обществом. Но в связи с признанием брачных прав однополых пар биологический пол перестает быть определяющим в браке². Появляются альтернативы супружеству (*pareja de hecho, parejas estables no casadas, uniones de hecho и uniones estables de pareja*³). Складывается ситуация, когда право как социальный регулятор (наряду с моралью и религией) не поспевает за развитием самих социальных отношений. Современные процессы развития общественных отношений (впрочем, как и историческое наследие) требуют от государства разумного воздействия на общество и личность, в том числе и посредством права. Экзистенциальная важность семейной организации образа жизни и семейной формы хозяйствования обуславливает сохранение данного социального института на протяжении всего периода истории человечества, хотя и в постоянно изменяющемся виде. Как правило, исследователями брак не отделяется от семьи⁴. Актуальна парадигма: семья — это основная ячейка (*núcleo*) общества, а брак — это фундамент семьи.

В Королевстве Испания концепция чередования моделей брака заключается в признании законодателем то исключительно религиозного, то исключительно гражданского брака, то его дихотомии. Принятие *Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*⁵ завершило историческую эволюцию, урегулировав брачные отношения в соответствии с реалиями и потребностями испанского общества. Современная модель брака с разнообразным содержанием построена на принципах умеренности и свободы, без абсолютного отречения от церкви.

Классики и современные ученые-цивилисты Испании (Г. Аскарат⁶, Р. Альтамира⁷, Л. Барсия Мартин⁸, Ф. Гарсия Гойена⁹, Х. Кастан Тобеньяс¹⁰, Э. Монтеро Гутьеррес¹¹, Х. Мальдонадо¹², М. Мартин Касальс¹³ К. Пенья Гарсия¹⁴, Х. Ривес Хилаберт и А. П. Ривес Сева¹⁵ и др.), посвятившие свои труды исследованию феномена брака и проблемам правового влияния на эти особые общественные отношения, отмечали сильное религиозное воздействие.

В связи с чем представляет интерес парадигма брака с канонической точки зрения. Современная Испания — это светское государство (ст. 16 Конституции Испании¹⁶), но степень секуляризации невысокая. Основные государственные праздники носят религиозный характер, при школах и больницах обязательно присутствуют приходы, Король Испании и члены Правительства присягают на Библии и т.д.

² Испания была третьим государством в мире, легализовавшим однополые браки.

³ Законодательством автономных сообществ Испании приняты законы о фактических сожительств.

⁴ Брак — это основной (но не единственный) способ создания семьи. Поскольку семья может иметь в качестве своих членов только супругов, иногда эти понятия смешиваются.

⁵ BOE. № 172. 20.07.1981.

⁶ Azcárate G. de. Una obra notable sobre el Código Civil. М., 1898. P. 28.

⁷ Altamira R. Historia del Derecho Español. Madrid, 1903. 214 p.

⁸ Barcia Martín L. Matrimonio y libertad civil en materia religiosa. Santiago de Compostela, 1976. 125 p.

⁹ García Goyena F. Comentarios y concordancias al Proyecto de Código Civil de 1851. 501 p.

¹⁰ Castán Tobeñas J. Derecho Civil español, común y foral. Madrid, 1944. 928 p.

¹¹ Montero Gutierrez E. El Concordato y la legislación matrimonial. Madrid, 1956. 300 p.

¹² Maldonado J., Torco F. La exigencia del matrimonio canonico en nuestra legislación civil // URL: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php (дата обращения: 25 сентября 2018 г.).

¹³ Martín Casals M. El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental? // Revista para Analisis del Derecho. 2013. № 3. P. 2—43.

¹⁴ Peña García C. Matrimonio y causas de nulidad en el derecho de la iglesia. Madrid, 2018. 524 p.

¹⁵ Rives Gilabert J. M., Rives Seva A. P. Op. cit. Pp. 12—17.

¹⁶ Constitución Española de 29 de diciembre de 1978 // BOE. № 311. 29.12.1978.

Традиционное господство и сильное влияние католической церкви на Пиренейском полуострове связывают с Реконкистой.

С момента распространения христианства социальные институты «семья» и «брак» были взяты под юрисдикцию церкви¹⁷. Классическое каноническое право представляет брак как «самое полное (физическое, нравственное, экономическое, юридическое, религиозное) общение между мужем и женой»¹⁸. С религиозной точки зрения брак — освященный Богом союз мужчины и женщины, не претерпевающий никакой эволюции.

Брачный союз, посредством которого мужчина и женщина устанавливают между собою общность всей жизни, по самой природе своей направлен ко благу супругов, а также к порождению и воспитанию потомства (Кан. 1055 — § 1¹⁹.) Полагаем, что в Кодексе канонического права 1983 г. говорится о том, что все-таки основная цель семьи — рождение и воспитание детей, а цель второго плана — взаимопомощь, доказательство супружеской любви и удовлетворение естественного желания, стремиться к которому супругам не возбраняется при условии, что не извращается природа естества и тем самым выполняется основная цель супружеских отношений.

Итак, церковь называет три цели брака: рождение и воспитание детей, взаимная помощь, средство укрощения плотского вожделения.

Первые христиане жили в римской среде, в связи с чем христианство определяет неотделимость «брака-договора» от «брака-таинства»²⁰. Именно поэтому в вопросах брака они следовали нормам гражданского (частного) права. Изначально в сфере брака отмечалась двойственность духовной и светской юрисдикции²¹. Собственно христианство ввело обязательное условие брака — добровольное согласие супругов на брак, полностью лишив его характера возмездной сделки, но не договора. Свободное согласие супругов на брак перед церковью определило его как таинство.

В Кодексе канонического права указывается на равноценность понятий «договор» и «союз». Хотя с точки зрения права это разнопорядковые категории. Представляется, что такой подход позволяет сделать вывод о дихотомии брака и правильности построения парадигмы: заключение брака (юридический факт) — договор, состояние в браке (правоотношение) — это союз.

Итак, западная церковь настаивает на теории дуализма брака: не отрицая таинства (суть мистическая), тем не менее допускает договорную основу его заключения. Брачное каноническое право разделяет концепцию таинства брака как добровольного союза двух людей в присутствии Бога и концепцию таинства брака как правового действия (договора) в рамках правовой структуры церкви — корпоративного образования²². Остается открытым вопрос о том, как и когда в точности заключен брак. Достаточно ли для его совершения обмена обещаниями, или необходимо согласие на физический союз (половые отношения)? В каноническом праве в качестве обязательного условия действительности брака используется термин «консумация» (*consummatio* — довершение), означающий первое осуществление брачных отношений (полового акта).

Согласно другой, второй по распространенности в Испании религии — исламу²³, в противовес христианству, брак не совершается на небесах и не является таинством. Брак для мусульман — это прежде всего социальный договор, налагающий на обычных мужчин и женщин равные обязательства и предоставляющий им равные права. Ислам считает, что главное предназначение брака — рождение и воспитание детей. Создание семьи почитается делом весьма важным, поскольку создается семья всей жизнью и на всю жизнь. В странах мусульманского мира под браком понимают легальный акт соединения и солидарности между мужчиной и женщиной, предполагающий долговременность срока действия и имеющий своей целью поддержание целомудрия и за-

¹⁷ См., например: *Esmein A. Le mariage en droit canonique*. Paris, 1891. 822 p.

¹⁸ Цит. по: *Загоровский И. А. Курс семейного права*. Одесса, 1902. С. 5.

¹⁹ Кодекс канонического права. М.: Институт философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. 624 с.

²⁰ Подробнее см.: *Трофимец И. А. Институт брака в России, государствах — участниках Содружества Независимых Государств и Балтии*: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Хабаровск, 2011. 47 с.

²¹ *Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования*. М., 1998. С. 10.

²² См.: *Берман Г. Дж. Указ. соч.* С. 222.

²³ Мусульмане в Испании составляют по примерным оценкам около 3 % населения. В последние годы отмечается приток мусульман за счет беженцев из стран Ближнего Востока.

конного супружества, а также преумножение нации через образование семьи под патронажем мужа на твердых основаниях, обеспечивающих выполнение ими своих обязанностей, относящихся к безопасности, любви, миру и взаимоуважению²⁴.

Если попытаться провести периодизацию брака и правил, его регулирующих, на территории современной Испании, то следует упомянуть о зарождении брачных отношений и об особых инициациях. Первые знания об истории Пиренейского полуострова относятся к середине I тыс. до н. э. Древние иберы и кельты, населявшие эти земли, были организованы в племена, жили в укрепленных деревнях. Гражданская и военная власть осуществлялась кем-то одним, как правило, старейшим. Испанские ученые с помощью археологических источников частично воссоздали доисторическую картину (много не удалось расшифровать) и подтвердили наличие некой привязанности и построения отношений у древних людей на чувствах, а не только инстинкте размножения²⁵.

Первый период (с древности до 1564 г.) становления брачного права связан с зарождением государственности в Испании. Античное право Испании — это результат интеграции различных культур. Первое слабое влияние было оказано Грецией. В конце I тыс. до н. э. появились города-государства на территории современной Коста-Бравы. Позже Испания оказалась под мощным римским господством, и именно римляне внесли значительный вклад в формирование государства и правовой системы Испании. Сведения о регулировании брачных отношений того периода фрагментарны и немногочисленны. Бесспорно, что источниками брачного права того времени были только обычаи — в связи с признанием их таковыми зарождающейся государственной властью, уважением и сохранением вторгшимися иностранными народами. Рецепция римского права началась позднее. Некоторые примитивные юридические практики передавались из поколения в поколение до конца Средневековья. Брак заключался в свободной форме, ос-

новывался на клятве, без особой торжественности.

Более поздний период первого этапа характеризуется сильным влиянием католической церкви, взявшей социальный институт брака под свою юрисдикцию. Исключение составляли специальные законы для евреев и арабов (морисков). Нерелигиозные браки строго запрещались, тайные браки преследовались мерами гражданской и уголовной ответственности.

Второй период начинается с *Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564*²⁶. Этим актом определялись требования к действительности религиозного брака: обязательность проведения бракосочетания приходским священником или другим уполномоченным священником в присутствии двух свидетелей. Это положение существовало до принятия *Decreto Ne Temere de 2 de agosto de 1907*²⁷.

Э. Монтеро Гутьеррес с уверенностью утверждал, что на этом государственное вмешательство в сферу брака закончилось, «государство не заинтересовано в решении этих вопросов, оставляя регулирование и дисциплину брака с обычаями народа и канонического права»²⁸. По религиозным убеждениям запрещались смешанные браки.

Такая ситуация сохранялась до обнародования Гражданского кодекса Испании. Ф. Гарсия Гойена в своем комментарии указывал, «что в соответствии с намерением Творца брак можно определить как неделимое общество мужчин и женщин, чтобы иметь детей, воспитывать их и помогать друг другу во всех превратностях жизни... Брак по его происхождению и природе является контрактом, однако среди христиан это причастие: в качестве гражданского контракта ему предшествовало учреждение всех таинств и установление всех положительных религий... Брак является древним как само человечество»²⁹. Разработчики проекта ГК настаивали на сохранении исключительно религиозной формы брака. Однако социально-политические события изменили ситуацию. Революция 1868 г. объявила равенство и свободу вероисповеданий, была принята новая либе-

²⁴ См.: Цмай В. В., Боер В. М., Гинц А. А. Мусульманское семейное право. СПб., 1998. С. 67.

²⁵ См.: Altamira R. Op. cit.

²⁶ Novísima recopilación de las Leyes de España. T. I. Libro I y II. Madrid, 1805. 391 p.

²⁷ Maldonado J., Torco F. La exigencia del matrimonio canonico en nuestra legislación civil // URL: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php (дата обращения: 25 сентября 2018 г.).

²⁸ Montero Gutierrez E. El Concordato y la legislación matrimonial. Madrid, 1956. P. 43.

²⁹ García Goyena F. Op. cit. T. I. P. 57.

ральная, пятая в истории Испании Конституция. 18 июня 1870 г. был обнародован *Ley Provisional de Matrimonio Civil* (Предварительный (временный) закон о гражданском браке), в котором было установлено, что «единственно признанный гражданский брак, который будут заключать все испанцы»³⁰. Религиозный брак в зависимости от вероисповедания брачующихся не запрещался, но юридической силы не имел.

Такой двойственный законодательный подход к браку объяснялся самой природой брачных отношений. Конфессии принимают законы о браке, потому что брак — это трансцендентный институт духовной и нравственной жизни человека. Легитимность брака со стороны государства заключается в регулировании и защите, основываясь на твердой правовой почве и доступном механизме принуждения. Оправдание обязательного гражданского брака, заложенного в законе, было плодом замаскированного радикализма, установившего принцип религиозной свободы в новой Конституции Испании.

Правовая норма может направлять и навязывать социальное поведение. Но когда в определенной сфере укоренились общественные отношения, то законодательное правило не санкционируется людьми, поскольку оно не соответствует духу сообщества, к которому оно обращается. Гражданский брак консолидировался нелегко. Либеральные идеи не всеми были восприняты положительно. Как указывал Х. Кастан Тобеняс, «принцип секуляризации брака в социальной среде с устоявшимися традициями был шокирующим, соблюдение нового закона встретило великое сопротивление, многие не хотели идти на компромисс с реформой и заключали браки исключительно в церкви»³¹. Л. Барсия Мартин добавлял, что «закон нарушает фундаментальное право религиозной свободы католиков, навязывая гражданский брак как обязательный, и с ним они должны подчиниться воле неверующих, а также претендовать на равное с ними перед законом, когда,

как в этом равенстве верующих и неверующих, он был презираем (или совсем не принимался во внимание) верующими»³².

Реформа была смягчена определенными положениями, в которых было признано, что брак является бессрочным и неразрывным (что соответствовало представлению религии о браке); сохранялись возможности для религиозного обряда: церковное бракосочетание могло иметь место как до, так и после гражданской регистрации.

В соответствии с Предварительным законом о гражданском браке были приняты *Ley de Registro Civil de 17 de julio de 1870* и *Reglamento de Registro Civil de 13 de diciembre de 1870*³³. Нормы данного закона и подзаконного акта закрепляли обязанность для лиц, вступающих в брак, сообщить сведения о себе, своем месте жительства, предполагаемой ими церемонии бракосочетания и другие формальности. Официально гражданский брак регистрировался муниципальным судьей.

Испанцы-католики продолжали отстаивать позицию, что гражданский брак оскорбляет их чувства как «религиозной нации с глубокой католической совестью»³⁴. Верующие требовали от государства решения правового регулирования в брачной сфере в соответствии с каноническими правилами испанской церкви.

Требования верующих стали постепенно удовлетворять. Так, *Circular del Presidente del Poder Ejecutivo de la República, de 20 de junio de 1874*³⁵ (Распоряжение Президента исполнительной власти Республики) устанавливал норму, в соответствии с которой гражданский брак заключался при условии законного прекращения ранее зарегистрированного религиозного брака. А поскольку при жизни супругов католический брак нерасторжим, вступить в гражданский брак могли только лица, ранее не состоявшие в браке, или в случае смерти одного из супругов.

*Decreto de 9 de febrero de 1875*³⁶ установил режим обратной юридической силы для като-

³⁰ Coleccion Legislativa año 1870, tomo 103, ñum. 365 // URL: <http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/consulta/registro.cmd?id=177> (дата обращения: 19 сентября 2018 г.)

³¹ Castán Tobeñas J. Op. cit. P. 54.

³² Barcia Martín L. Op. cit. P. 50.

³³ Ley de Registro Civil de 17 de julio de 1870 y Reglamento de Registro Civil de 13 de diciembre de 1870 // Gaseta de Madrid. 14.12.1870.

³⁴ Rives Gilabert J. M., Rives Seva A. P. Op. cit. P. 16.

³⁵ Circular del Presidente del Poder Ejecutivo de la República, de 20 de junio 1874 // Gaseta de Madrid. 21.12.1874.

³⁶ См.: Matrimonio civil y el partido liberal dinastico. Madrid, 1881. 186 p.

лических браков. Для верующих испанцев гражданский брак перестал быть обязательным. Муниципальный судья регистрировал браки неверующих и не католиков, достаточно было личного заявления об этом.

Указ смягчил напряжение и немного успокоил испанцев. Но борьба между сторонниками канонического и гражданского брака не прекращалась и особо острый характер имела во время подготовки проекта Гражданского кодекса.

С принятием ГК Испании в 1889 г. начинается **третий период** брачного права.

В ГК были установлены две формы брака: каноническая, которую должны были заключать католики, и гражданская — для остальных вероисповеданий и неверующих. Канонический брак порождал все имущественные и личные неимущественные последствия в отношении супругов и их потомков при условии внесения соответствующей записи в Гражданский реестр. Такие положения брачного права были приняты испанским государством в ходе консультаций и переговоров со Святым Престолом.

Оригинальная формулировка ст. 42 ГК, окончательный текст которой был обнародован 24 июля 1889 г., следующего содержания: «Закон признает две формы брака: каноническую, которая должна быть заключена всеми теми, кто исповедует католическую религию, и гражданскую, которая будет заключаться так, как это Кодекс определяет» — нашла дальнейшее развитие в ст. 75: «Требования, форма и торжества для празднования канонического брака регулируются положениями католической церкви и Тридентского собора, принятыми в качестве законов Испании»³⁷.

Созданная дуалистическая система брачного права — это результат сделки государства и католической церкви.

Четвертый этап — это введение режима гражданского брака во времена Второй республики и борьбы испанской церкви за влияние в брачно-семейной сфере общественных отношений.

В соответствии с *Ley de 28 de junio de 1932*³⁸ вновь была создана в Испании обязательная гражданская брачная система для всех лиц. В ста-

тье 1 устанавливалось: «В отношении эффективности этого Закона признается только одна форма брака, гражданская, которая должна быть заключена в соответствии с положениями разделов...» Было заявлено, что гражданская юрисдикция будет единственной компетентной юрисдикцией для решения всех вопросов в сфере семьи и брака, в том числе связанных с действительностью или недействительностью канонических браков, заключенных до введения Закона; решения церковных судов не будут порождать правовых последствий. Развод стал возможен по определенным основаниям при жизни супругов.

Вторая республика оказывала сильное антиклерикальное и светское давление, проводила политику секуляризации. Секуляризация брака продолжала распространяться по французскому образцу, который был принят испанским законодательством.

Испанская церковь была очень активной по вопросу возврата брака и семьи под свою юрисдикцию. Власть адекватно оценивала ситуацию в брачной сфере. Итогом явилось обнародование *Ley de 8 de junio de 1957* и *Reglamento de 14 de noviembre de 1958 sobre Registro Civil*³⁹. Эти акты аккредитовали некоммерческую католическую религиозную организацию на регистрацию бракосочетаний. Сложность заключалась в слишком формализованном доказывании принадлежности лица к католицизму, одного личного заявления было недостаточно.

Требовалась гармонизация гражданского законодательства с положениями канонического права. Уже известная ст. 42 Гражданского кодекса была разработана следующим образом: «Закон признает два типа брака: религиозный и гражданский брак. Канонически заключают брак, когда хотя бы одна из сторон исповедует католическую религию. Гражданский брак разрешен, когда доказано, что ни одна из сторон не исповедует католическую религию»⁴⁰.

Х. Ривес Хилаберт и А. П. Ривес Сева оценивают такую ситуацию в гражданском законодательстве как укрепление в пользу канонического брака и замечают, что речь теперь идет о двух видах брака, а не о двух формах брака⁴¹. И это, по их мнению, концептуально

³⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil // BOE. № 206. 25.07.1889.

³⁸ BOE. № 516. 21.08.1932.

³⁹ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil // BOE. № 296. 11.12.1958.

⁴⁰ Цит. по: Rives Gilabert J. M., Rives Seva A. P. Op. cit. P. 17.

⁴¹ Rives Gilabert J. M., Rives Seva A. P. Op. cit. P. 17.

и более грамотно с юридической точки зрения. Действительно, ведь форма брака определяет его содержание. В частности, по вопросам прекращения брака при жизни супругов (например, нерасторжимость брака при отсутствии оснований, взаимное согласие не расценивается как обстоятельство для развода) или его недействительности (допустим, по отсутствию консумации).

Но уже чуть позже, в 1965 г., Второй Ватиканский собор закрепил принцип религиозной свободы в качестве основного критерия отношений между церковью и государством.

Безусловно, такой шаг церкви требовал преобразования права. Реформирование брачного законодательства происходило в период реконструкции монархии в Испании (1975 г.) — **пятый период** брачного права.

Первым шагом было изменение правил об обязательности доказывания своего вероисповедания, стало достаточным личное заявление. Далее государство уравнило правовые последствия религиозного и гражданского брака.

И конечно, важным было закрепление основных принципов брачного права в Конституции Испании 1978 г.: мужчины и женщины имеют право вступать в брак с полным юридическим равенством (п. 1 ст. 32); равенство перед законом без дискриминации по признаку религии (ст. 14); свобода вероисповедания, а также неконфессиональный характер испанского государства (ст. 16). Эти принципы наделили государство правом свободно санкционировать определенную супружескую систему в соответствии с преобладающим критерием секуляризации брака. Ф. Х. Лукас Мартин и Х. М. Родригес Урибес в своей книге, посвященной 40-летию Конституции Испании, выразили убежденность в том, что никогда в истории страны не отмечалось такого схождения прав человека и конституционных прав⁴².

Существенные изменения были внесены в ГК Испании *Ley 30/1981, de 7 de julio*. Можно сказать, что брачное право было полностью реформировано (условия и порядок его заключения, прекращение, признание недействительным, режим имущества супругов).

Долгий спор государства с церковью закончился тем, что религиозная форма брака допу-

скается по каноническим правилам, государственная регистрация обязательна (ведь это инструмент социальной и демографической политики государства).

В 2005 г., несмотря на протест католической церкви, в Испании *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*⁴³ признал брачные права граждан разной сексуальной идентичности. Теперь в Испании брак заключается лицами разного и одного пола. Правовые последствия гетеросексуального и гомосексуального брака одинаковые, в том числе в сфере репродуктивных прав, усыновления детей и др.

По вопросу легализации государством фактического сожительства (*pareja de hecho*) позиция церкви не менее лояльная, поскольку не только отсутствует необходимая ритуальность оформления отношений партнеров, но и к участию в таких семейных союзах допускаются как разнополые, так и однополые лица. В Испании установление правового статуса *pareja de hecho* осуществляется местными законами автономных сообществ, что является допустимым в силу ст. 13 ГК, так как нормы Гражданского кодекса Испании носят при правовом регулировании брачно-семейных отношений субсидиарный характер.

Анализ испанского брачного права показал, что социальный институт брака находился и находится в орбите регулирования двух систем: государства и церкви. Влияние церкви постепенно ослабевает. Главная составляющая нормативного воздействия — это сохранение национальных традиций. Однако взгляды на семейные ценности меняются, как динамичны и сами эти общественные отношения. К концу XX в. произошла либерализация института брака: обязательность гражданской регистрации брака, признание юридического равенства супругов, легализация развода по желанию супругов. В начале XXI в. в Испании провозглашена официальная концепция брака как союза лиц как разного, так и одного пола. Альтернативной формой брака на территории страны является фактическое сожительство, правовой статус которого определяется региональным законодательством.

⁴² Lucas Martín F. J., Rodríguez Uribe J. M. Derechos Humanos y Constitución. Valencia, 2018. P. 26.

⁴³ BOE. № 157. 02.07.2005. P. 23632—23634.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. — М., 1998. — 624 с.
2. Загоровский И. А. Курс семейного права. — Одесса, 1902. — 554 с.
3. Карлсон А. Общество — семья — личность: социальный кризис Америки. — М., 2003. — 288 с.
4. Кодекс канонического права. — М. : Институт философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. — 624 с.
5. Медведев С. Н. Реформа семейного права в Испании // Гуманитарные и юридические исследования. — 2017. — № 2. — С. 161—167.
6. Паничкин В. Б., Паничкина Е. В. Предпосылки и способы институализации сожительства в брак в российском праве // Семейное и жилищное право. — 2017. — № 4. — С. 15—18.
7. Пилюгина Н. С. Условия заключения брака в законодательстве Российской Федерации и Королевства Испании // Московский журнал международного права. — 2010. — № 3. — С. 167—179.
8. Присяжнюк Н. А. Частное право Испании: общая характеристика источников // Внешнеэкономический бюллетень. — 2005. — № 3. — С. 68—76.
9. Тейяр де Шарден П. Феномен человека. — М., 1966. — 136 с.
10. Трофимец И. А. Институт брака в России, государствах — участниках Содружества Независимых Государств и Балтии : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Хабаровск, 2011. — 47 с.
11. Цмай В. В., Боер В. М., Гинц А. А. Мусульманское семейное право. — СПб., 1998. — 119 с.
12. Altamira R. Historia del Derecho Español. — Madrid, 1903. — 214 p.
13. Barcia Martín L. Matrimonio y libertad civil en materia religiosa. — Santiago de Compostela, 1976. — 125 p.
14. Castán Tobeñas J. Derecho Civil español, común y foral. — Madrid, 1944. — 928 p.
15. Esmein A. Le mariage en droit canonique. Paris, 1891. — 822 p.
16. García Goyena F. Comentarios y concordancias al Proyecto de Código Civil de 1851. T. I. — 501 p.
17. Gumersindo de Azcárate. Una obra notable sobre el Código Civil. — М., 1898.
18. Lucas Martín F. J., Rodríguez Uribe J. M. Derechos Humanos y Constitución. — Valencia, 2018. — 812 p.
19. Maldonado J., Torco F. La exigencia del matrimonio canonico en nuestra legistacion civil // URL: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php (дата обращения: 25 сентября 2018 г.).
20. Martín Casals M. El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental? // Revista para Analisis del Derecho. — 2013. — № 3. — P. 2—43.
21. Matrimonio civil y el partido liberal dinastico. — Madrid, 1881. — 186 p.
22. Montero Gutierrez E. El Concordato y la legislación matrimonial. — Madrid, 1956. — 300 p.
23. Peña Garcia C. Matrimonio y causas de nulidad en fl derecho de la iglesia. — Madrid, 2018. — 524 p.
24. Rives Gilabert J. M., Rives Seva A. P. Evolucion histórica del sistema matrimonial español // Noticias Juridicas. — 2001. — № 12. — Pp. 12—17.

Материал поступил в редакцию 1 октября 2018 г.

GENESIS OF MARRIAGE LAW IN SPAIN

TROFIMETS Irina Aleksandrovna, PhD in Law, Docent, Embassy of Russia in Spain
kosareva-khv@mail.ru
28002, Spain, Madrid, Velázquez str., 155

Abstract. *The study of the institution of marriage in the foreign legal order makes it possible not only to see the identity and historical succession, but also to find out whether the provisions on marriage have common features that characterize it as the highest value, and how permissible foreign borrowing in the formation of its own legal system without prejudice to its uniqueness and individuality. The use of foreign experience reveals a lot of issues and conflicts that need to be resolved in relation to national law. An obligatory component is the study of the heritage of the past, the so-called legislative retrospective, which contributes to the knowledge of legal culture. For the first time in domestic science there is an attempt to periodize the institution of marriage in Spain, depending on the type of social regulator: customs, canonical rules, rules of law (own and borrowed). The periodization of the Spanish marriage law is presented and the main features of its formation are shown: the application of the customs of the peoples inhabiting the territory of Spain; the reception of Roman private law; the influence of Canon law; the appearance of foreign influence. The whole history of marriage law is divided into 5 periods: customary law (the first period), the rule of canon law (second period), systematic legislation on marriage (the third period), harmonization of secular marriage legislation with the provisions of canon law (the fourth period), contemporary law (fifth period). Separately, in the settlement of relations between the sexes, a pre-legal period is allocated. Of course, each period is characterized by a variety of rules of marriage law, which is explained by the evolution of social relations and the development of the legal institution of marriage. The consistent influence of universal values on the formation of legal provisions of marriage is shown. As the marriage law is formed, rules are formed that determine the conditions and order of its conclusion. The enduring value of the family organization of the way of life of people and the family form of management determines the preservation of this social institution throughout the period of human history, although in a constantly changing form.*

Keywords: *genesis, periodization, marriage, matrimony, marriage law, religious marriage, civil marriage, alternative family unions.*

REFERENCES

1. Berman G. J. *Zapadnaya traditsiya prava: epokha formirovaniya* [Western legal tradition: the era of formation]. Moscow, 1998. 624 p.
2. Zagorovskiy A.I. *Kurs semeynogo prava* [Family Law Course]. Odessa, 1902. 554 p.
3. Karlson A. *Obshchestvo — semya — lichnost: sotsialnyy krizis Ameriki* [Society-family-personality: America's social crisis]. Moscow, 2003. 288 p.
4. *Kodeks kanonicheskogo prava* [Code of Canon law]. Moscow: Institut filosofii, teologii i istorii sv. Fomy [Institute of philosophy, theology and history of St. Foma]. 2007. 624 p.
5. Medvedev S.N. *Reforma semeynogo prava v Ispanii* [Reform of family law in Spain] *Gumanitarnye i yuridicheskie issledovaniya* [Humanities and legal studies]. 2017. No. 2. Pp. 161—167.
6. Panichkin V.B., Panichkina E.V. *Predposylki i sposoby institucionalizatsii sozhitelstva v brak v Rossiyskom prave* [Prerequisites and methods of institutionalization of cohabitation in marriage in Russian law]. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo* [Family and housing law]. 2017. No. 4. Pp. 15—18.
7. Pilyugina N.S. *Usloviya zaklyucheniya braka v zakonodatelstve Rossiyskoy Federatsii i Korolevstva Ispanii* [Conditions of marriage in the legislation of the Russian Federation and the Kingdom of Spain]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava* [Moscow Journal of International Law]. 2010. No. 3. P. 167—179.
8. Prisyazhnyuk N.A. *Chastnoe pravo Ispanii: obshchaya kharakteristika istochnikov* [Private law in Spain: general characteristics of sources]. *Vneshneekonomicheskii byulleten* [Foreign Economic Bulletin]. 2005. No. 3. P. 68—76.
9. Teilhard de Chardin P. *Fenomen cheloveka* [Phenomenon of man]. Moscow, 1966. 136 p.



10. Trofimets I.A. *Institut braka v Rossii, gosudarstvakh — uchastnikakh Sodruzhestva nezavisimyykh gosudarstv i Baltii : avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk* [Institute of marriage in Russia, member States of the Commonwealth of independent States and the Baltic States : Abstract of the PhD Thesis]. Khabarovsk, 2011. 47 p.
11. Tsmay V.V., Boer, V.M., Ginz A.A. *Musulmanskoe semeynoe pravo* [Muslim family law]. SPb., 1998. 119 p.
12. Altamira R. *Historia del Derecho Español*. Madrid, 1903. 214 p.
13. Barcia Martín L. *Matrimonio y libertad civil en materia religiosa*. Santiago de Compostela, 1976. 125 p.
14. Castán Tobeñas J. *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid, 1944. 928 p.
15. Esmein A. *Le mariage en droit canonique*. Paris, 1891. 822 p.
16. García Goyena F. *Comentarios y concordancias al Proyecto de Código Civil de 1851*. Tomo I. 501 p.
17. Gumersindo de Azcárate. *Una obra notable sobre el Código Civil*. M., 1898.
18. Lucas Martín F. J., Rodríguez Uribe J. M. *Derechos Humanos y Constitución*. Valencia, 2018. 812 p.
19. Maldonado J., Torco F. *La exigencia del matrimonio canonico en nuestra legislación civil*. URL: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php (accessed: 25 September 2018).
20. Martín Casals M. *El derecho a la "convivencia anómica en pareja": ¿Un nuevo derecho fundamental?* *Revista para Analisis del Derecho*. 2013. No. 3. Pp. 2—43.
21. *Matrimonio civil y el partido liberal dinastico*. Madrid, 1881. 186 p.
22. Montero Gutierrez E. *El Concordato y la legislación matrimonial*. Madrid, 1956. 300 p.
23. Peña García C. *Matrimonio y causas de nulidad en el derecho de la iglesia*. Madrid, 2018. 524 p.
24. Rives Gilabert J. M., Rives Seva A. P. *Evolución histórica del sistema matrimonial español*. *Noticias Jurídicas*. 2001. No. 12. Pp. 12-17.

ИСТОРИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ТРАНСПОРТНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ В УГОЛОВНОМ КОДЕКСЕ КАЗАХСТАНА

Аннотация. Автор исследует историю развития уголовного законодательства об ответственности за правонарушения, связанные с нарушением правил безопасности движения или эксплуатации транспорта, с 1917 по 2014 гг. Анализируются декреты и постановления советского периода в сфере обеспечения безопасности движения транспорта, статьи Уголовного кодекса РСФСР в редакции 1922 и 1926 гг., действовавших на территории современного Казахстана до 1 января 1960 г., нормы Уголовного кодекса Казахской ССР 1959 г., Уголовного кодекса РК в редакции 1997 и 2014 гг. о транспортных преступлениях. Анализируемый период характеризуется появлением специальной главы Особенной части УК, неуклонным увеличением количества статей об ответственности за транспортные правонарушения, конкретизацией статей общего характера путем выделения из них специальных норм, ужесточением ответственности за нарушения правил безопасности, повлекшие тяжкие последствия, переносом отдельных транспортных административных проступков в уголовный закон и др. Отмеченная тенденция объясняется бурным ростом транспортного парка страны, увеличением скорости, интенсивности движения транспортных средств, необходимостью защиты общества от аварий и катастроф и приведения уголовного закона в соответствие с нуждами практики.

Ключевые слова: история развития, уголовное законодательство, транспортные правонарушения, автотранспорт.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.134-145

Развитие уголовного законодательства о транспортных правонарушениях имеет сравнительно короткую историю и непосредственно связано с историей становления и развития самого транспорта. До Октябрьской революции 1917 г. территория современного Казахстана была краем бездорожья. Наибольшее распространение в те годы получил гужевой, а местами и вьючный транспорт. Общая протяженность железных дорог в 1913 г. здесь составляла всего 2 081 км, или 0,97 км железных

дорог на 1 кв. км, тогда как в европейской части России эта цифра составляла 11,3 км. Судостроительство в незначительных размерах существовало только на Каспийском и Аральском морях, общая протяженность водных путей составляла тогда несколько тысяч километров, а грузооборот доходил до 400 тыс. т. Автопарк к 1910 г. насчитывал немногим более 20 автомобилей и 12 мотоциклов иностранного производства, а в некоторых регионах Республики об автомобиле не имели представления вообще¹. Со

¹ Казахская советская энциклопедия. Алма-Ата, 1981. С. 348.

© Бакишев К. А., 2019

* Бакишев Кайрат Алиханович, доктор юридических наук, профессор, руководитель научно-исследовательской лаборатории Карагандинского экономического университета Казпотребсоюза
bakishev@yahoo.com
100000, Республика Казахстан, г. Караганда, ул. Академическая, д. 9

строительством в 1911—1915 гг. нефтепровода от промысла Доссор до порта Ракуши здесь началось развитие трубопроводного транспорта².

В России в тот период транспорт был развит слабо. Его основными видами были гужевой, водный и железнодорожный транспорт, авиация в тот период практически отсутствовала. Автомобилей накануне Первой мировой войны насчитывалось около 8 800 штук. Наиболее технически оснащенным был железнодорожный транспорт, на долю которого приходилось 69 % всех перевозок и 58 % грузооборота³. Поэтому в первые годы советской власти были приняты специальные нормы об ответственности за правонарушения именно на железнодорожном, морском и речном транспорте, имевшем в тот период особое государственное значение. Транспорт необходимо было укреплять и охранять всеми средствами, в том числе уголовно-правовыми.

В Декрете СНК от 15 ноября 1917 г.⁴ отмечается, что спекулянты, мародеры и их пособники на железных дорогах, в пароходствах, транспортных конторах обостряют тяжелое положение в стране до последней степени. Поэтому в 1918 г., наряду с декретами о национализации транспорта и о новой организации управления транспортом, был издан ряд постановлений, необходимых в условиях военного времени. Так, Декретом от 25 ноября 1918 г.⁵ на железных дорогах вводилось военное положение, а все железнодорожные служащие считались призванными на военную службу, но оставались при исполнении своих обязанностей.

Декреты ВЦИК от 22 июня и 20 ноября 1919 г.⁶ предоставляли ЧК и ее губернским органам в местностях, объявленных на военном положении, широкие права по пресечению попыток уничтожения и повреждения железнодорожных путей, мостов и других транспортных сооружений. В течение 1919—1921 гг.

в связи с необходимостью упорядочения перевозок правительством был принят ряд постановлений, устанавливающих ответственность за нарушение порядка на транспорте, правил проезда по железным дорогам, порчу и утрату грузов и багажа, незаконный проезд на паровозах и тормозных площадках⁷.

Как отмечает Н. С. Алексеев, первая попытка сформулировать специальную норму об ответственности работников железнодорожного транспорта, преступно нарушающих свои служебные обязанности, была предпринята в Положении о революционных железнодорожных трибуналах 1920 г.⁸ На рассмотрение этого трибунала передавались дела о преступлениях железнодорожных служащих, связанных с нарушением работы транспорта, саботажем, небрежным отношением к работе в случаях, имеющих для транспорта важные последствия, или тех же преступлений, совершенных повторно после двукратного взыскания в дисциплинарном порядке⁹. Принятые постановления предусматривали суровые меры наказания за посягательства на нормальную деятельность транспорта со стороны не только его работников, но и любых лиц.

В одном из постановлений Совета труда и обороны¹⁰ указывалось, что «ввиду тяжелого положения транспорта необходимо применять особо суровые репрессии в отношении граждан, проезжающих без билета, нарушающих железнодорожные правила, а также в отношении должностных лиц, которые своим бездействием способствуют развитию этого пагубного для транспорта явления». Виновные по этому постановлению подлежали аресту ВЧК и лишались свободы до пяти лет. «В большинстве перечисленных декретов, — пишет Ш. С. Грингауз, — в качестве наказания предусматривалось также отправление в концлагеря»¹¹.

Был издан ряд других норм, устанавливающих ответственность за посягательства на

² БСЭ. 1977. Изд. 3. Т. 27. С. 351—352.

³ Транспорт СССР. Итоги за 50 лет и перспективы развития. М., 1967. С. 13.

⁴ См.: Сб. документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР. 1917—1952. М., 1953. С. 69. СУ. 1918. № 86.

⁵ СУ. 1919. № 17 ; СУ. 1919. № 53.

⁶ СУ. 1918. № 23 ; СУ. 1919. № 25 ; СУ. 1919. № 34 ; СУ. 1920. № 56.

⁷ СУ. 1920. № 21.

⁸ Алексеев Н. С. Транспортные преступления. М., 1957. С. 13.

⁹ СУ. 1921. № 34.

¹¹ Герцензон А. А., Грингауз Ш. С., Дурманов Н. Д. [и др.] История советского уголовного права: 1917—1947. М., 1948. С. 212.

другие виды транспорта. Так, в Декретах ВЦИК и СНК¹² говорится об уголовной или административной ответственности виновных лиц за деяния, совершенные в открытом море на судах, плавающих под российским флагом, проезд по водным путям с нарушением установленных правил, безбилетный проезд, неподчинение законным требованиям капитана. «Транспортные преступления, — отмечал Н. С. Алексеев, — в тот период в уголовном законодательстве еще до его кодификации занимали значительное место, что объяснялось необходимостью установления строжайшего порядка в этой области народного хозяйства»¹³. Автор имел в виду преступления, совершаемые на железнодорожном, морском и речном транспорте. Специальных норм, устанавливающих ответственность за правонарушения на воздушном и автомобильном транспорте, в то время не было. «Сложность вопросов, встающих в этой области, определяется тем, — писал С. Я. Булатов, — что уголовное законодательство, действующее ныне, создавалось в иных условиях, когда автотранспорт не играл существенной роли»¹⁴.

Ш. С. Грингауз упоминает о Наказе Камышевскому народному гласному суду, выработанном Камышевским Советом и утвержденном общим собранием граждан 4 февраля 1918 г. Наказ представлял собой своеобразный Уголовный кодекс, содержащий 46 составов преступлений и санкции по ним. Один из составов предусматривал ответственность за «неосмотрительную и неосторожную езду», требующую наличия неосторожной вины¹⁵. Вряд ли данная норма в связи с практическим отсутствием автомобилей в тот период предусматривала ответственность за правонарушения на этом виде транспорта. Она, скорее всего, устанавливала ответственность за деяния на гужевом транспорте.

Первым специальным актом, направленным на обеспечение четкой и безопасной работы автотранспорта, явился Декрет СНК РСФСР «Об

автодвижении по г. Москве и ее окрестностям (правила)» от 10 июня 1920 г.¹⁶ По сути, это были первые правила дорожного движения, где определялся круг ответственных за нарушение правил автодвижения лиц.

26 августа 1920 г. ВЦИК и СНК РСФСР приняли Декрет «Об образовании Киргизской Советской Автономной Социалистической Республики» в составе РСФСР со столицей в Оренбурге. Тогда же создается Центральное управление местного транспорта, парк которого насчитывает около 32 автомашин иностранного производства¹⁷. Количество автомобилей постепенно увеличивается, автоперевозки начинают приобретать народно-хозяйственное значение. В этой связи в Республике возникла необходимость упорядочения движения автотранспорта. Большую роль в обеспечении безопасности движения автотранспорта сыграли обязательные постановления СНК КССР «О предельной скорости движения» от 14 июня 1922 г. и «О порядке движения грузовых и легковых автомашин и мотоциклов в городах и населенных местностях КССР» от 15 апреля 1923 г.

Транспортные преступления в 20-х гг. не занимали заметного места в общей структуре преступности в СССР и встречались крайне редко ввиду слабой развитости технического парка страны. М. С. Гринберг объясняет это еще тем, что главную опасность для Советского государства в то время представляли другие преступления — государственные (контрреволюционные) и преступления против собственности¹⁸. Указанные причины не позволили, по нашему мнению, ставить вопрос о системе транспортных преступлений. Поэтому Уголовный кодекс РСФСР 1922 г., действовавший на территории Киргизской Советской Автономной Социалистической Республики в составе РСФСР, не содержал специальных норм, предусматривающих ответственность за транспортные преступления, хотя в ряде статей имеется упоминание о транспорте¹⁹.

¹² СУ. 1920. № 33 ; СУ. 1921. № 6 ; СУ. 1921. № 32 ; СУ. 1921. № 69.

¹³ Алексеев Н. С. Транспортные преступления. М., 1957. С. 5.

¹⁴ Булатов С. Я. Вопросы судебной практики по делам о преступлениях на автотранспорте // Ученые записки юридического факультета КазГУ. Алма-Ата, 1957. Вып. 4. С. 143.

¹⁵ Герцензон А. А., Грингауз Ш. С., Дурманов Н. Д. [и др.] Указ. соч. С. 109.

¹⁶ Известия ВЦИК. 1920. 13 мая.

¹⁷ Казахская ССР : Краткая энциклопедия : в 4 т. Алма-Ата, 1988. Т. 2. С. 50.

¹⁸ Гринберг М. С. Ответственность за технические преступления (историко-теоретический обзор) // Уголовное право в борьбе с преступностью. Свердловск, 1987. С. 90.

¹⁹ См.: Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства КССР. 1922. № 11. Ст. 104.

Так, в главе о контрреволюционных преступлениях статья 65 УК устанавливает ответственность за «организацию в контрреволюционных целях разрушения или повреждения взрывом, поджогом или другим способом железнодорожных или иных средств сообщений, средств связи, а равно участие в вышеуказанных преступлениях». В главе о преступлениях против порядка управления статьи 75 и 76 УК, устанавливающие ответственность за массовые беспорядки и бандитизм, упоминают о погромах и разрушениях путей и средств связи. Злоупотребление властью и халатное отношение к службе со стороны должностных лиц, если последовало «расстройство транспорта», каралось по ст. 110 УК, объединявшей ответственность за преступные посягательства на различные отрасли экономики. И только в главе «Нарушение правил, охраняющих народное здоровье, общественную безопасность и публичный порядок» ст. 218 УК устанавливала ответственность за «нарушение или неисполнение правил, установленных законом или обязательным постановлением для охраны порядка и безопасности движения по железным дорогам и водным путям сообщения». Вскоре постановлением 2-й сессии ВЦИК от 10 июля 1923 г. в данную норму было внесено изменение, ее новая редакция предусматривала ответственность за нарушение правил, установленных для охраны безопасности движения по сухопутным, водным и воздушным путям. Из буквального толкования текста диспозиции данной нормы УК следовало, что ответственность по ней наступала за нарушения правил как на водном и воздушном транспорте, так и на железнодорожном, автомобильном и гужевом транспорте. Являясь бланкетной нормой, за установлением признаков преступления она отсылала к специальным правилам, установленным законом или обязательным постановлением местных органов. В случаях когда нарушения правил влекли за собой определенные вредные последствия, ответственность наступала по другим статьям УК. М. С. Гринберг отмечает, что к лицам, виновным в причинении смерти, телесных повреждений в результате нарушения правил безопасности движения и эксплуатации транспорта, в тот период применялись статьи УК о преступлениях против личности и о должностных пре-

ступлениях. Действия, выразившиеся в разрушении или повреждении путей сообщения или транспортных средств, квалифицировались как умышленное уничтожение или повреждение государственного имущества²⁰.

Уголовный кодекс РСФСР 1926 г., действие которого распространялось на территорию современного Казахстана до 1 января 1960 г., также не содержал специальных правовых норм об ответственности за преступления на транспорте, и лишь отдельные его нормы имели упоминание о транспорте. Статья 58-9, аналогично ст. 65 УК 1922 г., устанавливала ответственность за организацию в контрреволюционных целях разрушения или повреждения взрывом, поджогом или другим способом железнодорожных или иных путей, ст. 58-7 — за противодействие нормальной деятельности государственных учреждений и предприятий или соответствующее их использование для разрушения и подрыва промышленности, торговли и транспорта, ст. 184 предусматривала ответственность за несообщение капитаном судна другому судну, столкнувшемуся с ним в море, названия и порта приписки своего судна и др. Такое положение в уголовном законодательстве к концу 20-х гг. в связи с быстрым развитием всех видов транспорта не могло полно удовлетворить судебно-следственную практику. Практические работники стали испытывать затруднения при квалификации деяний.

Этот пробел был частично восполнен постановлением ЦИК и СНК СССР от 13 марта 1929 г. «О мероприятиях по усилению борьбы с транспортными преступлениями»²¹, дополнившим Положение о преступлениях государственных 1927 г. статьей 17-2 «Умышленное с целью вызвать крушение поезда или судна разрушение или повреждение железнодорожных и иных путей сообщения, сооружений на них, предостерегательных знаков, подвижного состава и судов». Данная норма была включена в УК РСФСР 1926 г. в виде ст. 59-36 и предусматривала наказание в виде лишения свободы не ниже трех лет, а при отягчающих обстоятельствах — расстрел. Этим же постановлением в УК были также введены ст. 75-1, устанавливающая ответственность за нарушение правил об охране порядка и безопасности движения, охране имущества транспорта, а также проведении

²⁰ Гринберг М. С. Нормы о преступлениях в области использования техники. Динамика и природа // Проблемы борьбы с преступной неосторожностью. Владивосток, 1981. С. 48, 323.

²¹ СЗ СССР. 1929. № 21. Ст. 182.

санитарных и противопожарных мероприятий, и ст. 75-2 об ответственности за нарушение недолжностными лицами правил о предупреждении столкновения судов на море и иных правил, регулирующих судоходство²².

В исследованиях по проблеме обеспечения безопасности движения и эксплуатации транспортных средств, проведенных разными авторами, указывается, что наиболее важным для развития законодательства о транспортных преступлениях законодательным актом явилось постановление ЦИК и СНК СССР «Об ответственности за преступления, дезорганизующие работу транспорта» от 23 января 1931 г.²³ В соответствии с этим постановлением Положение о преступлениях государственных было дополнено ст. 17-3, устанавливающей ответственность за нарушение работниками транспорта трудовой дисциплины (нарушение правил движения, недоброкачественный ремонт подвижного состава и пути и т.п.), если это нарушение повлекло или могло повлечь повреждение или уничтожение подвижного состава, пути и путевых сооружений либо несчастные случаи с людьми, несвоевременную отправку поездов и судов, скопление на местах выгрузки порожняка, простой вагонов и судов, и другие действия, влекущие за собой срыв намеченных правительством планов перевозок или угрозу правильности и безопасности движения. Данная норма была введена в действующий УК (ст. 59-3в) и предусматривала наказание в виде лишения свободы на срок до 10 лет, а в случаях явного злого характера преступных действий — смертную казнь с конфискацией имущества.

Первоначально этим составом охватывались случаи нарушения правил безопасности движения и эксплуатации на железнодорожном, морском и речном транспорте. Происшествия, связанные с нарушением правил движения и эксплуатации на автотранспорте, повлекшие несчастные случаи с людьми, квалифицировались по статьям, предусматривающим ответственность за неосторожное убийство (ст. 139

УК), неосторожное телесное повреждение (ст. 145 УК), по ч. 2 ст. 74 УК РСФСР (злостное хулиганство), «а во всех случаях, когда авария была вызвана грубой небрежностью или преступным легкомыслием, — писал С. Я. Булатов, — прибегали к норме о должностном преступлении» (ст. 111 УК)²⁴. Н. С. Алексеев описывает имевшиеся в практике судов случаи квалификации особо злостных нарушений правил дорожного движения, вызвавших многочисленные жертвы, по ст. 16 и 53-3 УК (бандитизм)²⁵.

Определенные затруднения судебно-следственные органы испытывали также при квалификации случаев аварий, не повлекших причинение смерти или телесных повреждений. В зависимости от умысла виновного, деяние квалифицировалось по ст. 79 УК, устанавливавшей ответственность за умышленное повреждение государственного или общественного имущества, либо по статье об ответственности за умышленное повреждение личного имущества (ст. 175 УК). Очевидно, что такой разницей в судебно-следственной практике при квалификации одних и тех же преступных деяний на автотранспорте не способствовал задачам уголовно-правовой борьбы с рассматриваемыми деяниями.

10 июля 1931 г. НКЮ РСФСР издал циркуляр, в котором предложил случаи аварии, повлекшие только порчу и поломку автомашин, квалифицировать по ст. 79-2 УК РСФСР. 22 февраля 1932 г. Президиум Верховного Суда РСФСР принял постановление № 6 «О квалификации аварий на городском транспорте, вызываемых халатным отношением вагоновожатых и шоферов», в котором указал, что если недобросовестное отношение работников городского транспорта к своим обязанностям повлекло за собой исключительно серьезные последствия, то эти преступления могут квалифицироваться по ст. 59-3в УК со ссылкой на ст. 16 УК. «Этим, — как отмечает М. С. Гринберг, — было положено начало квалификации по данной норме случаев, связанных с правонарушениями на автотранспорте»²⁶.

²² СУ РСФСР. 1929. № 50. Ст. 513.

²³ Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР. 1917—1952. М.: Госюриздат, 1953.

²⁴ Булатов С. Я. Вопросы судебной практики по делам о преступлениях на автотранспорте // Ученые записки юридического факультета КазГУ. Алма-Ата, 1957. Вып. 4. С. 141.

²⁵ Алексеев Н. С. Транспортные преступления. М., 1957. С. 270.

²⁶ Гринберг М. С. Нормы о преступлениях в области использования техники. Динамика и природа // Проблемы борьбы с преступной неосторожностью. Владивосток, 1981. С. 49.

В последующем нарушения работником автотранспорта правил движения, повлекшие человеческие жертвы и другие тяжелые последствия, согласно постановлению Пленума Верховного Суда СССР № 16/2/у «О квалификации преступлений, связанных с нарушением правил движения на автотранспорте» от 15 сентября 1950 г., стали квалифицироваться по ст. 59-3в УК без применения ст. 16 УК. Следует отметить, что ст. 59-3в УК применялась к преступлениям на автотранспорте вплоть до принятия Казахстаном и другими союзными республиками своих уголовных кодексов.

С учетом все возрастающей роли авиации в отечественной экономике возникла необходимость уголовно-правовой охраны безопасности движения на воздушном транспорте. В постановлении от 25 июля 1932 г. Пленум Верховного Суда СССР предложил применять ст. 59-3в УК и к работникам гражданской авиации, виновным в нарушении трудовой дисциплины, повлекшем вредные последствия, указанные в диспозиции данной статьи. Позже постановлением ВЦИК и СНК СССР от 7 августа 1935 г. названные нарушения работников гражданской авиации были выделены в самостоятельный состав — ст. 17-4 «Положения о преступлениях государственных» (ст. 59-3г УК). В том же году Положение было дополнено ст. 17б «Нарушение правил о международных полетах» (ст. 59-3д УК)²⁷.

Дальнейшая криминализация посягательств на безопасную работу транспорта связана с установлением уголовной ответственности за самовольный проезд в товарных вагонах и за самовольную без надобности остановку поезда стоп-краном²⁸. 28 мая 1940 г. НКЮ СССР издал приказ № 60²⁹, в котором, помимо прочего, предлагал во всех случаях аварий, происшедших вследствие неисправности автомашин, выносить частные определения о привлечении лиц, виновных в недоброкачественном ремонте и выпуске из гаража неисправной автомашины, к уголовной или административной ответственности — в зависимости от последствий аварии. Тем самым было положено начало привлечения к дисциплинарной или уголовной ответственности лиц, виновных в недоброкачественном ремонте и выпуске из гаража неисправной автомашины.

²⁷ СЗ СССР. 1936. № 1. Ст. 2.

²⁸ Ведомости Верховного Совета СССР. 1941. № 16.

²⁹ Советская юстиция. 1940. № 12. С. 40.

С принятием Уголовного кодекса Казахской ССР 1959 г. начинается новый этап в развитии законодательства о транспортных преступлениях. Эти деликты были выделены в специальную главу «Транспортные преступления» в Особенной части УК. Тем самым отечественный законодатель обоснованно отказался рассматривать их как государственные преступления. Данная позиция была отмечена юридической общественностью СССР как правильная и заслуживающая поддержки. В последующие годы аналогичная глава появилась в уголовных законах других союзных республик.

Нормы, предусматривающие ответственность за нарушение правил движения и эксплуатации транспорта лицами, управляющими транспортными средствами (ст. 217 УК), нарушение правил эксплуатации машин должностными лицами (ст. 218 УК), незаконную эксплуатацию автомашин (ст. 219 УК), незаконное занятие автоперевозками (ст. 220 УК), самовольный угон автотранспортных средств (ст. 221 УК), нарушение правил об охране безопасности на транспорте (ст. 222 УК), нарушение правил охраны порядка и безопасности воздушных передвижений (ст. 223 УК), составили систему транспортных преступлений.

Как видно, подавляющая часть статей УК предусматривала ответственность за преступления на автотранспорте. Статьи об ответственности за нарушение правил международных полетов (ст. 70), нарушение правил безопасности движения и эксплуатации на железнодорожном, водном и воздушном транспорте (ст. 71), повреждение путей сообщения и транспортных средств (ст. 72), умышленное блокирование транспортных коммуникаций (ст. 72-2) были помещены в главу «Иные государственные преступления». Отнесение названных деяний к государственным преступлениям можно объяснить их излишней политизацией, что было характерно для уголовного законодательства того времени. Такой подход законодателя не позволял выразить сущность объекта преступления, а судебным и следственным органам республики правильно оценить степень общественной опасности совершенного деяния.

В национальном уголовном законодательстве, в отличие от ранее действовавшего УК РСФСР 1926 г., некоторым изменениям подвер-

глись признаки объективной стороны состава рассматриваемых преступлений. Так, законодатель отказался от дифференциации ответственности работников железнодорожного и водного транспорта, с одной стороны, и работников воздушного транспорта — с другой. Был сужен круг наказуемых деяний: уголовную ответственность влекли только нарушения правил безопасности движения и эксплуатации транспорта и недоброкачественный ремонт транспортных средств, путей, средств сигнализации и связи, а не любое нарушение трудовой дисциплины, которое повлекло либо могло повлечь наступление указанных в ст. 59-3в УК вредных последствий. Установлена различная ответственность виновных в зависимости от наступивших вредных последствий или создания возможности их наступления.

Унификации подверглись и признаки субъекта транспортных преступлений. Практика применения Указа Президиума Верховного Совета КазССР от 15 августа 1957 г. «Об ответственности за нарушение правил движения и эксплуатации автотранспорта на территории Казахской ССР»³⁰ показала целесообразность сохранения единой ответственности виновных водителей независимо от того, являются ли они работниками автотранспорта или иными лицами. Поэтому субъектом ответственности по ст. 217 УК является любое лицо, управлявшее транспортным средством. Это стало главной отличительной особенностью УК КазССР от УК других союзных республик, которые сохранили дифференциацию ответственности виновных в зависимости от вида субъекта.

Впервые в тексте диспозиции ст. 217 УК КазССР говорится о предмете автотранспортного преступления — автомобилях, мотоциклах, трамваях, троллейбусах и других автотранспортных машинах. Со временем унификации подверглось и представление о предмете автотранспортного преступления. Так, если ст. 217 УК КазССР в редакции 1968 г. устанавливала ответственность за нарушение правил движения и эксплуатации транспорта лицом, управляющим автотранспортным или городским электротранспортным средством, трактором или иной самоходной машиной, то в ст. 217 УК в редакции 1985 г. используется понятие «транспортное средство». Признаки, относящиеся к его видам, оказываются за пределами со-

става преступления. Связано это, по всей вероятности, с тем, что вид транспортного средства существенно не влияет на степень общественной опасности транспортного преступления, и законодателю потребовалось отграничить понятие «транспорт» как отрасль экономики от транспорта как предмета преступления.

В примечании к ст. 217 УК впервые было дано законодательное определение автотранспортного средства — предмета автотранспортных преступлений. В нем говорится, что под транспортными средствами, указанными в ст. 217, 217-1, 217-2, 218, 221 Кодекса, понимаются все виды автомобилей, тракторы и иные самоходные машины, трамваи и троллейбусы, а также мотоциклы и другие механические средства.

Развитие и усложнение условий нормального функционирования транспорта, растущая опасность его работы в неисправном состоянии повлекли изменение названия и редакции ст. 218 УК. Она предусматривает ответственность за выпуск в эксплуатацию технически неисправных средств. Помимо лиц, ответственных за их техническое состояние, законодатель установил также ответственность и владельцев индивидуальных транспортных средств, разрешивших другому лицу их эксплуатацию в заведомо неисправном состоянии или передавших управление транспортным средством лицу, находящемуся в состоянии опьянения или не имеющему прав на управление данным транспортным средством. Позже Указом Президиума Верховного Совета КазССР от 22 октября 1985 г. допуск к управлению транспортным средством в состоянии опьянения был выделен в специальный состав, предусмотренный ст. 217-2 УК.

Включив в систему транспортных преступлений ст. 221 УК, законодатель разрешил спорные вопросы, возникавшие при квалификации случаев угона автотранспортных средств. Ранее судебно-следственные органы при квалификации таких случаев применяли статью либо об ответственности за кражу, либо за хулиганство, либо за самоуправство, что не способствовало эффективности уголовно-правовой борьбы с подобными посягательствами. Социальная действительность обусловила принятие специальной нормы, позволяющей правильно квалифицировать данное деяние и назначать справедливое наказание. В последующие годы

³⁰ Сборник законов Казахской ССР и Указов Президиума Верховного Совета Казахской ССР. 1938—1957. Алма-Ата, 1958. С. 608.

система норм о преступлениях на транспорте была дополнена статьями об ответственности за угон воздушного судна (ст. 223-1 УК), нарушение правил содержания смотровых колодцев (ст. 222-1 УК). Практика показала, что появление в УК специальных норм о транспортных преступлениях значительно снизило количество ошибок при их квалификации в практике следственных и судебных органов, способствовало усилению борьбы с нарушениями правил безопасности движения транспорта и укреплению законности.

Дальнейшее развитие национального уголовного законодательства о транспортных преступлениях связывается с обретением Казахстаном в 1991 г. государственной независимости и суверенитета. Возрастающая опасность деяний, связанных с использованием техники, их значительное преобладание в структуре неосторожной преступности в свете проводимых в Казахстане экономических, социальных, политических и правовых преобразований определили иной подход законодателя к конструированию уголовно-правовых норм.

Правовая реформа в сфере уголовного законодательства получила выражение в виде Уголовного кодекса 1997 г. В построении научной системы законодательства он в целом делает шаг вперед по сравнению с Уголовным кодексом Казахской ССР 1959 г. Положительным моментом в этом отношении явилось включение в гл. 12 «Транспортные преступления» Особенной части УК преступлений, признанных законодателем транспортными. К таковым были отнесены нарушение правил безопасности движения и эксплуатации железнодорожного, воздушного или водного транспорта (ст. 295), нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств лицами, управляющими транспортными средствами (ст. 296), оставление места дорожно-транспортного происшествия (ст. 297), недоброкачественный ремонт транспортных средств и выпуск их в эксплуатацию с техническими неисправностями, допуск к управлению транспортным средством лица, находящегося в состоянии опьянения (ст. 298), умышленное приведение в негодность транспортных средств или путей сообщения (ст. 299), нарушение правил, обеспечивающих безопасную работу транспорта (ст. 300), самовольная без надобности остановка поезда (ст. 301), нарушение действующих на транспорте правил (ст. 302), нарушение правил безопасности при строительстве, эксплуатации

или ремонте магистральных трубопроводов (ст. 303), повреждение или разрушение трубопроводов (ст. 304), неоказание капитаном судна помощи терпящим бедствие (ст. 305), нарушение международных правил полетов (ст. 306).

Приведенная система транспортных преступлений получила, на наш взгляд, более последовательное и удачное, чем в УК КазССР 1959 г., построение. Законодатель объединил в одну главу преступления, связанные с нарушением правил безопасности движения и эксплуатации железнодорожного, воздушного, водного и автомобильного транспорта, в том числе деяния, которые ранее находились в главе «Иные государственные преступления» в УК КазССР 1959 г., что точнее отражает особенности родового объекта, на который они посягают. Примером положительного законодательного решения явилось также объединение в ст. 298 УК недоброкачественного ремонта транспортных средств, выпуска в эксплуатацию с техническими неисправностями, допуска к управлению транспортными средствами лица, находящегося в состоянии опьянения. Каждое из названных деяний является разновидностью нарушений правил эксплуатации транспорта, связанных с обеспечением безопасности движения, и такой шаг законодателя можно рассматривать как пример дальнейшей унификации законодательства, значительно облегчающей применение закона на практике.

Произошло количественное увеличение статей за счет конкретизации статей общего характера и выделения из них специальных норм. Так, из ст. 222 УК КазССР (нарушение правил об охране безопасности на транспорте) были выделены нормы об ответственности за нарушение правил, обеспечивающих безопасную работу транспорта (ст. 300 УК РК), и самовольную без надобности остановку поезда (ст. 301 УК РК). Действия водителей, совершивших наезд на пешехода и затем скрывшихся с места происшествия, квалифицировались по совокупности ст. 217 УК и ст. 119 УК КазССР (оставление в опасности). Оставление места дорожно-транспортного происшествия теперь предусмотрено специальной нормой — ст. 297 УК.

Круг транспортных преступлений увеличился также за счет других новелл — нарушения правил безопасности при строительстве, эксплуатации или ремонте магистральных трубопроводов (ст. 303 УК), повреждения или разрушения трубопроводов (ст. 304 УК). Выделение специальных составов (преимущественно блан-

кетных), безусловно, способствует ограничению сферы уголовно наказуемой неосторожности, повышает предупредительное воздействие уголовного закона, акцентирует внимание участников общественных отношений на необходимости соблюдения правил безопасности. В то же время из гл. 12 УК были исключены угон транспортных средств (ст. 221 УК), нарушение правил содержания смотровых колодцев (ст. 222-1 УК), незаконная эксплуатация автомашин (ст. 219 УК), незаконное занятие автоперевозками (ст. 220 УК), управление транспортным средством в состоянии опьянения (ст. 217—2 УК КазССР), причем последнее деяние было декриминализовано ввиду его высокой латентности.

Кроме того, изменился подход законодателя к пенализации транспортных преступлений. Так, максимальный срок наказания в виде лишения свободы за некоторые их виды (ст. 71, 72, 217) в УК КазССР составлял 15 лет. В УК 1997 г. этот срок не превышает 10 лет. Все дело в том, что рассматриваемые деяния совершаются по неосторожности и потому наступившие вредные последствия при всей своей значимости не могут служить единственным критерием дифференциации и индивидуализации ответственности и наказания, не всегда являются показателем общественной опасности преступления. Смягчение наказания за преступления небольшой и средней тяжести отвечало также основным направлениям уголовной политики Казахстана, определенным в Концепции правовой политики государства³¹.

В последующие годы в анализируемую главу УК был внесен ряд изменений и дополнений, направленных на повышение эффективности борьбы с транспортными преступлениями. Так, опасность возможных существенных людских и экономических потерь в результате аварий, крушений и катастроф на железнодорожном, морском, речном и воздушном транспорте вынудила законодателя криминализовать нарушение правил, не повлекшее, но заведомо создавшее угрозу наступления последствий (ч. 4 ст. 295 УК), неосторожное повреждение или разрушение трубопроводов (ст. 304-1 УК). Ответственность за нарушение действующих на транспорте правил (ст. 302 УК) теперь наступа-

ет в случае совершения деяния лицом, которое в течение года подвергалось административному взысканию за совершение такого же деяния. Группа статей о транспортных преступлениях в УК РК 1997 г. по своему содержанию в целом отвечала существовавшему тогда уровню развития доктрины национального уголовного права.

В августе 2009 г. в Казахстане была принята Концепция правовой политики на период с 2010 до 2020 год, наметившая дальнейшую «коррекцию уголовного права и правоприменения для обеспечения соответствия национального права новым вызовам времени, повышения его конкурентоспособности и окончательного освобождения от правовых догматов, не отвечающих перспективам XXI века». Ввиду многочисленных поправок, внесенных в УК 1997 г. (свыше 300), а также «накопившихся системных проблем, которые сложно решить только лишь коррекцией действующего права»³², в 2014 г. был разработан и принят новый Уголовный кодекс Республики Казахстан. Он отличается принципиально иным подходом к систематизации и конструированию уголовно-правовых норм об ответственности за транспортные преступления. В частности, изменилось прежнее название главы УК, теперь она называется «Транспортные уголовные правонарушения», появились новые статьи, которые были перенесены из Кодекса РК об административных правонарушениях, была пересмотрена система наказуемости транспортных правонарушений.

Как разъясняется в Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан, «существующее деление деяний на административные правонарушения и уголовные преступления не всегда способствует надежной защите охраняемых правоотношений, возникают сложности с определением общественной опасности некоторых деяний, с отнесением их к категории административных правонарушений либо уголовных преступлений». В этой связи в уголовный закон вводится новая категория противоправных деяний — уголовный проступок, позволяющая придать им статус, близкий к категории преступных деяний, и расширить возможности государства по их пресечению.

³¹ Концепция правовой политики Республики Казахстан, одобренная Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 г. // URL: <https://tengrinews.kz/zakon> (дата обращения: 16 апреля 2018 г.).

³² Концепция проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан // URL: <http://www.lecscenter.org> (дата обращения: 16 апреля 2018 г.).

К уголовным проступкам относится часть административных деликтов, рассматриваемых в судебном порядке, ряд преступлений небольшой тяжести, а также преступления, за совершение которых предусмотрено наказание, не связанное с изоляцией от общества, либо лишение свободы на срок до одного года, не влекущие судимость. Все проступки и преступления в УК объединены понятием «уголовное правонарушение». Таким образом, гл. 14 уголовного закона состоит из уголовных проступков и преступлений, которые, по мнению разработчиков, являются «транспортными уголовными правонарушениями». В результате система транспортных правонарушений увеличилась до 17 статей.

Новеллами являются управление транспортным средством лицом, лишенным права управления транспортными средствами, находящимся в состоянии алкогольного, наркотического и (или) токсикоманического опьянения, а равно передача управления транспортным средством такому лицу или допуск к управлению транспортным средством такого лица (ст. 346 УК), допуск к управлению транспортным средством водителя, не имеющего права управления (ст. 349 УК), управление воздушным, морским, речным или маломерным судном лицом в состоянии опьянения, передача управления или допуск к управлению воздушным, морским, речным или маломерным судном лица, находящегося в состоянии опьянения (ст. 358 УК), допуск к управлению воздушным, морским или речным судном лица, не имеющего права управления (ст. 359 УК).

Круг названных уголовно-правовых деликтов был расширен за счет административно-правовых норм, которые стали уголовными проступками. Как уголовные проступки сформулированы всего 10 составов правонарушений, предусмотренные в ч. 1 ст. 345, 346, 348, 349, 351, 353, 354, 356, 358, 359 УК, остальные же составы следует рассматривать как преступления. Большинство уголовно-правовых норм рассматриваемой системы сконструированы как составы причинения вреда, пять составов (ч. 1 ст. 346, 355, 357, 358, 360 УК) являются формальными, один (ч. 1 ст. 356 УК) — формально-материальным. Примечания к ст. 295 и 296 УК РК 1997 г. были перенесены в ст. 3 «Разъяснение некоторых понятий, содержащихся в на-

стоящем Кодексе» УК. При этом их содержание было пересмотрено³³. Такое решение законодателя значительно облегчило квалификацию транспортных правонарушений, снизило количество ошибок в следственной и судебной практике.

В то же время в УК, к сожалению, не была разрешена проблема адекватного отражения санкцией соответствующих норм характера и степени общественной опасности запрещаемого деяния, видов и пределов наказания, дифференцированных в зависимости от категорий преступления. В частности, санкция ст. 358 УК противоречит положению ст. 11 «Категории преступлений», ч. 3 ст. 46 «Лишение свободы» Общей части УК: за управление воздушным, морским, речным или маломерным судном лицом в состоянии опьянения, передачу управления или допуск к управлению воздушным, морским, речным или маломерным судном лица, находящегося в состоянии опьянения, повлекшее по неосторожности смерть двух или более лиц, предусмотрено лишение свободы на срок от 7 до 12 лет (ч. 5). А максимальная санкция сходного по характеру и степени опасности деяния, предусмотренного ст. 346 УК, составляет 10 лет. Этим законодатель необоснованно отнес анализируемое правонарушение к категории тяжких преступлений, которые совершаются только умышленно, не приняв во внимание принципиальную разницу юридической природы умышленных и неосторожных преступлений. Но в диспозициях ст. 346 и 358 УК четко определено, что отношение виновного к вредным последствиям своего деяния только неосторожное, т. е. это неосторожные правонарушения. По характеру и степени общественной опасности они подразделяются на преступления небольшой и средней тяжести (ст. 11 УК), за совершение которых максимальное наказание не может превышать 10 лет лишения свободы (ч. 3 ст. 46 УК). Поэтому санкцию ст. 358 УК следует скорректировать с учетом положений норм Общей части УК.

Проведенный анализ обнаружил также крайний разброс санкций статей УК о транспортных правонарушениях, влекущих одинаковые вредные последствия, их несогласованность между собой. Например, нарушение правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств лицом, управляющим

³³ Подробнее об этом см.: Бакишев К. А. Система транспортных правонарушений в новом УК Республики Казахстан // Lex Russica. 2015. № 4. С. 82—84.

транспортным средством, повлекшее по неосторожности смерть двух или более лиц, наказывается лишением свободы сроком до 10 лет (ч. 4 ст. 345 УК). Эти же последствия, ставшие результатом недоброкачественного ремонта транспортных средств или выпуска их в эксплуатацию с техническими неисправностями, наказываются лишением свободы сроком от 4 до 7 лет (ч. 4 ст. 348 УК). Между тем данные неосторожные посягательства опасны не более, чем неосторожное причинение смерти (ст. 104 УК), за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы до 5 лет, поэтому не должны наказываться жестче.

Таким образом, несовершенство отечественного уголовного законодательства проявляется в различной юридической оценке, которую получили одинаковые по своей со-

циальной сущности неосторожные транспортные правонарушения. Вряд ли отмеченное положение может в достаточно полной мере обеспечивать дифференцированный подход к назначению наказания за неосторожные транспортные деяния. Остается предположить, что законодатель конструировал столь жесткие санкции, преследуя исключительно общепреventивные цели.

Изложенное свидетельствует о том, что статьи об ответственности за транспортные уголовные правонарушения — одна из наиболее динамично развивающихся частей уголовного законодательства ввиду особой значимости транспорта для народного хозяйства страны. В целом они отвечают современным направлениям юридической техники и потребностям следственной и судебной практики Казахстана.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев Н. С. Транспортные преступления. — М., 1957.
2. Бакишев К. А. Система транспортных правонарушений в новом УК Республики Казахстан // Lex Russica. — 2015. — № 4. — С. 81—87.
3. Булатов С. Я. Вопросы судебной практики по делам о преступлениях на автотранспорте // Ученые записки юридического факультета КазГУ. — Алма-Ата, 1957. — Вып. 4.
4. Герцензон А. А., Грингауз Ш. С., Дурманов Н. Д. [и соавт.]. История советского уголовного права: 1917—1947. — М., 1948.
5. Гринберг М. С. Нормы о преступлениях в области использования техники. Динамика и природа // Проблемы борьбы с преступной неосторожностью. — Владивосток, 1981.
6. Гринберг М. С. Ответственность за технические преступления (историко-теоретический обзор) // Уголовное право в борьбе с преступностью. — Свердловск, 1987.

Материал поступил в редакцию 23 апреля 2018 г.

HISTORY OF LAW ON TRAFFIC OFFENCES IN THE CRIMINAL CODE OF KAZAKHSTAN

BAKISHEV Kayrat Alikhanovich, Doctor of Law, Professor, Head of Research Laboratory of Karaganda Economic University of Kazpotrebsyuz
bakishev@yahoo.com
100000, Kazakhstan, Karaganda, ul. Akademicheskaya, d. 9

Abstract. The author investigates the history of development of criminal legislation on liability for offenses related to violation of traffic safety rules or operation of transport, from 1917 to 2014. The paper analyzes the decrees and resolutions of the Soviet period in the field of traffic safety, articles of the Criminal code of the RSFSR as amended in 1922 and 1926, acting on the territory of modern Kazakhstan until January 1, 1960, the norms of the Criminal Code of the Kazakh SSR in 1959, the Criminal Code of the Republic of Kazakhstan as amended in 1997 and 2014 on transport crimes. The analyzed period is characterized by the appearance of a special Chapter of the special part of the Criminal Code, a steady increase in the number of articles on liability for transport offenses, the specification of articles of a general nature by the allocation of special rules, tougher responsibility for violations of safety rules, which caused serious consequences, the transfer of certain transport administrative offenses to the criminal law, etc. This trend is explained by the rapid growth of the country's transport fleet, the increase in



speed, intensity of traffic, the need to protect society from accidents and catastrophes and bringing the criminal law in line with the needs of practice.

Keywords: *history of development, criminal law, traffic offences, motor vehicles.*

REFERENCES

1. Alekseev N.S. *Transportnye prestupleniya* [Transport of the crime]. Moscow, 1957.
2. Bakishev K.A. *Sistema transportnykh pravonarusheniy v novom UK Respubliki Kazakhstan* [The system of transport offenses in the new criminal code of the Republic of Kazakhstan]. *Lex Russica*. 2015. No. 4. Pp. 81–87.
3. Bulatov S.Ya. *Voprosy sudebnoy praktiki po delam o prestupleniyakh na avtotransporte* [The issues of judicial practice on cases on crimes on motor transport]. *Uchenye zapiski yuridicheskogo fakulteta KazGU* [Notes of the Faculty of Law of the Kazakh State University]. Alma-Ata, 1957. Issue 4.
4. Gertsenzon A.A., Gringauz Sh.S., Durmanov N.D. [et al.]. *Istoriya sovetskogo ugovnogo prava: 1917–1947* [History of Soviet criminal law: 1917–1947]. Moscow, 1948.
5. Grinberg M.S. *Normy o prestupleniyakh v oblasti ispolzovaniya tekhniki. Dinamika i priroda* [Norms on crimes in the use of technology. The dynamics and nature]. *Problemy borby s prestupnoy neostorozhnostyu* [Issues of fighting criminal negligence]. Vladivostok, 1981.
6. Grinberg M. S. *Otvetstvennost za tekhnicheskie prestupleniya (istoriko-teoreticheskiy obzor)* [Responsibility for technical crimes (historical and theoretical review)]. *Ugovnoe pravo v borbe s prestupnostyu* [Criminal law in the fight against crime]. Sverdlovsk, 1987.

А. П. Грахоцкий*

ФРАНКФУРТСКИЙ ПРОЦЕСС (1963—1965 гг.) И ПРЕОДОЛЕНИЕ ПРОШЛОГО В ГЕРМАНИИ

Аннотация. В первые послевоенные десятилетия в ФРГ проблема преступлений нацистского режима замалчивалась. Информация о вопиющих преступлениях нацистов в концентрационных лагерях воспринималась немцами в качестве «пропаганды победителей». Событием, способствовавшим осмыслению немецким обществом преступного прошлого своей страны, стал Франкфуртский процесс 1963—1965 гг. Перед судом во Франкфурте предстали 22 нацистских преступника, которые обвинялись в убийствах и пособничестве в убийствах узников концлагеря и лагеря смерти Аушвиц. В ходе судебного разбирательства были вскрыты ужасающие факты массового уничтожения людей, беспрецедентные случаи унижения человеческого достоинства. Позиция обвинения заключалась в том, что подсудимые по собственной воле проходили службу в Аушвице, осознавая, что основной целью функционирования лагеря является массовое уничтожение евреев, целенаправленно участвуя в осуществлении общего преступного замысла. Сторона защиты придерживалась стратегии, согласно которой подсудимые были лишь безвольными исполнителями приказов высшего нацистского руководства и были вынуждены под угрозой собственной жизни совершать преступления. Никто из обвиняемых не признал своей вины, в заключительных речах они не высказали ни сожаления, ни раскаяния перед жертвами и их родственниками. Приговор суда присяжных отличался мягкостью: только 6 обвиняемых были приговорены к пожизненному заключению, остальные получили различные (от 3 до 14 лет) сроки лишения свободы, трое были оправданы. Однако значение Франкфуртского процесса превосходит цель уголовного наказания нацистских преступников. Процесс стал вехой в ходе преодоления немцами своего недавнего прошлого, осознания ответственности немецкого общества за преступления национал-социализма.

Ключевые слова: Франкфуртский процесс, преступление, преодоление прошлого, национал-социализм, суд, прокуратура, адвокат, свидетели, жертвы, культура памяти, Германия, Аушвиц, Фриц Бауэр, вина, ответственность, геноцид.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.146-158

Построение демократического общества в послевоенной Западной Германии неразрывно связано с мучительным и противоречивым ходом осмысления немцами своего недавнего прошлого. В 1950-е годы в общественном дискурсе ФРГ появилось специальное понятие «преодоление прошлого», означающее процесс осознания немецкими гражданами

национальной вины и национальной ответственности за преступления нацизма. Историк А. И. Борозняк выделил основные аспекты этого процесса: политический — создание демократических институтов, юридический — расследование преступлений национал-социализма, этический — признание национальной вины и ответственности, педагогический — де-

© Грахоцкий А. П., 2019

* Грахоцкий Александр Павлович, кандидат юридических наук, доцент, начальник отдела международных связей Гомельского государственного университета имени Франциска Скорины
grahocki@gmail.com
246003, Республика Беларусь, г. Гомель, ул. Советская, д. 102

мократическое воспитание в школах, творческий — увековечивание памяти о жертвах нацизма в произведениях искусства¹.

В данной статье уделяется внимание юридическому аспекту преодоления прошлого в Западной Германии. В первые послевоенные десятилетия немецкая общественность крайне негативно относилась к организации судебных процессов над нацистскими преступниками. В суждениях рядовых немцев о Нюрнбергском трибунале над главными нацистскими военными преступниками (ноябрь 1945 — октябрь 1946 г.) четко прослеживалось нежелание подавляющего большинства знать о преступлениях нацизма, стремление поскорее забыть о постыдных страницах прошлого². Среди немецких граждан доминировало мнение о том, что немцы являлись заложниками тоталитарного нацистского режима, вина за преступления национал-социализма лежит исключительно на Гитлере и его ближайшем окружении, ответственность «ничего не знала» о лагерях смерти и других вопиющих фактах преступной деятельности режима. Нюрнбергский трибунал, равно как и другие судебные процессы, организованные союзниками на территории оккупированной Германии, рассматривались немецкими гражданами как «трибуналы победителей», «акты возмездия», не имеющие ничего общего с принципами правосудия³.

До конца 1950 г. судами Западной Германии было осуждено 5 228 бывших нацистов. В большинстве случаев преступники получили незначительные сроки лишения свободы. Показателен тот факт, что только 15 человек обвинялись в преступлениях, совершенных в концентрационных лагерях, и лишь двое понесли наказание за преступную деятельность в составе айнзатцгрупп (эскадронов смерти)⁴. В 1950-е гг. уголовное преследование нацист-

ских преступников в ФРГ фактически сошло на нет. Так, если в 1950 г. осуществлялись расследования по 2 495 делам, то в 1957 г. — только по 183⁵.

Ситуация несколько изменилась в 1958 г., когда немецкую общественность всколыхнул Ульмский процесс: перед судом предстали участники айнзатцгруппы (оперативной группы «Тильзит»), организовавшей летом 1941 г. ликвидацию 5 500 евреев в районе немецко-литовской границы⁶. На фоне этого резонансного дела в октябре 1958 г. на общем собрании министров юстиции федеральных земель было принято решение о создании в г. Людвигсбург Центрального ведомства по расследованию нацистских преступлений (Людвигсбургский центр). Данному центру поручался сбор материалов о преступлениях национал-социализма на территории Западной Германии и за рубежом. С 1958 по 1963 г. Людвигсбургский центр осуществил сбор материалов по 645 преступлениям нацистов, 418 дел были переданы в прокуратуры. По этим делам состоялось 45 судебных процессов против 152 человек⁷.

В 1961 г. прошел еще один громкий процесс, заставивший немцев вспомнить о преступном прошлом своей страны. 15 декабря 1961 г. суд Иерусалима приговорил к смертной казни Адольфа Эйхмана, являвшегося одной из центральных фигур, отвечавших за «окончательное решение еврейского вопроса». Оберштурмбаннфюрер СС Эйхман непосредственно руководил процессом транспортировки европейских евреев в лагеря смерти, сыграл ключевую роль при подготовке и проведении Ванзейской конференции, в претворении в жизнь принятых на ней решений⁸. В 1960 г. при содействии генерального прокурора земли Гессен Фрица Бауэра израильские спецслужбы задержали пре-

¹ Борозняк А. И. Жестокая память. Нацистский рейх в восприятии немцев второй половины XX и начала XXI века. М., 2014. С. 7—9.

² Борозняк А. И. Указ. соч. С. 17—21.

³ Pendas D. O. Der Auschwitz-Prozess. Völkermord vor Gericht. München, 2013. S. 16—17.

⁴ Fait B. Strafverfolgung von NS-Verbrechen. Köln, 1998. S. 19—20.

⁵ Pendas D. O. Op. cit. S. 19; Платошкин Н. Н. Преследование нацистских преступников в ФРГ в 50-е годы // Война и мир. 2007. № 4. С. 75—79.

⁶ Miquel M. «Wir müssen mit den Mördern zusammenleben!» NS-Prozesse und politische Öffentlichkeit in den sechziger Jahren // «Gerichtstag halten über uns selbst...» Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess / Hg. I. Wojak. Frankfurt — New York : Campus, 2001. S. 100.

⁷ Ледях И. А. Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ. М., 1973. С. 94—95.

⁸ Yablonska H. Nazi-Prozesse und Holocaust-Überlebende. Israel 1950—1967 // «Gerichtstag halten über uns selbst...». S. 280—283.

ступника в Буэнос-Айресе, где он долгое время скрывался от правосудия⁹.

Согласно опросам общественного мнения, проводившимся в ФРГ после процесса Эйхмана, 85 % немцев поддержали вынесение смертного приговора в Иерусалиме. В то же время 53 % граждан высказалось о своем желании поскорее забыть о преступлениях национал-социализма и лишь 8 % заявили, что чувствуют личную вину за содеянное немцами в годы Второй мировой войны¹⁰.

В конце 50 — начале 60-х гг. в немецком обществе все чаще стали проявляться случаи антисемитизма. Специалисты Франкфуртского института социальных исследований в своих работах писали о «вторичной волне антисемитизма» в Германии. Так, 24 декабря 1959 г. в Кёльне были осквернены синагога и памятник жертвам национал-социализма. В период с 1959 г. по февраль 1960 г. правоохранительные органы зарегистрировали 833 подобных случая¹¹.

Не менее впечатляющим было и количество бывших нацистских функционеров, занимавших государственные посты в ФРГ. На протяжении 10 лет должность советника федерального канцлера К. Аденауэра занимал Г. Глобке, который в годы национал-социализма являлся чиновником МВД, разработчиком нацистских расовых законов. Лишь после того, как в 1962 г. Верховный суд ГДР заочно признал Глобке виновным в преступлениях национал-социализма, он был вынужден уйти в отставку¹². С 1959 по 1969 г. на посту федерального президента ФРГ находился Г. Любке. В период Третьего рейха он занимался планированием и сооружением концентрационных лагерей¹³. Дошло до того,

что в 1964 г. по представлению Федерального союза немецкой индустрии президент Любке наградил нагрудным крестом председателя крупного химического завода в Оберхаузене Г. Бютерфиша. В годы войны тот являлся одним из руководителей IG Farbenkonzern, активно эксплуатировавшего рабский труд узников Аушвица¹⁴. В 1965 г. в ГДР была издана «Коричневая книга», содержащая подробную информацию о 1 800 нацистских преступниках, которые занимали высокие должности в государственном аппарате, экономике, вооруженных силах, органах юстиции, на дипломатической службе, в сфере образования и науки ФРГ¹⁵.

Один из наиболее последовательных сторонников идеи очищения западногерманских органов власти от засилья бывших нацистских функционеров — прокурор Фриц Бауэр — неоднократно публично высказывался об опасности нацистского реванша в ФРГ¹⁶. В интервью датской газете ВТ в феврале 1963 г., рассуждая о современной политической ситуации в Западной Германии, он высказал предположение: «Новый Гитлер не был бы отвергнут»¹⁷.

Именно Ф. Бауэр стал основным инициатором и главной движущей силой Франкфуртского процесса 1963—1965 гг., заложившего основы коренных изменений в немецкой культуре памяти. Благодаря этому процессу миллионы немцев узнали о вопиющих преступлениях нацистов в концентрационном лагере и лагере смерти Аушвиц. История Франкфуртского процесса получила основательное рассмотрение в трудах немецких исследователей¹⁸. Автором фундаментального труда о процессе является американский историк Д. Пендас¹⁹. В то же время в постсоветской историко-правовой на-

⁹ Rautenberg E. C. Die Bedeutung des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer für die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht // Forschungsjournal Soziale Bewegung. 2015. Heft 4. S. 169.

¹⁰ Miquel M. Op. cit. S. 103.

¹¹ Борозняк А. И. Указ. соч. С. 54.

¹² Ледях И. А. Указ. соч. С. 80.

¹³ Ледях И. А. Указ. соч. С. 81.

¹⁴ Nielhieb K. Offizielles Gedenken und politische Wirklichkeit. 50 Jahre nach dem Auschwitz-Prozess // Forschungsjournal Soziale Bewegung. 2015. Heft 4. S. 246.

¹⁵ Ледях И. А. Указ. соч. С. 85.

¹⁶ Rautenberg E. C. Op. cit. S. 162—196.

¹⁷ Steinke R. Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht. München, 2013. S. 211.

¹⁸ См., например: Werle G., Wanders T. Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz. München, 1995; «Gerichtstag halten über uns selbst...»; Renz W. Auschwitz vor Gericht. Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963—1965) // URL: <http://www.fritz-bauer-institut.de/auschwitz-prozess-ausstellung.98.html> (дата обращения: 22.01.2018).

¹⁹ Pendas D. O. Op. cit.

уже тема уголовного преследования нацистских преступников в Германии остается мало исследованной²⁰. На наш взгляд, изучение правовых механизмов, посредством которых немецкое общество продвигалось по пути преодоления прошлого, осознания вины и ответственности немцев за злодеяния национал-социализма, должно содействовать взаимопониманию и примирению Германии со странами, пострадавшими от нацистской агрессии, всеобщему признанию недопустимости повторения прошлого, уважению к правам человека и достоинству личности.

Предыстория Франкфуртского процесса началась в марте 1958 г. Бывший узник Аушвица Адольф Рёгнер (немец, отбывавший наказание в концлагере за совершение уголовного преступления) обратился в прокуратуру Штутгарта с заявлением, в котором указал, что ему известно место проживания бывшего сотрудника гестапо, служившего в Аушвице, Вильгельма Богера. Рёгнер обстоятельно описал преступную деятельность Богера, а также указал фамилии других нацистов, совершавших преступления в лагере (Г. Штарк, К. Дылевский, Й. Клер, П. Бруд). В мае 1958 г. штутгартская прокуратура обратилась за свидетельскими показаниями в Международный аушвицкий комитет — общественную организацию, объединявшую бывших узников Аушвица. Свидетельства председателя комитета Г. Лангбайна и других бывших узников подтвердили показания А. Рёгнера. В октябре 1958 г. В. Богер был задержан. Спустя месяц материалы по делу Богера и других нацистов были переданы для расследования в Людвигсбургский центр²¹.

В это же время новые факты о преступлениях эсэсовцев в Аушвице стали известны прокуратуре Франкфурта-на-Майне. В январе 1959 г. немецкий журналист Т. Гнилка передал прокурору Ф. Бауэру оригинальные документы, касающиеся функционирования концлагеря Аушвиц. Среди этих документов находился список, содержащий 37 фамилий сотрудников СС, принимавших участие в расстрелах узников лагеря. Копии данных документов Ф. Бауэр направил

в Людвигсбург, где продолжалось расследование аушвицкого дела²².

В феврале 1959 г. Фриц Бауэр выступил с инициативой передачи всех дел, касающихся преступлений, совершенных в Аушвице, прокуратуре Франкфурта-на-Майне. В апреле 1959 г. вышло соответствующее постановление Уголовного сената Верховного суда в Карлсруэ. В ближайшие месяцы материалы, собранные прокуратурой Штутгарта и Людвигсбургским центром, были направлены во Франкфурт. Ведение следствия было поручено молодым сотрудникам франкфуртской прокуратуры Й. Кёглеру и Г. Фогелю. Позже к следственной группе присоединился Г. Визе²³. Сам же Ф. Бауэр отказался от прямого участия в процессе. Будучи выходцем из еврейской семьи, генпрокурор опасался обвинений в предвзятости и стремлении к мести. Однако и на стадии следствия, и во время судебного разбирательства Бауэр выступал негласным руководителем сначала следственной группы, затем стороны обвинения²⁴.

Расследование продолжалось более четырех лет. Существенную помощь следствию в поиске свидетелей оказали Международный аушвицкий комитет и различные организации Израиля. Прокуратурой была разработана специальная анкета, предназначенная для рассылки потенциальным свидетелям в разные страны мира. В итоге было опрошено около 1 500 человек, следственной группе удалось идентифицировать 599 эсэсовцев, проходивших службу в Аушвице. Материалы следствия составили 51 том²⁵.

Несмотря на сложности, связанные с холодной войной, в августе 1960 г. следственная группа выехала в Польскую Народную Республику. В качестве неофициальных лиц сотрудники прокуратуры посетили государственный музей Аушвиц-Биркенау в Освенциме, созданный на месте концлагеря. При содействии музейных работников немецкие правоохранители собрали ценные для следствия материалы²⁶.

В ходе расследования проводились аресты преступников. 20 декабря 1960 г. был арестован последний комендант Аушвица Рихард Баер, скрывавшийся в Брауншвейге под вымышлен-

²⁰ См., например: Платошкин Н. Н. Указ. соч. С. 75—79.

²¹ Pendas D. O. Op. cit. S. 27—38.

²² Renz W. Op. cit. S. 17—20.

²³ Renz W. Op. cit. S. 19—20.

²⁴ Steinke R. Op. cit. S. 216—217.

²⁵ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 52—53.

²⁶ Renz W. Op. cit. S. 23.

ным именем К. Нойман. Именно Баер являлся главным фигурантом дела. Еще до начала судебного разбирательства 17 июня 1963 г. он умер в камере от сердечного приступа. После этого центральной фигурой процесса стал адъютант коменданта лагеря Роберт Мулька. Как вспоминал прокурор Й. Кёглер, Мулька был пойман по воле случая: во время летних Олимпийских игр в Риме (1960 г.) немецкие медиа сообщали, что олимпийской медали по парусному спорту был удостоен некий Мулька. Правоохранители выяснили, что это сын бывшего адъютанта. Так благодаря победе немецкого спортсмена был пойман нацистский преступник²⁷. Всего же на скамье подсудимых оказалось 22 человека: 20 офицеров СС (сотрудники администрации, службы охраны, лагерного гестапо, медицинского подразделения) и 2 бывших узника, являвшихся старостами блоков (так называемые «капо»). Против 10 человек были выдвинуты обвинения в убийствах. Еще 10 вменялось пособничество в убийствах²⁸. Только 9 обвиняемых находились в заключении, остальным 13 было разрешено оставаться под залогом на свободе²⁹.

Современники процесса писали, что подсудимые создавали впечатление самых обычных людей, были одеты в элегантные костюмы, в перерывах между заседаниями курили сигареты, пили кофе и кока-колу. Все они занимали достойное место в немецком обществе, имели хорошую работу: аптекарь, инженер, предприниматель, завхоз, бухгалтер, банковский служащий и т.д. Так, успешный бизнесмен Р. Мулька регулярно в период между заседаниями суда возвращался из Франкфурта в Гамбург, чтобы лично руководить своим предприятием. Подсудимый О. Кадук, обвинявшийся в особой жестокости к узникам и убийстве более чем 1 000 человек, до момента задержания работал медбратом в доме престарелых. За особо трепетное отношение к своим подопечным среди пожилых людей он получил прозвище «папа Кадук»³⁰. Бывший узник Аушвица К. Сиковский

вспоминал, что, войдя в зал судебного заседания, он не мог отыскать в нем brutальных эсэсовцев, принесших ему столько страданий. Лишь спустя некоторое время в лицах «нормальных людей», сидящих в зале, ему удалось распознать своих мучителей³¹.

Судебный процесс начался 20 декабря 1963 г. Заседания проходили в пленарном зале Франкфуртской ратуши. В марте 1964 г. процесс переместился в новый театральный зал Gallus, вмещавший несколько тысяч зрителей. Суд присяжных состоял из 3 судей (председатель — Ганс Хофмейер) и 6 присяжных. Обвинение поддерживали 4 прокурора и 3 частных обвинителя. Сторону защиты представляло 19 адвокатов. С первого же дня зал судебного заседания был переполнен зрителями и журналистами. Председатель суда разрешил снимать видео и фотографировать лишь в первые 15 минут процесса. В это время в зале находились 12 съемочных групп, более 200 журналистов из различных стран мира³².

В ходе процесса суд заслушал показания 360 свидетелей, из которых 221 — бывшие узники Аушвица. Сбор свидетельских показаний был сопряжен с большими трудностями для государственного обвинения. Значительное число бывших узников концлагеря проживало за пределами ФРГ. По данным, которые приводит в своем исследовании В. Ренц, 188 свидетелей прибыло на процесс из-за границы, среди них 68 человек из Польши, 24 — из Израиля, 21 — из СССР, 17 — из Австрии, 12 — из США³³.

В разгар холодной войны посещение Западной Германии гражданами стран социалистического лагеря являлось практически невозможным. Однако прокуратуре Франкфурта ценой огромных усилий удалось организовать приезд свидетелей из Польши, Советского Союза, ГДР³⁴. Можно отметить, что Франкфуртский процесс в определенной степени способствовал налаживанию дипломатических контактов между странами, находящимися по разные стороны «железного занавеса».

²⁷ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 52.

²⁸ Renz W. Op. cit. S. 25—29, 32, 35.

²⁹ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 56.

³⁰ Steinke R. Op. cit. S. 180.

³¹ Plato A. Vom Zeugen zum Zeitzeugen. Die Zeugen der Anklage im ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963—1965) // «Gerichtstag halten über uns selbst...». S. 202—203.

³² Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 55, 56.

³³ Renz W. Op. cit. S. 59.

³⁴ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 53.

Существенную помощь в организации приезда на процесс бывших узников из Польши оказал Международный аушвицкий комитет. Более того, прокурору Ф. Бауэру во взаимодействии с председателем вышеназванного комитета Г. Лангбайном удалось организовать выезд участников процесса в Польшу. В период с 14 по 16 декабря 1964 г. судья, прокуроры и адвокаты посетили музейный комплекс Аушвиц-Биркенау. Делегацию сопровождал директор музея, бывший узник Аушвица Казимир Смолен. Благодаря поездке на место событий суду удалось установить факты, подтверждающие правдивость показаний свидетелей. Дело в том, что некоторые свидетели из числа бывших узников лагеря утверждали, что самолично видели из окон первого этажа блока 11, как эсэсовцы расстреливали людей у «черной стены», находившейся во дворе этого блока. Однако адвокаты подсудимых ставили под сомнение такие показания, утверждая, что двор не был доступен для обзора из здания. В ходе посещения места событий суд убедился в том, что расстрельная стена действительно была доступна для обзора из окон блока³⁵.

Свидетелям, прибывающим во Франкфурт для участия в процессе, необходимо было оказать достойный прием. Ф. Бауэр писал, что на суде будут давать показания не обычные свидетели: это будут люди с вытатуированными на теле порядковыми номерами³⁶. Гессенский прокурор предвидел возможные психологические проблемы: бывшие узники посещали Германию впервые, и также впервые после войны они вновь должны были услышать немецкую речь, многие по-прежнему испытывали чувство страха перед немцами, встреча бывших узников с их мучителями могла принести новые душевные страдания³⁷. О поддержке этих людей западногерманским государством в те годы речь не шла. Заботу о пребывающих во Франкфурт свидетелях принимали на себя волонтеры. Во взаимодействии с Ф. Бауэром молодые активисты сопровождали бывших узников, организовывали для них досуг³⁸. Таким образом осуществлялись первые попытки общества взять на

себя ответственность за преступления национал-социализма, повернуться лицом к жертвам и направить усилия на искупление вины за деяния, совершенные предшествующим поколением немцев.

Свидетель из Польши Анна Паларчикова после завершения Франкфуртского процесса призналась, что долгие годы после освобождения из лагеря она мечтала о правосудии, в ее голове регулярно возникала картина уголовного процесса, с невероятным волнением она ждала встречи с преступниками в зале судебного заседания. Бывший узник Аушвица Казимир Якоб вспоминал ситуацию: во время процесса, находясь в комнате ожидания для свидетелей, он разговорился с человеком, сидящим по соседству. Доверяя последнему свои душевные переживаниями, К. Якоб был полностью уверен, что общается с таким же пострадавшим, как и он. Однако в конце их беседы выяснилось, что рядом с ним сидел бывший эсэсовец, охранник лагеря, который также был вызван в суд в качестве свидетеля. Еще одна бывшая узница из Польши описала свое состояние в момент, когда в коридоре суда она случайно столкнулась с обвиняемым, сотрудником лагерного гестапо Пери Брудом. Женщина застыла в оцепенении после того, как поймала на себе насмешливый взгляд преступника³⁹.

В ходе заслушивания показаний свидетелей перед участниками процесса и многочисленными зрителями постепенно разворачивалась ужасающая картина функционирования лагеря смерти. Для присутствующих стало очевидным, что обвиняемые и их жертвы говорили на одном, понятном только им языке. Без труда они понимали друг друга, описывая места, где происходили те или иные события. Показания свидетелей и преступников изобиловали лагерным жаргоном. Так, «музельманом» (Muselmann) они называли узников, доведенных до полного изнеможения, находящихся в предсмертном состоянии. «Заниматься спортом» означало, что узники принуждались делать бессмысленную физическую работу до потери сознания. «Канадой» называли секцию

³⁵ Steinbacher S. «Protokoll vor der Schwarzen Wand». Die Ortbesichtigung des Frankfurter Schwurgerichts in Auschwitz // «Gerichtstag halten über uns selbst...». S. 61—96.

³⁶ Bauer F. Nach den Wurzeln des Bösen fragen // Forschungsjournal Soziale Bewegung. 2015. Heft 4. S. 120.

³⁷ Plato A. Op. cit. S. 202—203.

³⁸ Der Erste Frankfurter Auschwitz-Prozess 1963—1965 // Fritz Bauer Archiv. URL: <http://www.fritz-bauer-archiv.de/index.php/genocidium/auschwitz-vor-gericht> (дата обращения: 15.01.2018).

³⁹ Plato A. Op. cit. S. 213, 203.

лагеря, где складировалось имущество, отобранное у евреев, отправленных в газовые камеры. «Мексикой» именовали промежуточный лагерь, где была наибольшая смертность узников, так как последних лишали воды и одежды. Люди были вынуждены прикрывать наготу чем придется. Их одеяния напоминали нацистам «мексиканцев»⁴⁰.

Суду открывались чудовищные факты нацистских преступлений. Приведем лишь некоторые примеры. Свидетель Ян Вайс, работавший в лагере в санитарной бригаде узников, свидетельствовал против обвиняемого Йозефа Клера, обершарфюрера СС, сотрудника врачебной службы Аушвица. Й. Клер уколол фенолом в сердце на глазах Я. Вайса убил его отца. Доктор Чеслав Гловацкий, который, будучи узником Аушвица, выполнял функции врача для заключенных, во время дачи показаний подтвердил, что Й. Клер виновен в умерщвлении около 10 тыс. узников лагеря⁴¹.

Согласно утверждениям бывших узников, особой жестокостью отличался обвиняемый Вильгельм Богер. Для осуществления пыток В. Богер придумал специальный способ, получивший название «качели Богера»: узник, подвешенный на турнике вверх ногами, получал удары плетью по половым органам до тех пор, пока не терял сознание. Бывшая узница Дуня Вассерштром вспоминала на процессе, как В. Богер убил еврейского мальчика, который встретился ему в лагере с яблоком в руке. Нацист поднял выпавшее из рук ребенка яблоко и принялся его жевать⁴². Среди узников Богер получил прозвище «ходячая смерть»⁴³.

Об уничтожении 8 тыс. узников из числа советских военнопленных зимой 1943—1944 гг. свидетельствовал гражданин СССР Александр Лебедев. Он утверждал, что в расстреле советских комиссаров-военнопленных принимал участие обвиняемый Ганс Штарк, сотрудник политического отдела лагеря⁴⁴.

Свидетель Натан Якобович, выполнявший в Аушвице функции парикмахера, вспоминал,

как однажды ему пришлось брить обвиняемого на процессе унтершарфюрера СС Освальда Кадука. Перед началом бритья нацист заявил узнику, что убьет его, если тот допустит на его лице хоть малейший порез. Н. Якобович мысленно попрощался со своей семьей и выбрал самую острую бритву. Про себя парикмахер решил, что он перережет лезвием горло эсэсовцу, как только увидит, что допустил порез на его лице. Но волей судьбы бритье прошло безукоризненно. На суде свидетель высказал сожаление, что не совершил задуманное: он мог бы спасти жизни многим узникам⁴⁵.

Ввиду того что документальные доказательства вины подсудимых практически не сохранились, именно показания свидетелей легли в основу обвинения. Это обстоятельство давало защите основания настаивать на сомнительности фактов, о которых говорили бывшие узники. По словам адвокатов, такие показания носили субъективный характер, спустя 20 лет человек не способен с точностью воспроизвести события того времени. Довольно часто отношение адвокатов к свидетелям выходило за рамки приличия, было оскорбительным⁴⁶.

Наибольшим цинизмом отличался известный в Германии еще со времени Нюрнбергского процесса адвокат Ганс Латернзер. Он пытался поймать свидетелей на малейших неточностях и сразу же обвинял их в лжесвидетельствовании. Его замысел заключался в следующем. Г. Латернзер просил бывшего узника назвать точную дату и время того или иного события, о котором рассказывал свидетель. Если последний затруднялся выполнить просьбу адвоката, Латернзер обвинял его во лжи. Если же свидетель рассказывал обо всем с предельной точностью, адвокат обрушивался на него с претензиями, что такие подробности невозможно припомнить спустя два десятилетия. Особой критики Ганса Латернзера «удостаивались» бывшие узники, приехавшие на процесс из стран социалистического лагеря. Все они, согласно его утверждениям, были хорошо подго-

⁴⁰ Plato A. Op. cit. S. 213.

⁴¹ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 72, 73.

⁴² Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 65—67.

⁴³ Vernehmung des Zeugen Aleksandr Lebedev. 95. Verhandlungstag, 01.10.1964 und 96. Verhandlungstag, 02.10.1964. S. 45 // URL: <http://www.fritz-bauer-institut.de/auschwitz-prozess-ausstellung.98.html>. (дата обращения: 18.12.2017).

⁴⁴ Vernehmung des Zeugen Aleksandr Lebedev. S. 59, 114.

⁴⁵ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 71.

⁴⁶ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 64.

товленными «агентами-коммунистами», действовавшими по указке советских спецслужб. Г. Латернзер призывал суд не принимать во внимание показания таких свидетелей. По мнению адвоката, показания свидетелей-евреев также не должны были учитываться судом присяжных, так как они были продиктованы исключительно «жаждой мести»⁴⁷. Довольно часто суду приходилось выступать в защиту свидетелей и требовать от адвокатов уважительного отношения к людям, пережившим ужасы лагеря смерти⁴⁸.

Стратегия защиты, которую избрал Г. Латернзер, поражала своей изобретательностью. Адвокат защищал врачей СС В. Капесиуса, В. Франка и В. Шатца, которые проводили селекцию (отбор) прибывших в Аушвиц узников-евреев: работоспособных они направляли в лагерь для последующей эксплуатации их рабского труда, а «непригодных» для работы — напрямую в газовые камеры. Латернзер настаивал, что его подзащитные не решали вопрос о «жизни или смерти» узников, а, наоборот, своими действиями спасали их, «давали шанс» на выживание многим евреям, приговоренным режимом Гитлера к смерти⁴⁹.

Все адвокаты в один голос утверждали, что обвиняемые лишь выполняли приказы вышестоящих лиц, они верили в правомерность своих деяний, не осознавали их преступного характера. Так, адвокат Фертиг в ходе процесса заявлял, что правосудие ФРГ «уподобляется» режиму национал-социализма, совершает насилие над своими гражданами: в годы Третьего рейха государство вынуждало подсудимых действовать согласно приказам фюрера, а теперь наказывает за их «законопослушание»⁵⁰.

В итоге никто из подсудимых не признал своей вины. На большинство вопросов суда они отвечали молчанием, уверяли, что «ничего не помнят» либо им «не известно» об упоминаемых в ходе процесса преступлениях. Зачитывая

приговор, председательствующий судья с сожалением отметил, что из уст подсудимых так и не прозвучало ни слова раскаяния, никто не обратился к присутствующим на процессе жертвам и их родственникам со словами сожаления и покаяния⁵¹. Обвиняемый В. Богер в своем последнем слове заявил, что лично для него Аушвиц не был местом массового уничтожения евреев, свою деятельность в лагере он рассматривал как вклад в подавление польского сопротивления и борьбу с большевизмом⁵². Речь унтершарфюрера СС Й. Шоберта изобиловала сочувствием к судьбе немецких солдат, которые «также являлись жертвами национал-социализма». Надзиратель лагеря Б. Шлаге стал рассказывать суду о преступлениях против его семьи «во время оккупации Отечества» войсками союзников, о том, что свидетели пытались оклеветать его «из чувства ненависти и мести»⁵³. Блокфюрер С. Баретский утверждал, что «был верен своей Родине», каждый приказ начальства он считал «святым»⁵⁴. Бывший узник Аушвица Э. Беднарек (староста блока), обвинявшийся в убийствах и жестоком отношении к подчиненным, настаивал, что он тоже жертва нацизма: не будь Аушвица, он никогда не попал бы под суд⁵⁵. И только подсудимый Ганс Штарк высказал сожаление о содеянном в Аушвице. В своей речи он подчеркивал, что вступил в ряды СС, когда ему было 16 лет, на службу в концлагерь был направлен в 19-летнем возрасте, его «молодое сознание» было «опутано» нацистской идеологией, теперь ему стыдно за свое прошлое⁵⁶.

Государственные обвинители настаивали на том, что подсудимые добровольно проходили службу в концлагере, им было хорошо известно, что основной целью функционирования Аушвица являлось массовое уничтожение людей. Ф. Бауэр утверждал, что обвиняемые, в независимости от того, какую должность в лагере они занимали и какие функции выполняли,

⁴⁷ Dirks C. Selekteure als Lebensretter. Die Verteidigungsstrategie des Rechtsanwalts Dr. Hans Laternser // «Gerichtstag halten über uns selbst...». S. 172—178.

⁴⁸ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 64.

⁴⁹ Dirks C. Op. cit. S. 170—180.

⁵⁰ Renz W. Op. cit. S. 71—73.

⁵¹ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 87—90.

⁵² Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 83.

⁵³ Renz W. Op. cit. S. 75.

⁵⁴ Renz W. Op. cit. S. 74.

⁵⁵ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 79.

⁵⁶ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 57.

осознанно участвовали в совершении коллективного преступления — геноцида еврейского народа. Франкфуртские прокуроры стремились доказать, что под судом находились не безвольные исполнители приказов фюрера, а люди, разделявшие идеологию национал-социализма, последовательно осуществлявшие общий преступный замысел⁵⁷.

В подтверждение своей позиции сторона обвинения ходатайствовала о приглашении на процесс многочисленных экспертов, профессиональных историков из Института современной истории в Мюнхене, специалистов по истории национал-социализма из ведущих университетов Германии (Бонн, Берлин). Применяя новейшие для того времени технические средства, на огромном экране, установленном в зале судебного заседания, эксперты демонстрировали уникальные документы, проливавшие свет на создание и функционирование нацистских концентрационных лагерей и лагерей смерти. Специалисты в подробностях описывали структуру и специфику деятельности СС, механизмы политико-правовой и культурной дискриминации евреев, инструменты «окончательного решения еврейского вопроса», особенности нацистской политики по отношению к полякам⁵⁸.

В ответ на экспертные заключения адвокат Г. Латернзер с раздражением отмечал, что выступления историков «являются пустым сотрясанием воздуха», их общая информация не способна повлиять на установление вины конкретных лиц⁵⁹. Инициатор выступлений экспертов Ф. Бауэр прекрасно понимал, что заключения историков имели в первую очередь просветительский характер. Прокурор стремился, чтобы таким образом миллионы немецких граждан увидели деяния отдельных нацистских преступников в общем контексте преступной политики Третьего рейха⁶⁰.

В то же время выступления экспертов не были лишены и важного прикладного значения. Опираясь на заключения специалистов,

обвинителям удалось опровергнуть аргументы защиты о том, что подсудимые под угрозой собственной жизни были вынуждены выполнять преступные приказы руководства: историками не было выявлено ни одного случая, когда служащие СС были бы наказаны за отказ от совершения убийств. По словам экспертов, максимально строгим наказанием для эсэсовца за отказ выполнять приказ была отправка на фронт⁶¹.

На протяжении двух дней, с 19 по 20 августа 1965 г., судья Г. Хофмейер зачитывал приговор суда присяжных. 6 подсудимых были приговорены к пожизненному заключению: О. Кадук был признан виновным в убийстве 1 000 человек, Ф. Хофманн — 2 250 человек, В. Богер — 1 010 человек, Й. Клер — 2 730 человек, С. Барецкий — 8 250 человек, Э. Беднарк — 14 человек⁶². Еще 11 подсудимых получили различные сроки заключения (от 3 до 14 лет) за пособничество в убийствах. Так, адъютанту Р. Мульке, организовавшему процесс регулярной доставки в Аушвиц отравляющего вещества «Циклон Б», удалось избежать высшей меры наказания. Он был признан виновным в пособничестве в убийстве 3 000 человек и приговорен к 14 годам лишения свободы. Трое обвиняемых были оправданы. Один умер в ходе процесса, еще один был отпущен в связи с тяжелой болезнью⁶³.

Судебный приговор стал разочарованием как для стороны обвинения, так и для многочисленных жертв национал-социализма. Фриц Бауэр признавался, что был готов к столь мягкому приговору суда. Поэтому основной целью процесса он видел не наказание конкретных преступников, а пробуждение всего немецкого общества, прекращение эпохи забвения, раскрытие правды о преступлениях национал-социализма⁶⁴.

В первые послевоенные десятилетия немцы воспринимали информацию о преступлениях в нацистских концлагерях как «происки пропаганды победителей»⁶⁵. В ходе процесса

⁵⁷ Steinke R. Op. cit. S. 202—207.

⁵⁸ Renz W. Op. cit. S. 42—50.

⁵⁹ Renz W. Op. cit. S. 45.

⁶⁰ Steinke R. Op. cit. S. 194.

⁶¹ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 57—58.

⁶² Renz W. Op. cit. S. 88—90.

⁶³ Werle G., Wanders T. Op. cit. S. 86.

⁶⁴ Steinke R. Op. cit. S. 195.

⁶⁵ Rautenberg E. C. Op. cit. S. 166.

в прокуратуру Франкфурта и лично Ф. Бауэру неоднократно поступали анонимные письма с угрозами и предупреждениями о том, что обвинителей настигнет кара за преследование бывших немецких военнослужащих. Правоохранители были вынуждены организовать тщательный досмотр посещающих зал судебного заседания, чтобы предотвратить теракт⁶⁶.

Благодаря процессу немецкая общественность узнала правду об ужасающих преступлениях офицеров СС, сотрудников администрации и охраны, медицинских работников Аушвица. Судебное разбирательство подробно освещалось в немецкой и зарубежной прессе. Только за 1965 г. в ФРГ и ГДР вышло около 1 500 газетных публикаций о Франкфуртском процессе⁶⁷. В зале суда побывало около 20 тыс. человек. Регулярно судебные заседания целыми классами вместе с учителями посещали школьники⁶⁸. Франкфуртский процесс нашел широкое отражение в немецком искусстве⁶⁹. Драматург П. Визе написал пьесу «Дознание. Ораторий в одиннадцати песнопениях» о судебном разбирательстве во Франкфурте-на-Майне. Диалоги главных героев произведения с точностью повторяли высказывания участников процесса. По признанию театральных критиков, премьера пьесы стала значительным событием в истории послевоенной немецкой драматургии. Только за октябрь 1965 г. постановка собрала полные залы на 15 театральных сценах Германии⁷⁰. Параллельно с судебным процессом во франкфуртской церкви Святого Павла была организована тематическая выставка, на которой были представлены экспонаты, собранные следствием в Аушвице⁷¹.

Таким образом, цель Франкфуртского процесса далеко превзошла уголовное наказание отдельных нацистских преступников. Процесс стал поворотным пунктом в ходе преодоления (осмысления) немцами своего недавнего прошлого, осознания ответственности немецкого общества за преступления национал-социализма, формирования современной культуры памяти, в центре которой находятся жертвы нацистского режима. Франкфуртский процесс позволил преодолеть анонимность (обезличенность) жертв национал-социализма, представил обществу достоверные факты о поломанных судьбах конкретных людей. Бывшие узники, приехавшие во Франкфурт из различных стран мира, чтобы дать свои свидетельские показания, получили возможность во всеуслышание заявить о пережитых унижениях и страданиях. Многие из узников, свидетельствовавших на процессе, в дальнейшем стали свидетелями истории: они взяли на себя миссию выступать перед общественностью, нести правду о злодеяниях нацистов⁷². На весь мир прозвучали их свидетельства о беспрецедентных в истории человечества преступлениях национал-социализма, о Катастрофе европейских евреев.

Постепенно память о жертвах Аушвица (в лагере было уничтожено 1 100 000 человек, из них около 960 000 составляли евреи⁷³) закреплялась в сознании немцев. В немецком общественном дискурсе название «Аушвиц» приобретало значение, синонимичное понятию «Холокост». Нарратив Аушвица, повествующий о геноциде и попрании человеческого достоинства, стал основой современной немецкой идентичности⁷⁴.

⁶⁶ *Wojak I.* «Die Mauer des Schweigens durchbrochen». Der erste Frankfurter Auschwitz-Prozess. 1963—1965 // «Gerichtstag halten über uns selbst...». S. 23—24.

⁶⁷ Fritz Bauer Archiv. URL: <http://www.fritz-bauer-archiv.de/index.php/biographie/kleine-chronik> (дата обращения: 11.01.2018).

⁶⁸ *Knigge-Tesche R.* «...Weit mehr als ein Gerichtsverfahren...» Der Auschwitz-Prozess in Frankfurt-am-Main // Blickpunkt Hessen. 2013. № 16. S. 20.

⁶⁹ *Braese S.* «In einer deutschen Angelegenheit» — Der Frankfurter Auschwitz-Prozess in der westdeutschen Nachkriegsliteratur // «Gerichtstag halten über uns selbst...». S. 217—244.

⁷⁰ *Steitz K.* Juristische und Epische Verfremdung. Fritz Bauers Kritik am Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963—1965) und Peter Weiss' Dramatische Prozessbearbeitung «Die Ermittlung. Oratorium in 11 Gesängen» (1965) // German Studies Review. 2017. № 40. S. 79—101.

⁷¹ *Werle G., Wanders T.* Op. cit. S. 41—44.

⁷² См.: *Plato A.* Op. cit. S. 193—215.

⁷³ Pro Memoria. 1939—1945 / Komitet redakcyjny Głównego urzędu statystycznego ; red. gł. H. Dmochowska. Warszawa : Zakład Wydawnictw Statystycznych, 2015.

⁷⁴ См.: *Assmann A.* Der lange Schatten der Vergangenheit. Erinnerungskultur und Geschichtspolitik. München, 2006 ; *Frei N., Steinbacher S.* Auschwitz. Die Stadt, das Lager und die Wahrnehmung der Deutschen // Auschwitz. Sechs Essays zu Geschehen und Vergegenwärtigung / Hg. K.-D. Henke. Dresden, 2001. S. 37—51.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Борозняк А. И.* Жестокая память. Нацистский рейх в восприятии немцев второй половины XX и начала XXI века. — М. : Полит. энциклопедия, 2014. — 352 с.
2. *Ледях И. А.* Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ. — М. : Юрид. лит., 1973. — 162 с.
3. *Платошкин Н. Н.* Преследование нацистских преступников в ФРГ в 50-е годы // *Война и мир.* — 2007. — № 4. — С. 75—79.
4. *Assmann A.* Der lange Schatten der Vergangenheit. Erinnerungskultur und Geschichtspolitik. — München : C. H. Beck, 2006. — 320 S.
5. *Bauer F.* Nach den Wurzeln des Bösen fragen // *Forschungsjournal Soziale Bewegung.* — 2015. — Heft 4. — S. 120—124.
6. *Braese S.* «In einer deutschen Angelegenheit» — Der Frankfurter Auschwitz-Prozess in der westdeutschen Nachkriegsliteratur // «Gerichtstag halten über uns selbst...» Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess / Hg. I. Wojak. — Frankfurt — New York : Campus, 2001. — S. 217—244.
7. Der Erste Frankfurter Auschwitz-Prozess 1963—1965 // *Fritz Bauer Archiv.* URL: <http://www.fritz-bauer-archiv.de/index.php/genocidium/auschwitz-vor-gericht>.
8. *Dirks C.* Selekteure als Lebensretter. Die Verteidigungsstrategie des *Rechtsanwalts Dr. Hans Laternser* // «Gerichtstag halten über uns selbst...» Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess / Hg. I. Wojak. — Frankfurt — New York : Campus, 2001. — S. 163—192.
9. *Fait B.* Strafverfolgung von NS-Verbrechen. — Köln : Jan Bruners, 1998. — 36 S.
10. *Frei N., Steinbacher S.* Auschwitz. Die Stadt, das Lager und die Wahrnehmung der Deutschen // *Auschwitz. Sechs Essays zu Geschehen und Vergegenwärtigung* / Hg. K.-D. Henke. — Dresden : Technische Universität Dresden, 2001. — S. 37—51.
11. «Gerichtstag halten über uns selbst...» Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess / Hg. I. Wojak. — Frankfurt — New York : Campus, 2001. — 356 S.
12. *Knigge-Tesche R.* «...Weit mehr als ein Gerichtsverfahren...» Der Auschwitz-Prozess in Frankfurt-am-Main // *Blickpunkt Hessen.* — 2013. — № 16. — 26 S.
13. *Miquel M.* «Wir müssen mit den Mördern zusammenleben!» NS-Prozesse und politische Öffentlichkeit in den sechziger Jahren // «Gerichtstag halten über uns selbst...» Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess / Hg. I. Wojak. — Frankfurt — New York : Campus, 2001. — S. 97—116.
14. *Nielhiesel K.* Offizielles Gedenken und politische Wirklichkeit. 50 Jahre nach dem Auschwitz-Prozess // *Forschungsjournal Soziale Bewegung.* — 2015. — Heft 4. — S. 235—247.
15. *Pendas D. O.* Der Auschwitz-Prozess. Völkermord vor Gericht. — München : Siedler Verlag, 2013. — 431 S.
16. *Plato A.* Vom Zeugen zum Zeitzeugen. Die Zeugen der Anklage im ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963—1965) // «Gerichtstag halten über uns selbst...» Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess / Hg. I. Wojak. — Frankfurt — New York : Campus, 2001. — S. 193—215.
17. Pro Memoria. 1939—1945 / Komitet redakcyjny Głównego urzędu statystycznego ; red. gł. H. Dmochowska. — Warszawa : Zakład Wydawnictw Statystycznych, 2015. — 42 s.
18. *Rautenberg E. C.* Die Bedeutung des *Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer* für die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht // *Forschungsjournal Soziale Bewegung.* — 2015. — Heft 4. — S. 162—196.
19. *Renz W.* Auschwitz vor Gericht. Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963—1965) // URL: <http://www.fritz-bauer-institut.de/auschwitz-prozess-ausstellung.98.html>.
20. *Steinbacher S.* «Protokoll vor der Schwarzen Wand». Die Ortbesichtigung des Frankfurter Schwurgerichts in Auschwitz // «Gerichtstag halten über uns selbst...» Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess / Hg. I. Wojak. — Frankfurt — New York : Campus, 2001. — S. 61—96.
21. *Steinke R.* Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht. — München : Piper Verlag, 2013. — 348 S.
22. *Steitz K.* Juristische und Epische Verfremdung. Fritz Bauers Kritik am Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963—1965) und Peter Weiss' Dramatische Prozessbearbeitung «Die Ermittlung. Oratorium in 11 Gesängen» (1965) // *German Studies Abstract.* — 2017. — № 40. — S. 79—101.
23. Vernehmung des Zeugen Aleksandr Lebedev. 95. Verhandlungstag, 01.10.1964 und 96. Verhandlungstag, 02.10.1964 // URL: <http://www.fritz-bauer-institut.de/auschwitz-prozess-ausstellung.98.html>.
24. *Werle G., Wanders T.* Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz. — München : C. H. Beck, 1995. — 249 S.

25. *Wojak I.* «Die Mauer des Schweigens durchbrochen». Der erste Frankfurter Auschwitz-Prozess. 1963—1965 // «Gerichtstag halten über uns selbst...» Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess / Hg. I. Wojak. — Frankfurt — New York : Campus, 2001. — S. 21—42.
26. *Yablonka H.* Nazi-Prozesse und Holocaust-Überlebende. Israel 1950—1967 // «Gerichtstag halten über uns selbst...» Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess / Hg. I. Wojak. — Frankfurt — New York : Campus, 2001. — S. 277—292.

Материал поступил в редакцию 26 июля 2018 г.

THE FRANKFURT TRIAL (1963—1965) AND OVERCOMING THE PAST IN GERMANY

GRAKHOTSKIY Aleksandr Pavlovich, PhD in Law, Associate Professor, Head of the International Relations Department of the Gomel State University named after Francisk Skorina
grahocki@gmail.com
246003, Republic of Belarus, Gomel, ul. Sovetskaya, d. 102

Abstract. *In the first post-war decades in Germany the problem of crimes of the Nazi regime was hushed up. Information about the flagrant crimes of the Nazis in the concentration camps was perceived by the Germans as “propaganda of the winners”. The Frankfurt process of 1963-1965 was an event that contributed to the understanding of the criminal past of its country by the German society. Before the court in Frankfurt there appeared 22 Nazi war criminals who were accused of murder and complicity in the killing of prisoners of concentration camps and death camps of Auschwitz. During the trial, horrific facts of mass destruction of people and unprecedented cases of humiliation of human dignity were revealed. The position of the prosecution was that the defendants voluntarily served in Auschwitz, realizing that the main purpose of the operation of the camp is the mass destruction of Jews, purposefully participating in the implementation of a common criminal plan. The defense adhered to the strategy that the defendants were only weak-willed executors of the orders of the highest Nazi leadership and were forced to commit crimes at the risk of their own lives. None of the accused pleaded guilty, and in their closing speeches they expressed neither regret nor remorse to the victims and their relatives. The verdict of the jury was soft: only 6 accused were sentenced to life imprisonment, the rest received various (from 3 to 14 years) terms of imprisonment, three were acquitted. However, the significance of the Frankfurt trial exceeds the purpose of the criminal punishment of the Nazi criminals. The process became a milestone in the course of overcoming by the Germans of their recent past, the awareness of the responsibility of German society for the crimes of national socialism.*

Keywords: *Frankfurt trial, crime, overcoming the past, national socialism, court, Prosecutor’s office, lawyer, witnesses, victims, culture of memory, Germany, Auschwitz, Fritz Bauer, guilt, responsibility, genocide.*

REFERENCES

1. Boroznyak A.I. *Zhestokaya pamyat. natsistskiy reykh v vospriyatii nemtsev vtoroy poloviny XX i nachala XXI veka* [Cruel memory. Nazi Reich in the perception of the Germans of the second half of the 20th and early 21st century]. Moscow: Polit. encyclopedia, 2014. 352 p.
2. Ledyakh I.A. *Natsistskie prestupniki i sudebnaya praktika v FRG* [Nazi criminals and court practice in FRG]. Moscow: Yuridicheskaya Literatura Publ., 1973. 162 p.
3. Platoshkin N.N. *Presledovanie natsistskikh prestupnikov v FRG v 50-e gody* [Persecution of Nazi criminals in FRG in the 50s]. *Voyna i mir* [War and peace]. 2007. No. 4. Pp. 75—79.
4. Assmann A. *Der lange Schatten der Vergangenheit. Erinnerungskultur und Geschichtspolitik*. München : C. H. Beck, 2006. 320 p.
5. Bauer F. *Nach den Wurzeln des Bösen fragen*. *Forschungsjournal Soziale Bewegung*. 2015. Heft 4. P. 120—124.

6. Braese S. "In einer deutschen Angelegenheit" — Der Frankfurter Auschwitz-Prozess in der westdeutschen Nachkriegsliteratur. "Gerichtstag halten über uns selbst..." Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Hg. I. Wojak. Frankfurt-New York : Campus, 2001. P. 217—244.
7. Der Erste Frankfurter Auschwitz-Prozess 1963—1965. Fritz Bauer Archiv. URL: <http://www.fritz-bauer-archiv.de/index.php/genocidium/auschwitz-vor-gericht>.
8. Dirks C. Selekteure als Lebensretter. Die Verteidigungsstrategie des Rechtsanwalts Dr. Hans Laternser. "Gerichtstag halten über uns selbst..." Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Hg. I. Wojak. Frankfurt-New York : Campus, 2001. P. 163—192.
9. Fait B. Strafverfolgung von NS-Verbrechen. Köln : Jan Bruners, 1998. 36 P.
10. Frei N., Steinbacher S. Auschwitz. Die Stadt, das Lager und die Wahrnehmung der Deutschen. Auschwitz. Sechs Essays zu Geschehen und Vergegenwärtigung. Hg. K.-D. Henke. Dresden : Technische Universität Dresden, 2001. P. 37—51.
11. 1396984945 Gerichtstag halten über uns selbst ... "Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Hg. I. Wojak. Frankfurt-New York : Campus, 2001. 356 P.
12. Knigge-Tesche R. "... Weit mehr als ein Gerichtsverfahren ..." Der Auschwitz-Prozess in Frankfurt-am-Main. Blickpunkt Hessen. 2013. No 16. 26 p.
13. Miquel M. "Wir müssen mit den Mördern zusammenleben!" NS-Prozesse und politische Öffentlichkeit in den sechziger Jahren. "Gerichtstag halten über uns selbst..." Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Hg. I. Wojak. Frankfurt-New York : Campus, 2001. P. 97—116.
14. Nielhiesel K. Offizielles Gedenken und politische Wirklichkeit. 50 Jahre nach dem Auschwitz-Prozess. Forschungsjournal Soziale Bewegung. 2015. Heft 4. P. 235—247.
15. Pendas D.O. Der Auschwitz-Prozess. Völkermord vor Gericht. München : Siedler Verlag, 2013. 431 P.
16. Plato A. Vom Zeugen zum Zeitzeugen. Die Zeugen der Anklage im ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963—1965). "Gerichtstag halten über uns selbst..." Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Hg. I. Wojak. Frankfurt-New York : Campus, 2001. P. 193—215.
17. Pro Memoria. 1939—1945. Komitet redakcyjny Głównego urzędu statystycznego; red. gł. H. Dmochowska. Warszawa : Zakład Wydawnictw Statystycznych, 2015. 42 p.
18. Rautenberg E.C. Die Bedeutung des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer für die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht. Forschungsjournal Soziale Bewegung. 2015. Heft 4. P. 162—196.
19. Renz W. Auschwitz vor Gericht. Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963—1965). URL: <http://www.fritz-bauer-institut.de/auschwitz-prozess-ausstellung.98.html>.
20. Steinbacher S. "Protokoll vor der Schwarzen Wand". Die Ortbesichtigung des Frankfurter Schwurgerichts in Auschwitz. "Gerichtstag halten über uns selbst..." Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Hg. I. Wojak. Frankfurt-New York : Campus, 2001. Pp. 61—96.
21. Steinke R. Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht. München : Piper Verlag, 2013. 348 p.
22. Steitz K. Juristische und Epische Verfremdung. Fritz Bowers Kritik am Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963—1965) und Peter Weiss' Dramatische Prozessbearbeitung "Die Ermittlung. Oratorium in 11 Gesängen" (1965). German Studies Abstract. 2017. No. 40. Pp. 79—101.
23. Vernehmung des Zeugen Aleksandr Lebedev. 95. Verhandlungstag, 01.10.1964 und 96. Verhandlungstag, 02.10.1964. URL: <http://www.fritz-bauer-institut.de/auschwitz-prozess-ausstellung.98.html>.
24. Werle G., Wanders T. Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz. München : C.H. Beck, 1995. 249 p.
25. Wojak I. "Die Mauer des Schweigens durchbrochen". Der erste Frankfurter Auschwitz-Prozess. 1963—1965. "Gerichtstag halten über uns selbst..." Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Hg. I. Wojak. Frankfurt-New York : Campus, 2001. Pp. 21—42.
26. Yablonka H. Nazi-Prozesse und Holocaust-Überlebende. Israel 1950—1967. "Gerichtstag halten über uns selbst..." Geschichte und Wirkung des ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess. Hg. I. Wojak. Frankfurt-New York : Campus, 2001. Pp. 277—292.

Д. Р. Зайнутдинов*

ПРАВОСОЦИАЛИСТИЧЕСКАЯ ПРАВОВАЯ МЫСЛЬ В ЭПОХУ РЕВОЛЮЦИИ И ГРАЖДАНСКОЙ ВОЙНЫ В РОССИИ (1917—1918 годы)

Аннотация. В статье рассматривается становление и развитие правосоциалистической правовой мысли на протяжении революционного периода 1917 г. и Гражданской войны 1918 г. В процессе анализа особое внимание уделяется правовым воззрениям и идеям крупнейших теоретиков правосоциалистического лагеря, таким как Г. В. Плеханов, В. М. Чернов, П. Б. Аксельрод, М. В. Вишняк. Работа разделена на четыре взаимосвязанные части. В первой части выявляется факт отсутствия у правосоциалистических групп необходимых проектов правового развития российской государственности для установления социал-демократического режима, чем и вызвано их обращение к правовым концепциям кадетов. Также раскрываются причины оформления правосоциалистическими группами концепции «третьего пути» и ее реализации в антибольшевистской государственности периода 1918 г. Во второй части работы изучается понимание сущности права в социализме, проводится сравнение идеологического подхода к «праву» со стороны правоведов левосоциалистического и правосоциалистического лагеря. Отдельное внимание концентрируется на месте права в учениях социализма и взаимосвязи права с экономикой. В третьей части работы исследуется образ А. И. Гуковского как правоведа правосоциалистического лагеря. Обобщается его характеристика, данная ему правыми эсерами. В образе А. И. Гуковского выявляются общие черты, присущие всем правоведам правосоциалистического лагеря. В четвертой части работы обращается внимание на идею о правах и свободах человека и гражданина в учениях социальной демократии. Для правоведов социальной демократии развитие идеи о правах и свободах человека и гражданина есть не что иное, как материализация самого духа революции, в связи с чем проблематика правового статуса личности в трудах правосоциалистических мыслителей получила особое место. В заключение работы автором делаются выводы о вкладе российских правоведов правосоциалистического лагеря в мировой фонд юридической науки.

Ключевые слова: правосоциалистическая правовая мысль, правоведы, социальная демократия, эсеры, меньшевики, антибольшевизм, революция, Гражданская война, Г. В. Плеханов, В. М. Чернов, П. Б. Аксельрод, А. И. Гуковский.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.159-171

© Зайнутдинов Д. Р., 2019

* Зайнутдинов Динар Рафаилович, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права и публично-правовых дисциплин Казанского инновационного университета имени В.Г. Тимирязова (ИЭУП), руководитель юридического отдела Института социальных и гуманитарных знаний knight_1988@mail.ru
420108, Республика Татарстан, г. Казань, ул. М. Гафури, д. 71

ОТ КОАЛИЦИИ К КОНЦЕПЦИИ «ТРЕТЬЕГО ПУТИ»

Январь 1918 г. для истории России стал событием, подавившим народную волю, вследствие разгона большевиками Всероссийского учредительного собрания. Для мирового масштаба это период, с которого начинается динамичное развитие социал-демократической правовой мысли.

Начало оформления социал-демократической (или правосоциалистической) правовой мысли в России связано с «июньским» и «июльским» кризисами 1917 г.

В результате «июньских» событий обострились отношения внутри самих социалистических кругов. Так, например, была проведена линия между «левым» и «правым» социализмом. А «июльские» события показали слабость теоретико-правовых разработок правосоциалистических групп, в связи с чем была вызвана необходимость обращения к правовым концепциям кадетов с проведением правовой политики, построенной на симбиозе либерально-демократических и социал-демократических постулатов. Примечательно, что лидер меньшевизма Г. В. Плеханов прекрасно понимал, что у правосоциалистического лагеря на момент революционного периода 1917 г. не было необходимых и хорошо продуманных проектов правового развития российской государственности для установления социал-демократического режима. В частности, он отмечал: «Лучшим средством борьбы с распространением утопических лозунгов в среде русского пролетариата явится система широких социальных реформ, выработанная путем всесторонне обдуманного соглашения между революционной демократией и торгово-промышленной буржуазией. Другими словами: чтобы справиться с утопизмом, переживаемая нами буржуазная революция должна отвести законное место социалистической “программе-минимум”»¹. На страницах газеты «Единство» Г. В. Плеханов неоднократно призывал партийные группы не только к политической коалиции, но и к проведению социально-демократической правовой политики, с использованием правовых конструкций либеральной демократии, то есть к созданию

некоего социал-либерально-демократического симбиоза. По сути, призыв Г. В. Плеханова к коалиционному взаимодействию являлся «голосом права» социальной демократии, требующим немедленного юридического оформления завоеваний революции во избежание грядущей анархии. Исключительно в коалиционном взаимодействии Г. В. Плеханов видел путь спасения России: «Коалиция нужна для избежания гражданской войны. Коалиция нужна для упрощения того, что было завоевано революцией. Коалиция нужна для устранения той грозной хозяйственной разрухи, борьба с которой не может быть успешно ведома силами одной революционной демократии»². Тем не менее образованное коалиционное Временное правительство было основано на противоречиях, также в противоречиях и просуществовало до самого конца. Как писал В. М. Чернов, «принимая идею коалиции, люди смотрели назад, а не вперед. Они пытались исправить ошибки прошлого вместо того, чтобы решать проблемы настоящего и будущего... В период объединенных действий либеральная демократия и демократия трудящихся были разделены, а когда они объединились, настал час их естественного размежевания»³. Подобный симбиоз либерально-демократических и социал-демократических идей в правовой политике и лавирование между интересами различных групп во многом были вызваны необходимостью удержания власти и стабилизации ситуации в стране, а не пониманием желания продуктивной работы. Правотворчество как форма реализации правовой политики вскрыло невозможность коалиционного сотрудничества. В симбиозе правовой политики коалиции не удавалось самое главное — формирование модели правового регулирования, которая отображала бы путь развития права. Проводимые реформы отражали их либерально-демократический, а не социально-демократический характер. В этом отношении В. М. Чернов справедливо отмечал: «На первых порах страна нуждалась в формах свободного государства, основанного на общественном законе. Расчищать место для таких форм и создавать их следовало общими усилиями. Но затем встал вопрос о социальном содержании этих

¹ Плеханов Г. В. Год на родине. Полное собрание статей и речей 1917—1918 гг. : в 2 т. Париж : Изд. Поволоцкого, 1921. Т. 2. С. 85.

² Плеханов Г. В. Указ. соч. Т. 2. С. 150.

³ Чернов В. М. Великая русская революция. Воспоминания председателя Учредительного собрания. 1905—1920 / пер. с англ. Е. А. Каца. М. : Центрполиграф, 2007. С. 199.

форм. И тут двум группам пришлось расстаться»⁴. В целом это показало неспособность созданного за пару месяцев правового механизма сдержать радикализм слева и реакцию справа. Тем самым идеологически правосоциалистические круги были поставлены перед выбором — принять «левую концепцию», заключающуюся в радикальных революционных преобразованиях общественных отношений и немедленном принудительном переходе государства к социализму; либо «центристскую концепцию», ставившую задачу буржуазного пути развития, становления правового государства и гражданского общества. Как писал Г. В. Плеханов, «или коалиция с политическими представителями торгово-промышленного класса до кадетов включительно, или торжество ленинской тактики»⁵. Однако большинство представителей правосоциалистических кругов в возможность коалиции уже не верило, как не верили в нее и либерал-демократы с большевиками.

В связи с грядущей катастрофой правосоциалистические группы стали создавать «третью концепцию», позже в истории она получит название «третий путь». Теоретико-правовой основой концепции «третьего пути» должны были стать доктрины и идеи социальной демократии в понимании, отличном от большевистского. Таким образом, можно опровергнуть сложившееся мнение, что концепция «третьего пути» была сформирована в период Гражданской войны, — она родилась уже в середине 1917 г. В то же время концепция «третьего пути» принималась далеко не всеми представителями правосоциалистического лагеря. В частности, Г. В. Плеханов категорически отрицал его необходимость: «Или упрочение революционных завоеваний с помощью всех живых сил страны, или очень быстрое торжество реакций, а следовательно, и гибель всего того, что было завоевано революцией. *Tertium non datur* (третьего нет). И если Совещание 12 сентября [Всероссийское демократическое совещание с 14—22 сентября 1917 г.] созывается для того, чтобы найти “третье”, то можно заранее считать его бесплодной тратой времени и средств»⁶. Анализируя взгляды Г. В. Плеханова, можно выявить, что в его воззрениях сама идея коалиции и есть «третий путь» — альтернативный левосоциа-

листическому и либерально-демократическому вариантам, то есть все тот же симбиоз, но необходимость которого в полной мере осознана. Поэтому он однозначно заявлял: «Вне коалиции для нас нет спасения»⁷. Однако если идея коалиции в революционной действительности еще могла быть осуществлена, то в период Гражданской войны она показала свою нежизнеспособность. Это отчетливо видно на примере созданного Всероссийского временного правительства (Уфимской директории) в результате Государственного совещания в Уфе с 8 по 23 сентября 1918 г. Можно утверждать, что время для реализации идеи коалиции закончилось уже в период «июльского» кризиса, оставив для России выбор только одного из трех режимов: большевистского, правосоциалистического и, наименее вероятного, либерально-демократического.

В целом концепция «третьего пути» представлялась в форме осваивания и переработки либерально-демократических правовых конструкций и проектов для модели социал-демократической правовой политики. В отличие от идеи коалиции, выдвинутой Г. В. Плехановым, в концепции «третьего пути» не подразумевалось равноправное сотрудничество, было лишь заимствование социал-демократии у либерал-демократии, правовой «методики» и правовых «проектов» по реализации правовых доктрин. Иными словами, происходило заимствование опыта. Однако для использования концепции «третьего пути» необходимо было ее легитимировать, что мог осуществить только высший представительный (законодательный) орган — Всероссийское учредительное собрание, носящий в себе идею «высшего суверена». Это доказывает то обстоятельство, что правосоциалистические круги сами хотели запустить «черный передел», но в отличие от большевиков придать этой «стихии» законные формы комплексной аграрной реформы, исходящие из правовой идеи социализации земли. Необходимость скорейшего созыва Всероссийского учредительного собрания у всех правосоциалистических кругов не вызвала сомнений. В процессе деятельности Всероссийского учредительного собрания 5—6 января 1918 г. концепция «третьего пути» начала приобретать

⁴ Чернов В. М. Великая русская революция. С. 199.

⁵ Плеханов Г. В. Указ. соч. Т. 2. С. 144.

⁶ Плеханов Г. В. Указ. соч. Т. 2.

⁷ Плеханов Г. В. Указ. соч. Т. 2. С. 152.

заметные очертания: вырабатывались основы конституционного строя и создавалась минимальная законодательная база. В частности, В. М. Чернов выделял, что «партия социалистов-революционеров под контролем Центрального комитета должна противопоставить большевистскому методу раздачи невыполнимых обещаний тактику серьезного и глубокого законодательного творчества, чуждающегося оппортунистических компромиссов»⁸. Тем не менее разгоном Всероссийского учредительного собрания большевики завершили процесс мирного преобразования России по концепции, выдвигаемой правосоциалистическими кругами. Начавшаяся Гражданская война превратила всех представителей правосоциалистических течений, независимо от того, поддерживали ли они идею коалиции или концепцию «третьего пути», в сторонников антибольшевизма.

ПОНИМАНИЕ СУЩНОСТИ ПРАВА В СОЦИАЛИЗМЕ

Теоретико-правовое оформление идеи социальной демократии получилось в результате усилий правоведов разных течений правосоциалистического лагеря — правых социалистов-революционеров, умеренного крыла РСДРП (меньшевики), народных социалистов. Именно поэтому правовое оформление идей социальной демократии непосредственно связано с развитием правосоциалистической мысли в России. Формирование ее вызвано необходимостью противостояния группе левосоциалистических идеологий и существующей либеральной демократии. В то же время следует отметить, что, отстаивая социал-демократическую правовую модель, не все представители правосоциалистического лагеря были готовы к вооруженному противостоянию с большевиками, более того, некоторые его отрицали. Так, по мнению меньшевиков, борьба против большевизма «должна была оставаться в рамках идейной борьбы — пропаганды и агитации среди рабочих и крестьян, — но не переходить в формы насильственного свержения большевистской диктатуры, во всяком случае, до того момента, когда антидемократический и анти-

пролетарский характер последней не станет очевидным для всех»⁹. Этим бездействием — «несопротивлением злу силой» — пользовались большевики, активно подавляя любую оппозицию всевозможными способами, в том числе насильственными. В тот период к правосоциалистическим группам, отрицавшим антибольшевизм, еще не пришло осознание того, что большевики уже начали обособление от социализма — идеологии коммунизма. В частности, меньшевики не понимали, что правосоциалистические теоретико-правовые идеи на территории Советской России существовать не могут. Более того, как ни парадоксально, но меньшевики, являясь представителями социальной демократии, в дальнейшем сами стали препятствовать развитию правосоциалистических правовых идей на территории антибольшевистских режимов. «Первый шаг по пути отказа от позиции “третьей силы” ЦК сделал еще в октябре 1918 г., немедленно после получения точных сведений относительно исхода так называемого Уфимского государственного совещания. 16 октября им было разослано по организациям циркулярное письмо, в котором решения этого совещания были подвергнуты суровой критике с точки зрения последовательного демократизма. ЦК заявил, что партия занимает “совершенно определенное отрицательное отношение” к власти, на этом Совещании созданной, отказывается от какой бы то ни было ее поддержки и дезавуирует те партийные организации Волги и Урала, которые приняли участие в уфимских решениях»¹⁰. Таким заявлением лидеры меньшевиков фактически добровольно отказывались от возможности участия в реализации правовых доктрин и концепций в рамках антибольшевистской государственности. Подобные заявления снижали политическое влияние в органах публичной власти и иных правосоциалистических групп (в том числе правых эсеров и энесов), тем самым укрепляя позиции представителей либерально-демократического, консервативно-монархического и прочих течений.

Одной из главных проблем отсутствия в правосоциалистическом лагере продуманных проектов правового развития российской государственности является то, что социальная

⁸ Чернов В. М. Перед бурей. Воспоминания. Нью-Йорк : Изд-во имени Чехова, 1953. С. 339.

⁹ Николаевский Б. И. Меньшевизм в период военного коммунизма (1918—1921 гг.) // Фельштинский Ю. Г., Чернявский Г. И. Меньшевики в революции : Статьи и воспоминания социал-демократических деятелей. М. : Книговек, 2016. С. 429.

¹⁰ Николаевский Б. И. Указ. соч. С. 435.

демократия вплоть до завершения Гражданской войны всегда страдала от нехватки представителей юридического сообщества (правоведов, адвокатов, практикующих юристов). То есть тех, кто был способен оформить идеи социальной демократии в новую полноценную правовую концепцию, разработать на ее основе проекты государственно-правового развития и приступить к реализации соответствующей правовой политики. Более того, в провинциях правосоциалистические группы имели единицы представителей юридического сообщества. Например, из содержания протокола заседания III конференции Народно-социалистической партии от 25 июля 1907 г. следует, что в Казанском университете на указанный период существовала «местная студенческая группа, однако состоящая из первокурсников и малочисленная, еще не успевшая занять влиятельного положения»¹¹. Преобладающее число правоведов дореволюционного и послереволюционного периода 1917 г. были приверженцами либеральных, либерально-демократических и либерально-консервативных идей. Социал-демократическая правовая мысль в правосоциалистическом лагере во многом развивалась благодаря деятелям, не имеющим отношения к юридическому сообществу. Это обстоятельство придавало создаваемым политико-правовым учениям комбинированный характер, то есть в попытке решения определенной проблемы, например в земельном или аграрном праве, они параллельно затрагивали вопросы финансов, экономики, местного самоуправления, просвещения и пр. В то же время правосоциалистические течения все же отталкивались от общих основ социализма, в связи с чем в разработке программных установок и проектов развития всегда исходили из приоритета экономических вопросов над любыми другими. Этот факт четко обозначил сам В. М. Чернов: «Экономический материализм, оставаясь плоской социальной философией, может принести немало пользы как метод детального научного наследования. Перед ним важная и серьезная задача — путем точного анализа исторических данных осветить экономическую сторону каждого исторического периода, понять, так сказать, экономическую подоплеку всякого социального явления. Нет отдельных процессов

умственных, экономических или правовых — есть лишь социальные процессы, которые можно и должно рассматривать со всех этих трех сторон, трех точек зрения»¹². Стремясь значительно ускорить экономическое развитие российского общества, представители правосоциалистических кругов, по сути, решение вопросов, связанных с правовой системой и системой права (его отраслевые и институциональные единицы), возлагали на правосознание народных масс, которое со временем само должно было выработать определенный правовой режим, руководствуясь социал-демократическими доктринами и идеалами. Сказанное в полной мере отражает лозунг эсеров: «В борьбе обрешь ты право свое». Понимание сущности «права» в общественном развитии к правосоциалистическим кругам пришло лишь в заключительной стадии революционных преобразований 1917 г., а в период Гражданской войны в 1918 г. они уже начали «судорожно» законодательствовать и апробировать на пригодность социал-демократические доктрины.

Необходимо особо отметить, что подобное отношение к правовому развитию общества объединяет вообще весь социалистический блок, в том числе и большевиков. В учениях социализма в целом «право» представлялось неким второстепенным и даже третьестепенным элементом эволюции социума. Социалист-правовед не может не изучать тот или иной институт или норму права, не обращаясь к экономической взаимосвязи и не апеллируя к материализму. Труды советских правоведов являются подтверждением сказанного. Подчеркнем, что в данной работе не ставится вопрос о положительном или об отрицательном эффекте этого явления в учении социализма — идет только констатация факта. Таким образом, учитывая вышесказанное, выделим, что аналогично правым эсерам, меньшевикам, энесам, большевики вступили в эпоху революционных преобразований 1917 г. (с последующим захватом власти) без должного понимания сущности права в развитии общества. В этот период «правотворчество» отдавалось в руки народных избранников — Совету народных комиссаров, олицетворявшему и законодательную, и исполнительную власть одновременно. Правосудие также передавалось в руки «народа»,

¹¹ Трудовая народно-социалистическая партия : Документы и материалы / сост. А. В. Сыпченко, К. Н. Морозов. М. : Росспэн, 2003. С. 127.

¹² Чернов В. М. Философские и социологические этюды. М. : Сотрудничество, 1907. С. 277.

и оформлялось в лице революционных трибуналов и чрезвычайных комиссий, которые должны были руководствоваться «революционным правосознанием». Это нашло отражение во всей создаваемой нормативно-правовой базе советского государства. Например, во введении к Руководящим началам по уголовному праву РСФСР от 12 декабря 1919 г. прописано: «Опыт борьбы, однако, приучает его к мерам общим, приводит к системе, рождает новое право... В интересах экономии сил, согласования и централизации разрозненных действий пролетариат должен выработать правила обуздания своих классовых врагов, создать метод борьбы со своими врагами и научиться им владеть»¹³. Тем не менее, в отличие от социал-демократической законодательной базы (Комуча, Временного правительства Северной области, Всероссийского временного правительства), нормативные правовые акты советского государства были однозначно «успешнее» в связи с изначальным более агрессивным характером левосоциалистической правовой мысли. Подход правоведов-большевиков к сущности права был достаточно жесткий, что в дальнейшем привело к той же самой вариации правового позитивизма (этатический позитивизм), как и в имперской России. Уже в 1923 г. Ю. О. Мартов писал: «“Советское государство” не установило ни выборности, ни сменяемости в любое время чиновников и командного состава, не отменило профессиональной полиции, не растворило суда в непосредственном правотворчестве масс, не изгнало общественной иерархии из производства, не уничтожило принудительной власти государства над отдельными коммунарами. Напротив, в своем развитии оно проявляет обратную тенденцию — к крайнему усилению государственного централизма, к максимальному развитию иерархического и принудительного начал в общежитии, к разрастанию и пышному расцвету всех специальных органов государственной репрессии, к наибольшей эмансипации выборных органов от непосредственного контроля выбирающих масс, исполнительных органов — от назнача-

ющих их представительных учреждений»¹⁴. Поэтому нельзя не согласиться с В. М. Сырых, что «клянясь в верности бессмертному учению Маркса — Ленина и великому вождю Сталину, их творческому диалектико-материалистическому методу, советские ученые тех лет были по преимуществу догматиками, начетчиками и позитивистами, т.е. адептами тех буржуазных теорий, которые они так неистово разоблачали и к которым высказывали самое негативное отношение»¹⁵. Таким образом, «право» как для правосоциалистического, так и для левоциалистического лагеря в период Гражданской войны рассматривалось в качестве прилагательного к экономике, которая, в свою очередь, для социализма являлась первоосновой жизни общества.

ОБРАЗ ПРАВОВОЕДА ПРАВОСОЦИАЛИСТИЧЕСКОГО ЛАГЕРЯ

Общественно-политическая деятельность в народной среде представителей правосоциалистического лагеря поглощала значительную часть времени, которая также требовала выработки доступных для простого населения программ и проектов, а не теоретико-правовых концепций и законопроектов, написанных согласно канонам юридической техники. Здесь примечательно следующее высказывание Л. С. Ланде в отношении меньшевиков: «Работа в Советах, в армии, в комитетах правительства, в профессиональных, кооперативных, культурных рабочих организациях и в органах местного самоуправления поглотила все активные элементы меньшевистской партии»¹⁶. Фактически правосоциалистические группы были лишены времени, которое могли бы посвятить научной деятельности в области юриспруденции. Еще в 1907 г. П. Б. Аксельрод однозначно указывал на отсутствие интереса у социалистической интеллигенции к сфере юриспруденции. Так, он писал: «Под влиянием учений утопического социализма насущная историческая задача радикального очищения русской почвы от ста-

¹³ Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1919 г. Управление делами Совнаркома СССР. М., 1943. № 66. Ст. 590. С. 841—844.

¹⁴ Мартов Ю. О. Мировой большевизм. Берлин : Искра, 1923. С. 37.

¹⁵ Сырых В. М. Логические основания общей теории права : в 2 т. 2-е изд., испр. и доп. М. : Юстицинформ, 2001. Т. 1 : Элементный состав. С. 253—254.

¹⁶ Ланде Л. С. Состояние партийной организации к моменту Октябрьского переворота // Фельштинский Ю. Г., Чернявский Г. И. Указ. соч. С. 234.

рых юридических основ и надстроек на время совсем исчезла из революционных программ интеллигенции, так что с формальной стороны, можно сказать, последняя грешила безусловным пристрастием к “социалистическим идеалам” и слепой враждой к либерализму»¹⁷. После Гражданской войны П. Б. Аксельрод напишет: «Я старался на конкретных примерах показать непосредственную заинтересованность народных масс России в завоевании “прав человека и гражданина”»¹⁸.

Чрезмерная увлеченность правосоциалистической интеллигенции идеологической борьбой оставила неиспользованным главный строительный материал, необходимый для создания социал-демократической государственности, — правовые конструкции. Итогом этого стала неподготовленность правосознания всего социалистического блока к решительному принятию власти в 1917 г. и совместной деятельности по формированию социалистической государственности, что привело к примитивному захвату власти наиболее агрессивной группой революционной демократии — большевиками.

Правовед правосоциалистического лагеря — это борец за правовые идеалы, который всегда проигрывал борцу-идеологу. Наиболее типичный образ правоведа правосоциалистического лагеря можно найти в Александре Исаевиче Гуковском — правом эсере, практикующем юристе, впоследствии управляющем отделом юстиции во Временном правительстве Северной области. По словам М. В. Вишняка, А. И. Гуковский «производил на многих впечатление педанта и формалиста, сутяги и “крючка”, понаторевшего в вопросах процедуры. В действительности же эта была борьба за право, ставшая органической потребностью Гуковского. Он меньше всего был конформистом, но чужие взгляды и мнения он отвергал, опровергая их логическими доводами и взывая к разуму, а не к эмоциям»¹⁹. Четкость юридических формулировок, продемонстрированная в переводе труда Алексиса де Токвиля «Старый порядок и революция», впечатлила выдающегося адвоката

В. А. Маклакова и знаменитого теоретика права П. Г. Виноградова. Это во многом характеризует правовое мышление и правосознание А. И. Гуковского — оно соответствовало всем канонам отечественной юриспруденции. Именно такое сознание способно было создать правовой каркас для социальной демократии. Более того, М. В. Вишняк отмечал, что «Гуковский был народником, сторонником субъективного метода в социологии и тем самым противником исторического материализма и марксистского понимания классово-борьбы, которое пыталось простой естественно-исторический факт “возвести в какой-то регулятивный принцип общественного поведения”»²⁰. В то же время в сознании А. И. Гуковского, как и в любом социалисте, наличествовали масштабные революционные идеи, в данном случае правовые. Как писал В. М. Чернов, у А. И. Гуковского «была одна излюбленная, особенно дорогая его сердцу идея. То была идея новой декларации прав человека и гражданина»²¹. Романтизм был чертой всех революционеров, который разбил о жестокую реальность Гражданской войны. Однако если бы правосоциалистический лагерь имел значительное количество таких «Гуковских», крайне необходимое для динамичного развития правовой мысли, то реализовать подобные идеи о «новой декларации прав человека и гражданина» не составило бы труда. Лучшее всего образ А. И. Гуковского как правоведа правосоциалистического лагеря описал В. М. Чернов: «Он искал в науке и философии права руководящих начал для глубоко продуманной и всесторонней реконструкции общества, а в социализме — скрытой правовой идеи, которая могла бы быть рассматриваема как душа всей социалистической системы»²². Представители правосоциалистической правовой мысли стремились не просто выстроить новое общество по канонам социальной демократии, но и на ее основе сформировать новую правовую систему. Затронув деятельность А. И. Гуковского, можно выявить общую черту, присущую большинству представителей право-

¹⁷ Аксельрод П. Б. Борьба социалистических и буржуазных тенденций в русском революционном движении. 2-е доп. изд. М. : Изд. М. М. Дружининой и А. Н. Максимовой, 1907. С. 40.

¹⁸ Аксельрод П. Б. Пережитое и передуманное. Берлин : Изд-во З. И. Гржебина, 1923. С. 413.

¹⁹ Вишняк М. В. «Современные записки» : Воспоминания редактора. Bloomington : Indiana University Press, 1957. С. 71.

²⁰ Вишняк М. В. Указ. соч. С. 71.

²¹ Чернов В. М. Перед бурей. С. 263.

²² Чернов В. М. Перед бурей. С. 264.

социалистической правовой мысли, — постоянную борьбу двух начал, никак неспособных ужиться вместе: это динамика и энергия революционера, сталкивающаяся с педантичностью и рациональностью юриста. Однако в конечном итоге первое всегда побеждало второе.

ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В СОЦИАЛЬНОЙ ДЕМОКРАТИИ

Из всех категорий юридической науки правосоциалистическая правовая мысль в значительной части концентрировала внимание на проблематике правового статуса личности. В общем это неудивительно исходя из корневой основы социализма, преследующего цель установления социальной справедливости, равенства, свободы. Для правоведов социальной демократии развитие идей правового статуса личности есть не что иное, как материализация самого духа революции. В социализме связь правового статуса личности с правовым статусом народа выделяется наиболее четко, так же как и права и свободы человека и гражданина зависят от благ общества в целом. В правосоциалистических правовых учениях права и свободы человека и гражданина превращались в идеал. Здесь следует обратиться к воззрениям Г. Д. Гурвича, писавшего: «Гармония свободы и равенства не может более рассматриваться как данность, а лишь как бесконечное задание, которое в своем постепенном раскрытии таит все новые и новые трудности. Сочетаясь в идеале, свобода и равенство, личность и государство сталкиваются между собой в конкретных воплощениях, и нужен бесконечный процесс совершенствования, чтобы гармонически сочетать эти противоречия. Не подлежит сомнению, что не может быть равенства без свободы, ни свободы без равенства; но все дело в том, что и равенство, и свобода никогда не могут найти себе абсолютно адекватное выражение, ибо они принадлежат к миру идей, и как таковые, по самому своему существу, невоплощаемы до конца»²³. Права и свободы человека и гражда-

нина в социалистическом идеале можно обеспечить исключительно в результате построения нового общественного строя, но лишь после ликвидации строя капиталистического. Соответственно, всеобъемлющая реализация прав и свобод человека и гражданина в капиталистическом обществе невозможна, что превращает их в далекий социалистический идеал. Можно отметить, что правосоциалистическая правовая мысль разграничивала права и свободы человека и гражданина в социалистическом и капиталистическом обществе, в то время как левосоциалистическая вообще отрицала наличие таковых в последнем. Это различие, например, можно проследить в правовых воззрениях П. Б. Аксельрода, в работе «О «проблемах идеализма»»²⁴. Однако, как известно, в отличие от большевиков правосоциалистические группы твердо отстаивали позицию, что Россия еще не миновала стадию капитализма. Вместе с этим прийти к правовому статусу личности в социалистическом воплощении невозможно, миновав их капиталистическую стадию. Так, Г. В. Плеханов писал: «Русская история еще не смолола той муки, из которой будет со временем испечен пшеничный пирог социализма, и пока она такой муки не смолола, участие буржуазии в государственном управлении необходимо в интересах самих трудящихся»²⁵. Аналогичную точку зрения выражал позже и П. И. Новгородцев: «С точки зрения эволюционизма осуществление социалистического идеала должно совершаться путем медленного, но верного действия законов исторического развития. Социализм должен вырасти из капитализма, как пышное растение вырастает из своего зерна»²⁶. Здесь нельзя не вспомнить неоспоримый вывод, который сделал В. К. Вольский: «Как показал исторический опыт, общество не падает, а с созданием новых правовых норм получает и новые толчки развития»²⁷. Позиция правосоциалистических правоведов заключалась в постепенной эволюции категории правового статуса личности и в динамичном расширении прав и свобод человека и гражданина при безусловном доминировании в них принципов равноправия и справедливости. По-

²³ Гурвич Г. Д. Руссо и Декларация прав. Петроград : Типография Б. М. Вольфа, В. О. Волховской, 1918. С. 98—99.

²⁴ Аксельрод П. Б. О «проблемах идеализма». Одесса : Буревестник, 1905. С. 48.

²⁵ Плеханов Г. В. Год на родине. Т. 1. С. 218.

²⁶ Новгородцев П. И. Об общественном идеале. М. : Пресса, 1991. С. 251.

²⁷ Вольский В. К. Лекции. Программа и тактика Партии социалистов-революционеров. Тверь : Типография губернского земства, 1917. С. 44.

стоянно расширяющийся характер прав человека выделялся и энесом А. В. Пешехоновым: «Права человека — это право быть умным, добрым и деятельным и быть таким не по чужому приказу, а по своей воле, в меру свойственных ему сил и способностей. По форме это право неограниченное: что-либо одно — или своя воля, или чужая указка, или самоопределяющаяся личность, или гвоздь для чужих надобностей. По объему права человеческой личности очень эластичны»²⁸. Вновь вернемся к Г. В. Плеханову, отмечавшему: «Мы должны критиковать буржуазию, мы должны всеми силами отстаивать от ее посягательств интересы рабочего класса. Но мы должны делать это разумно и целесообразно»²⁹. Так, согласно Г. В. Плеханову, общество, проходя стадию капитализма, при установлении и расширении тех или иных прав и свобод должно было заставить буржуазные круги руководствоваться принципами равноправия и справедливости. Поэтому принципам равноправия и справедливости в эволюции правового статуса личности отводилась руководящая роль.

В отличие от левосоциалистической, правосоциалистическая правовая мысль преследовала идею, что общество должно осознать ценность прав и свобод человека и гражданина, а вместе с ними и полноту категории правового статуса личности. Неизбежность эволюции прав и свобод человека и гражданина является одной из ключевых доктрин, объединяющей все правосоциалистические течения. В то же время заявление большевиков о форсировании российским обществом стадии капитализма и призыв к немедленному переходу в социализм создали хрупкую основу народного правосознания, что через 70 лет привело к краху «коммунистического рая». Большинство прав и свобод человека и гражданина в их советском воплощении оказались просто фикцией, в отличие от прав и свобод в капиталистических государствах. Здесь следует обратиться к своего рода пророческому выводу В. Н. Розанова: «Социалистическая Россия экономически немыслима в мире капиталистических стран. Кроме того, психологически огромная масса русского населения абсолютно не подготовлена к социализму»³⁰. Уничтожение в период Гражданской войны вместе с социал-демократической анти-

большевистской государственностью правосоциалистической идеи эволюции правового статуса личности, а также прав и свобод человека и гражданина катастрофически сказалось на исторической судьбе российского народа. Внутреннее большевиками обществу убеждение, что в России установлен социалистический строй с «невиданными широкими правами и свободами», непосредственно вызвало рождение сталинского тоталитаризма, стоявшего на страже этих так называемых «прав и свобод». Как известно, в защиту этих «прав и свобод» уничтожались классы, подвергались репрессиям целые народы. С Октябрьской революции 1917 г. и до 1991 г., выражаясь словами Г. В. Плеханова, большевики, ведя народ в одну комнату, попали в другую³¹.

ВЫВОДЫ

Подытоживая вышеизложенное, отметим, что российская революционно настроенная интеллигенция смогла выковать один из лучших образцов идеологии — социализм, основанный на высоких идеях равноправия и справедливости. Однако социалистический лагерь все свое время и энергию потратил на борьбу с царизмом. Революционный дух и чрезмерный идеологизм никак не давали проникнуть правовым началам в каркас социализма, пропитать его идеи правовой сущностью. Революционная интеллигенция 1917 г., как некогда и либеральная 1825 г., находилась под влиянием специфического «социалистического романтизма». К февралю 1917 г. массивный социалистический блок не имел сколько-нибудь пригодных правовых концепций для строительства так называемого социалистического общества. Социалистическим кругам представлялось, что провозглашения социализма в стране будет вполне достаточно для автоматического оформления новых общественных отношений. К праву как институту капитализма социалисты относились если не враждебно (как большевики), то с некоторым недоверием. Здесь весьма примечательны высказывания В. К. Вольского: «Если народ начнет осуществлять свою волю в области государственного законодательства, то он вполне со-

²⁸ Пешехонов А. В. К вопросу об интеллигенции. СПб. : Русское богатство, 1906. С. 53—54.

²⁹ Плеханов Г. В. Указ. соч. Т. 1. С. 219.

³⁰ Красная книга ВЧК : в 2 т. 2-е изд. М. : Политиздат, 1989. Т. 2. С. 87—88.

³¹ Плеханов Г. В. Указ. соч. Т. 1. С. 219.

знательно установит трудовое начало взамен законов римского права, не соответствующих его взглядам»; «Как показывает опыт, крестьянство готово своими организованными силами отстаивать свое новое право»³². В то же время не раскрывалось, что подразумевается под «трудовым началом» и «новым правом», которое должно было прийти на смену законам римского права. В какую правовую модель должно было оформиться это «трудовое начало» и «новое право»? Право какой бы страны ни рассматривалось, оно всегда является системой «общеобязательных, формально определенных норм, установленных и обеспечиваемых силой государства и направленных на регулирование поведения людей и их коллективов в соответствии с принятыми в данном обществе устоями социально-экономической, политической и духовной жизни»³³. Изначально остро не ставящийся социалистическими кругами вопрос: достаточен ли уровень правосознания большей части общества для выработки новой системы общественных правоотношений, — резко возник в середине 1917 г. Фанатичная вера в силу исповедуемой идеологии привела к кризису и расколу социалистического лагеря на различные идейные ответвления, при этом ни у одного из них так и не сформировалась концепция правового развития России. Сущность права и сила закона ими были осознаны ближе к концу 1917 г. В результате чего ранее свершившийся раскол на левосоциалистический и правосоциалистический блоки в 1918 г. прямо привел к вооруженному противостоянию. Правоведы-большевики радикальным способом решили проблему правового развития России, подойдя к сущности права с жестким и однозначным принципом классовой борьбы, используя хорошо знакомый имперской государственности статический позитивизм как вариацию правового позитивизма. Они поставили существование права в неразрывную связь с существованием государственного режима, с отрицанием любых правовых концепций, не вписывающихся в избранный принцип классовой борьбы. Именно этого в свое время опасался Г. В. Плеханов: «Классовая борьба не есть самоцель. Она есть только средство для защиты классовых интересов. Думать иначе может

только идеалист, для которого принцип — все, а классовый интерес — ничто»³⁴.

В то же время правосоциалистический лагерь в результате «июльских» событий 1917 г., осознав слабость собственных теоретико-правовых разработок, решил реализовать идеи коалиции с проведением правовой политики, построенной на симбиозе либерально-демократических и социал-демократических постулатов. Тем не менее противоречия представителей социальной демократии и либеральной демократии не дали подобному варианту раскрыться в полной мере. Итогом стало создание концепции «третьего пути» — проведения правовой политики, самостоятельной и не зависящей от коалиционного взаимодействия с либерально-демократическими кругами. Для построения социал-демократической правовой политики были заимствованы и перерабатывались либерально-демократические правовые конструкции. Так, концепция «третьего пути» стала преследовать цель формирования новой правовой системы, основанной на идеях социальной демократии. Отправной точкой в реализации «третьего пути» должно было стать легитимирование данной концепции Всероссийским учредительным собранием. Однако разгон 6 января 1918 г. большевиками демократически избранных представителей народа положил конец мирному способу реализации концепции «третьего пути». Тем не менее следует отметить достижения правосоциалистической правовой мысли: во-первых, правоведы правосоциалистического лагеря придали мощную динамику развитию правовых идей социальной демократии в мировом масштабе; во-вторых, они сформировали образ правосоциалистического государственного деятеля — личности, отбросившей революционную демагогию и готовой применить имеющийся опыт практической работы в органах публичной власти. Более того, российская правосоциалистическая правовая мысль была чрезвычайно многоаспектна; охватывая сферы от экономики до социологии, от философии до психологии, она создала всевозможные ответвления от фундаментальных отраслей права — земельное право, институт правового режима земель,

³² Вольский В. К. Указ. соч. С. 65, 66.

³³ Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / под ред. М. Ю. Тихомирова. М., 1997. С. 342.

³⁴ Плеханов Г. В. Указ. соч. Т. 2. С. 95.

право социального обеспечения, институт трудовых споров и многие другие.

Революционная эпоха 1917 г. и последующая Гражданская война 1918—1920 гг. заставили правосоциалистический лагерь спешно мобилизовать всех представителей юридического сообщества для формирования новой социал-демократической правовой концепции. В этот период было рождено множество правосоциалистических правоведов, таких как Г. Д. Гурвич,

пополнивший знаниями мировой фонд юридической науки. Таким образом, правосоциалистическая правовая мысль, потерпев поражение от коммунистов и либерал-демократов в России в 1918 г., одержала победу в мировом масштабе, благодаря которой страны Европы (в первую очередь Франция и Германия) после завершения Второй мировой войны сформировали режимы, основанные на идеях социальной демократии.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аксельрод П. Б. Борьба социалистических и буржуазных тенденций в русском революционном движении. — 2-е изд., доп. — М. : Изд. М. М. Дружининой и А. Н. Максимовой, 1907. — 128 с.
2. Аксельрод П. Б. О «проблемах идеализма». — Одесса : Буревестник, 1905. — 48 с.
3. Аксельрод П. Б. Пережитое и передуманное. — Берлин : Изд-во З. И. Гржебина, 1923. — 44 с.
4. Вишняк М. В. «Современные записки» : Воспоминания редактора. — Bloomington : Indiana University Press, 1957. — 333 с.
5. Вольский В. К. Лекции. Программа и тактика Партии социалистов-революционеров. — Тверь : Типография губернского земства, 1917. — 80 с.
6. Гурвич Г. Д. Руссо и Декларация прав. — Петроград : Типография Б. М. Вольфа, В. О. Волховской, 1918. — 102 с.
7. Красная книга ВЧК : в 2 т. — 2-е изд. — М. : Политиздат, 1989. — Т. 2. — 542 с.
8. Мартов Ю. О. Мировой большевизм. — Берлин : Искра, 1923. — 110 с.
9. Новгородцев П. И. Об общественном идеале. — М. : Пресса, 1991. — 640 с.
10. Пешехонов А. В. К вопросу об интеллигенции. — СПб. : Русское богатство, 1906. — 104 с.
11. Плеханов Г. В. Год на родине. Полное собрание статей и речей 1917—1918 гг. : в 2 т. — Париж : Изд. Поволоцкого, 1921. — Т. 1. — 247 с. ; Т. 2. — 270 с.
12. Сырых В. М. Логические основания общей теории права : в 2 т. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Юстицинформ, 2001. — Т. 1 : Элементный состав. — 528 с.
13. Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / под ред. М. Ю. Тихомирова. — М., 1997. — 526 с.
14. Трудовая народно-социалистическая партия : Документы и материалы / сост. А. В. Сыпченко, К. Н. Морозов. — М. : Росспэн, 2003. — 624 с.
15. Фельштинский Ю. Г., Чернявский Г. И. Меньшевики в революции : Статьи и воспоминания социал-демократических деятелей. — М. : Книговек, 2016. — 480 с.
16. Чернов В. М. Великая русская революция. Воспоминания председателя Учредительного собрания. 1905—1920 / пер. с англ. Е. А. Каца. — М. : Центрполиграф, 2007. — 430 с.
17. Чернов В. М. Перед бурей. Воспоминания. — Нью-Йорк : Изд-во имени Чехова, 1953. — 412 с.
18. Чернов В. М. Философские и социологические этюды. — М. : Сотрудничество, 1907. — 380 с.

Материал поступил в редакцию 15 августа 2018 г.

PROSOCIAL LEGAL THOUGHT IN THE AGE OF REVOLUTION AND CIVIL WAR IN RUSSIA (1917—1918)

ZAYNUTDINOV Dinar Rafailovich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Theory of State and Law and Public Law Disciplines of the Kazan Innovative University named after V.G. Timiryasova (IEP), Head of the Legal Department of the Institute of Social and Humanities Knowledge
knight_1988@mail.ru
420108, Republic of Tatarstan, Kazan, M. ul. M. Gafuri, d. 71

Abstract. *The paper deals with the formation and development of right-socialist legal thought during the revolutionary period of 1917 and the Civil war of 1918. During the analysis, special attention is given to the legal views and ideas of the largest theorists of the right-socialist school, such as G.V. Plekhanov, V.M. Chernov, P.B. Akselrod, M.V. Vishnyak. The paper is divided into four interrelated parts. The first part reveals the fact of the lack prosocial groups of projects of legal development of the Russian state to establish a social democratic regime that caused their appeal to the legal concepts of the cadets. Also the reasons of registration by right-socialist groups of the concept of “the third way” and its realization in anti-Bolshevist statehood of the period of 1918 are revealed. In the second part of the work the understanding of the essence of law in socialism is studied, the comparison of the ideological approach to “law” on the part of the lawyers of the left-socialist and right-socialist camp is made. Special attention is given to the place of law in the teachings of socialism and the relationship of law with the economy. In the third part of the work the image of A.I. Gukovskiy as a jurist of the right socialist camp is investigated. His characteristic given to him by the right Socialists Revolutionarists (SRs) is generalized. The image of A.I. Gukovskiy reveals common features inherent in all legal scholars of the right socialist camp. The fourth part of the paper draws attention to the idea of human and civil rights and freedoms in the teachings of social democracy. For the jurists of social democracy, the development of the idea of human and civil rights and freedoms is nothing more than the materialization of the spirit of the revolution, and therefore the problems of the legal status of the individual in the works of right socialist thinkers received a special place. In conclusion, the author draws conclusions about the contribution of Russian lawyers of the right socialist group to the world fund of legal science.*

Keywords: *prosocial legal thought, jurists, social democracy, socialist revolutionaries, Mensheviks, anti-Bolshevism, revolution, Civil war, G.V. Plekhanov, V.M. Chernov, P.B. Akselrod, A.I. Gukovskiy.*

REFERENCES

1. Akselrod P.B. *Borba sotsialisticheskikh i burzhuaznykh tendentsiy v russkom revolyutsionnom dvizhenii* [Struggle of socialist and bourgeois tendencies in the Russian revolutionary movement]. 2nd ed., suppl.: Publishing House of M.M. Druzhinin and A.N. Maksimov, 1907. 128 p.
2. Akselrod P.B. *O «problemakh idealizma»* [On “problems of idealism”]. Odessa: Burevestnik Publ., 1905. 48 p.
3. Akselrod P.B. *Perezhitoe i peredumannoe* [Outlast and reflected]. Berlin : Publishing house of Z.I. Grzhebin, 1923. 44 p.
4. Vishnyak M.V. «Sovremennye zapiski» [“Modern notes”]: Editor’s memories. Bloomington: Indiana University Press, 1957. 333 p.
5. Volskiy V. K. Lektsii. *Programma i taktika partii sotsialistov-revolutsionerov* [Lectures. The program and tactics of the socialist revolutionary Party]. Tver : Printing house of the provincial zemstvo, 1917. 80 p.
6. Gurvich G.D. *Russo i deklaratsiya prav* [Rousseau and the Declaration of rights]. Petrograd: Printing house of B.M. Volf, V.O. Volkhovskaya, 1918. 102 p.
7. *Krasnaya kniga VChK: v 2 t.* [The red book of the All-Russian Extraordinary Commission for Combating Counter-Revolution, Speculation, and Sabotage (Cheka): in 2 vol.]. 2nd ed. Moscow: Politizdat Publ., 1989. Vol. 2. 542 p.
8. Martov Yu.O. *Mirovoy bolshevizm* [World Bolshevism]. Berlin : Iskra Publ., 1923. 110 p.
9. Novgorodtsev P.I. *Ob obshchestvennom ideale* [About the social ideal]. Moscow: Pressa Publ., 1991. 640 p.
10. Peshekhonov A.V. *K voprosu ob intelligentsii* [To the question of the intelligentsia]. St. Petersburg: Russkoe bogatstvo Publ., 1906. 104 p.



11. Plekhanov G.V. *God na rodine* [Year at home]. Polnoe sobranie statey i rechey 1917—1918 gg.: v 2 t. [A complete collection of articles and speeches, 1917—1918 : in 2 vol.]. Paris: Publishing house of Povolotskiy, 1921. Vol. 1. 247 p.; Vol. 2. 270 p.
12. Syrykh V.M. *Logicheskie osnovaniya obshchey teorii prava: v 2 t.* [Logical foundations of the general theory of law : in 2 vol.]. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow: Yustitsinform, 2001. Vol. 1: Elemental composition. 528 p.
13. Tikhomirova L.V., Tikhomirov M.Yu. *Yuridicheskaya entsiklopediya* [Legal encyclopedia]. Edited by M.Yu. Tikhomirov. Moscow, 1997. 526 p.
14. *Trudovaya narodno-sotsialisticheskaya partiya : dokumenty i materialy* [Labour people's socialist party : Documents and materials]. Comp. by A.V. Sypchenko, K.N. Morozov. Moscow: Rosspen Publ., 2003. 624 p.
15. Felshtinskiy Yu.G., Chernyavskiy G.I. *Mensheviki v revolyutsii: stati i vospominaniya sotsial-demokraticheskikh deyateley* [The Mensheviks in the revolution : Articles and memoirs of social-democratic figures]. Moscow: Knigovek Publ., 2016. 480 p.
16. Chernov V.M. *Velikaya russkaya revolyutsiya. Vospominaniya predsedatelya uchreditelnogo sobraniya. 1905—1920* [Great Russian revolution. Memories of the Chairman of the Constituent Assembly. 1905—1920]. Translated from English by E.A. Kats. Moscow: Tsentrpoligraf Publ., 2007. 430 p.
17. Chernov V.M. *Pered burey. Vospominaniya* [Before the storm. Memories]. New York: Publishing House of Chekhov, 1953. 412 p.
18. Chernov V.M. *Filosofskie i sotsiologicheskie etyudy* [Philosophical and sociological studies]. Moscow: Sotrudnichestvo Publ., 1907. 380 p.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала lexrussica.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются авторы — ведущие специалисты, ученые и практики.
3. Направление автором статьи для опубликования в журнале считается акцептом, то есть согласием автора на заключение лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica». Содержание договора опубликовано на сайте журнала.
4. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте журнала. При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
5. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 50 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 20–30 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - статья должна содержать структуру изложения;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
6. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
7. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
8. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный.

Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.

Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с библиографическим ГОСТом 7.82-2001. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, полный адрес местонахождения ресурса и в круглых скобках дату последнего посещения веб-страницы.
9. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.1-2003. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Учредитель —
Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Адрес издателя: г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Телефон редакции: (8-499)244-88-88 (доб. 556).

Почтовый адрес редакции: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

E-mail: lex-russica@yandex.ru

Объем: 20,22 усл.-печ.л. (15,40 а. л.), формат 60x84¹/₈. Тираж 150 экз. Дата выхода в свет 31.03.2019.

Редактор *М. В. Баукина.*

Корректор *А. Б. Рыбакова.*

Компьютерная верстка *Д. А. Беляков.*

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN 1729-5920

Свободная цена.

Подписка на журнал возможна с любого месяца.

Распространяется через объединенный каталог «Пресса России»
и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11198.

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Lex Russica» обязательна.

Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)

- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-67361 от 5 октября 2016 г., ISSN 2311-5998;
- ✓ издается с 2014 г. — ежемесячно;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «ГАРАНТ» и в электронной библиотеке «КиберЛенинка».

Отличие «Вестника» от журналов, уже издаваемых Университетом (Lex Russica, «Актуальные проблемы российского права»), и от других российских периодических изданий в том, что каждый его выпуск посвящен отдельной отрасли правовых знаний, например трудовому праву и праву социального обеспечения, международному, финансовому праву и т.д.

Журнал знакомит:

- ✓ с основными направлениями развития юридической науки;
- ✓ с актуальными проблемами теории и истории права и государства;
- ✓ конкретных отраслей права; сравнительного правоведения;
- ✓ методики преподавания правовых и общегуманитарных дисциплин, а также иностранных языков в юридическом вузе;
- ✓ с правоприменительной практикой;
- ✓ с путями совершенствования российского законодательства;
- ✓ с известными российскими и зарубежными учеными, их теоретическим наследием;
- ✓ с материалами конференций и круглых столов, проведенных в Университете или с участием профессорско-преподавательского состава Университета в других российских и зарубежных научных центрах;
- ✓ с новой юридической литературой.



KUTAFIN UNIVERSITY LAW REVIEW

Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, расширение кругозора и интеллектуальных горизонтов представителей российского правоведения, повышение узнаваемости и авторитета наших ученых-юристов.

Журнал публикует статьи известных и начинающих ученых, юристов-практиков, а также студентов и аспирантов. Главный критерий отбора публикаций — это качество содержания, которое отражает талант автора, его эрудицию и профессионализм в исследуемой сфере, добросовестность и глубину проведенного анализа, использование богатого арсенала научной методологии, актуальность проблематики и новизну результатов проведенного исследования.

Данное издание создает уникальную возможность писать и публиковать научные статьи на английском языке в целях существенного расширения профессиональной читательской аудитории, повышения индекса цитирования, выхода на международный научный уровень.

В качестве авторов, членов редакционного совета и редакционной коллегии с журналом Kutafin University Law Review сотрудничают выдающиеся российские и зарубежные специалисты в различных областях юриспруденции.

The best ideas are always welcomed!



Редакционная подписка на журналы Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Журналы Университета распространяются через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписаться на журнал можно с любого месяца. Подписные индексы журналов:

«Актуальные проблемы российского права» – 11178, Lex Russica – 11198, «Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» – 40650.

Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

ISSN 1729-5920



9 771729 592008