

ВЕСТНИК
ТОМСКОГО
ГОСУДАРСТВЕННОГО
УНИВЕРСИТЕТА
ПРАВО

Tomsk State University Journal of Law

Н а у ч н ы й ж у р н а л

2020

№ 36

Свидетельство о регистрации средства массовой
информации выдано Федеральной службой
по надзору в сфере связи, информационных технологий
и массовых коммуникаций (Роскомнадзором)

ПИ № ФС77-45814 от 8 июля 2011 г.

Журнал входит в «Перечень рецензируемых научных изданий, в которых
должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций
на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой
степени доктора наук» Высшей аттестационной комиссии

Учредитель – Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Национальный исследовательский Томский государственный университет»

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

Уткин В.А. (главный редактор, председатель редколлегии) – доктор юридических наук, профессор, директор Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, заслуженный юрист Российской Федерации; **Азаров В.А.** – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, зав. кафедрой уголовного процесса и криминалистики Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, заслуженный юрист Российской Федерации; **Лебедев В.М.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой природоресурсного, земельного и экологического права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, заслуженный юрист Российской Федерации; **Мазуркевич Яцек** – доктор юридических наук, профессор Вроцлавского университета (Польша); **Мешко Гоналз** – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии Мариборского университета (Словения); **Працко Г.С.** – доктор юридических наук, доктор философских наук, зам. начальника по науке Ростовского юридического института МВД России; **Путке Холм** – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и процесса Университета Пассау (Германия); **Рабец А.М.** – доктор юридических наук, профессор, старший научный сотрудник лаборатории социально-правовых исследований Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Юридического факультета Российского государственного социального университета, заслуженный деятель науки Российской Федерации; **Свиридов М.К.** – доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, член-корреспондент СО Академии наук высшей школы, действительный член Международной академии наук высшей школы, действительный член Академии социальных наук; **Селиверстов В.И.** – доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, заслуженный деятель науки Российской Федерации; **Старостин С.А.** – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права, административного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина, председатель Комитета экспертов-советников Постоянно действующего Третейского суда JSM в г. Цюрих (Швейцария) Института международного коммерческого арбитража; **Треушников М.К.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой гражданского процесса МГУ им. М.В. Ломоносова, заслуженный деятель науки Российской Федерации; **Чанхай Лун** – доктор юридических наук, профессор, проректор Маньчжурского института Университета Внутренней Монголии (Китай); **Шафиров В.М.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Уткин В.А. (председатель редколлегии) – доктор юридических наук, профессор, директор Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, зав. кафедрой уголовно-исполнительного права и криминологии, заслуженный юрист Российской Федерации; **Ольховик Н.В.** (зам. председателя редколлегии) – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права, зам. директора Юридического института по научной работе Национального исследовательского Томского государственного университета; **Геймбух Н.Г.** (ответственный секретарь редколлегии) – кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и международного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Андреева О.И.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Барнашов А.М.** – кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой конституционного и международного права Национального исследовательского Томского государственного университета; **Болтанова Е.С.** – доктор юридических наук, доцент, зав. кафедрой гражданского права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, профессор кафедры природоресурсного, земельного и экологического права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Елисеев С.А.** – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой уголовного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Журавлев М.М.** – кандидат юридических наук, доктор философских наук, зав. кафедрой теории и истории государства и права, административного права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Князьков А.С.** – доктор юридических наук, доцент, зав. кафедрой криминалистики Национального исследовательского Томского государственного университета; **Мананкова Р.П.** – доктор юридических наук, профессор, старший научный сотрудник лаборатории социально-правовых исследований Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Осокина Г.Л.** – профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского процесса Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета; **Савицкая И.С.** – старший преподаватель кафедры английской филологии факультета иностранных языков Национального исследовательского Томского государственного университета

СОДЕРЖАНИЕ

ПРОБЛЕМЫ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

Андреева О.И., Качалова О.В. Российский уголовный процесс в эпоху коронавируса: вызовы времени	5
Боброва Н.А. Конституционные и государственно-правовые отношения: одна или две отрасли права?	16
Борков В.Н., Николаев К.Д. Пробелы уголовного закона не могут компенсироваться нарушением правил квалификации	30
Гальцев Ю.В., Проценко Д.Е., Приходько А.Н., Якушев В.В. К вопросу о возможности определения расстояния на дистанции неблизкого пулевого выстрела по мере входного огнестрельного повреждения	40
Грушин Ф.В., Давыдова И.А. Гарантии реализации некоторых прав и законных интересов осужденных к лишению свободы, являющихся родителями	48
Должиков А.В. Принцип соразмерности и основы конституционного строя	56
Лебедев Н.Ю., Чеснокова Е.В. О подходах к предмету криминалистики и теории судебной экспертизы (судебной экспертологии)	70
Свиридов М.К. Отраслевая принадлежность норм, регулирующих судебную деятельность по исполнению приговора	83
Старостин С.А. Актуальные проблемы административных процедур в предпринимательской деятельности	92
Суслин Э.В., Назаров С.В. Теоретико-правовые аспекты судебного усмотрения в уголовном процессе	115
Черненко Т.Г. Некоторые проблемные вопросы исчисления сроков судимости	126
Яковлева Е.О. Тенденции развития уголовной политики в эпоху массовой роботизации транспортных средств	136

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО ПРАВА

Афанасьева Е.Н. Новые технологии в области искусственного интеллекта бросают вызов основам гражданского права	145
Воронкова Е.Р. Формирование добросовестного отношения работника к труду как основная цель дисциплинарного производства	153
Идрисов Х.В. Некоторые особенности заключения гражданско-правового договора в электронной форме и проблемные аспекты ответственности за нарушение его условий	163
Кванина В.В., Макарова Т.И. Публичные и частноправовые средства минимизации экологических рисков: теоретико-инструментальный анализ	174
Подшивалов Т.П. Условия удовлетворения негаторного иска	189
Хайрутдинов М.У. Международное право в области трансграничного загрязнения окружающей среды: состояние, проблемы и перспективы	203
СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ	217

CONTENTS

PROBLEMS OF THE PUBLIC LAW

Andreeva O.I., Kachalova O.V. Russian criminal trial in the era of coronavirus: challenges of time	5
Bobrova N.A. Do constitutional and state-legal relations make up one or two branches of law?	16
Borkov V.N., Nikolaev K.D. Violation of the rules of qualification cannot compensate gaps in the criminal law	30
Galtsev Yu.V., Protsenko D.E., Prikhodko A.N., Yakushev V.V. To the question of the possibility of determining the distance of a far range bullet shot when measuring the entry gunshot injury	40
Grushin F.V., Davydova I.A. Guarantees for the realization of certain rights and legitimate interests of imprisoned parents	48
Dolzhikov A.V. The principle of proportionality and fundamental principles of the constitutional system	56
Lebedev N.Y., Chesnokova E.V. On approaches to the subject of criminalistics and the theory of forensics (forensic expertology)	70
Sviridov M.K. Branch affiliation of the rules governing judicial activity on the execution of sentences.....	83
Starostin S.A. Actual problems of administrative procedures in business.....	92
Suslin E.V., Nazarov S.V. Theoretical and legal aspects of judicial discretion in the criminal trial.....	115
Chernenko T.G. Some problematic issues of calculating the terms of criminal record	126
Yakovleva E.O. Trends in the development of criminal policy in the era of mass robotization of vehicles	136

PROBLEMS OF THE PRIVATE LAW

Afanasyeva E.N. New technologies in the field of artificial intelligence challenge the foundations of civil law	145
Voronkova E.R. Formation of a conscientious attitude of an employee to work as the main goal of disciplinary proceedings	153
Idrisov H.V. Some of the features of the conclusion of civil-law contracts in electronic form and the problematic aspects of liability for breach of its terms	163
Kvanina V.V., Makarova T.I. Public and private legal means of minimizing environmental risks: theoretical and instrumental analysis.....	174
Podshivalov T.P. Conditions for satisfaction of negatory claim	189
Khayrutdinov M.U. International law in the field of transboundary environmental pollution: status, problems and prospects.....	203
INFORMATION ABOUT THE AUTHORS	217

ПРОБЛЕМЫ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

УДК 343.1

DOI: 10.17223/22253513/36/1

О.И. Андреева, О.В. Качалова

РОССИЙСКИЙ УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС В ЭПОХУ КОРОНАВИРУСА: ВЫЗОВЫ ВРЕМЕНИ

Рассматриваются проблемы, возникшие в ходе расследования и разрешения уголовных дел в условиях пандемии коронавирусной инфекции. Авторы приходят к выводу о том, что принимаемые в условиях пандемии ограничительные меры поставили на повестку дня вопрос о необходимости скорейшего перехода российского уголовного судопроизводства в электронный формат, поскольку такой режим позволяет существенным образом минимизировать вынужденные ограничения прав участников уголовного судопроизводства, своевременно обеспечивая защиту их законных интересов и доступ к правосудию.

Ключевые слова: пандемия, баланс частных и публичных интересов, ограничения, обеспечение прав участников уголовного судопроизводства, видеоконференцсвязь, процессуальные сроки.

Противодействие распространению пандемии, вызванной вирусом COVID-19, существенным образом повлияло на все сферы общественной жизни, в том числе и на сферу уголовной юстиции. Следователи, прокуроры, адвокаты и судьи оказались в ситуации, когда обычный режим производства по уголовным делам с предусмотренными законом процессуальными сроками, выполнением необходимых процессуальных действий оказался невозможен ввиду объективных причин. Правоприменители столкнулись с правовой коллизией: с одной стороны, при производстве по уголовным делам в силу принципа законности (ч. 2 ст. 7 УПК РФ) установлен приоритет уголовно-процессуального закона над другими федеральными законами или иными нормативными правовыми актами, с другой – меры, вводимые подзаконными актами органов государственной власти в каждом из регионов страны, направленные на предотвращение распространения инфекции, затрудняют осуществление уголовного судопроизводства в обычном порядке. На повестку дня встал целый ряд вопросов уголовно-процессуального и организационного характера: Как обеспечить надлежащую уголовно-процессуальную деятельность в условиях рекомендованной для граждан самоизоляции? Как проводить процессуальные действия, если они не терпят отлагательства, а лица находятся на самоизоляции, в обсерваторах или больницах инфекционного профиля или явка участников уголовного процесса невозможна в силу запрета или ограничения передвиже-

ния? Как обеспечить соблюдение сроков рассмотрения уголовных дел в условиях невозможности обеспечить явку участников уголовного судопроизводства?

Перед органами уголовной юстиции и судами встала серьезная задача обеспечения эффективности уголовного судопроизводства и доступа к правосудию в новых условиях, с одной стороны, и принятия необходимых мер по обеспечению безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве, в том числе и собственной, от угрозы заражения COVID-19 – с другой.

В первую очередь возник вопрос: как соблюсти предусмотренные законом сроки следствия, если проведение следственных действий в условиях пандемии затруднено? В некоторых отделах следователям рекомендовали отложить допросы свидетелей, очные ставки и другие действия, если они не имеют принципиального значения для расследования дела и несущественно влияют на сроки расследования. Однако фактически должностные лица, осуществляющие предварительное расследование, продолжили работу в обычном режиме, ориентируясь прежде всего на сроки расследования, а не на задачи охраны здоровья граждан. Уголовно-процессуальный закон не позволяет продлевать срок расследования в связи с объявлением эпидемий и иных чрезвычайных обстоятельств. Допускается приостановление предварительного следствия в случае заболевания обвиняемого (подозреваемого) коронавирусной инфекцией (п. 2 ч. 1 ст. 238 УПК РФ), однако предусмотренные законом основания приостановления предварительного следствия не учитывают случаи, связанные с невозможностью обеспечить явку обвиняемого и его защитника вследствие введения карантинных мероприятий на территории субъекта РФ.

На практике встречаются случаи приостановления предварительного следствия по п. 3 ч. 1 ст. 208 УПК РФ – место нахождения подозреваемого, обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в уголовном деле отсутствует. Между тем приостановление предварительного следствия по такому основанию возможно только в случае, если обвиняемый не содержится под стражей. Кроме того, приостановление уголовного дела по указанному основанию невозможно в случае отсутствия реальной возможности участия в производстве следственных действий иных участников уголовного судопроизводства.

В большинстве случаев ходатайства об отложении следственных действий ввиду угрозы распространения коронавируса не удовлетворяются. При этом нередко возникают ситуации, когда права и законные интересы лиц, вовлеченных в уголовный процесс, находятся под угрозой. К примеру, в Чувашии следователь пригласила адвоката по назначению и начала допрос, в ходе которого защитник выяснил, что у подозреваемой на руках имеется предписание о необходимости изоляции как прибывшей из Прибалтики и имеющей первичные симптомы заболевания. Адвокат потребовал незамедлительно прекратить допрос. Однако следователь настаивала на проведении других процессуальных действий. На следующий день под-

следственную из ИВС срочно госпитализировали в связи с развитием коронавируса [1]. Президент Федеральной палаты адвокатов обратился к председателю Следственного комитета РФ, Генеральному прокурору РФ и министру внутренних дел, обратив их внимание на то, что в условиях пандемии правоохранители зачастую настаивают на проведении следственных действий, не относящихся к категории неотложных. При этом часто не обеспечиваются элементарные, обязательные в настоящее время противоэпидемиологические меры [Там же].

Не обеспечена защита жизни и здоровья следователей, а также лиц, участвующих в следственных действиях. Так, в Томской области был проведен осмотр места происшествия, где был обнаружен труп, и только через некоторое время стало известно, что у потерпевшего ранее было диагностировано воспаление легких, вызванное COVID-19.

Пытаясь обеспечить расследование преступления в установленные сроки, лица, осуществляющие расследование преступлений, не учитывают ограничительных мероприятий, вводимых на территориях субъектов Российской Федерации. Имеют место случаи, когда обвиняемый и его защитник, проживающие на территории одного субъекта Российской Федерации, вызывались для участия в следственном действии на территорию другого субъекта РФ, что автоматически порождало для них необходимость находиться в этом субъекте на самоизоляции в течение не менее 14 дней.

В то же время участники предварительного расследования не имеют возможности представлять и получать доступ к документам в электронном виде, следственные действия не проводятся с возможностью участия в них посредством дистанционных информационно-цифровых технологий. Возможности обращения участников процесса с ходатайством, заявлением, жалобой к следователю, дознавателю, прокурору в виде электронного документа в ходе досудебной подготовки вообще отсутствуют.

С проблемами в условиях пандемии столкнулись и суды, перед которыми встала сложная задача: обеспечить в сложившейся ситуации судебную защиту прав и свобод граждан, доступ к правосудию, сохранив при этом безопасность участников судопроизводства и работников суда. В отличие от органов, осуществляющих предварительное расследование, суды оказались более подготовленными к возникшей ситуации. В судах имелся опыт проведения судебных действий посредством видеоконференцсвязи. Предусматривает уголовно-процессуальный закон и возможность обращения в суд в форме электронного документа. Да и в целом суды оказались наиболее готовы к оперативным изменениям и принятию решений, которые обеспечивают баланс в необходимости осуществления правосудия и обеспечения безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве. В Постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 8 апреля 2020 г. судам было рекомендовано приостановить личный прием граждан в судах и рекомендовать подавать документы через электронные интернет-приемные судов или посредством почтовой связи, обеспечить своевременные прием, обработку и регистрацию документов, поданных в суды по-

средством почтовой связи и в электронном виде, в том числе в форме электронного документа. Было также рекомендовано рассматривать дела и материалы безотлагательного характера (избрание, продление, отмена или изменение меры пресечения), а также дела, всеми участниками которых заявлены ходатайства о рассмотрении дела в их отсутствие, если их участие при рассмотрении дела не является обязательным, или при наличии технической возможности инициировать рассмотрение дел путем использования систем видеоконференцсвязи. Судам также разъяснили их право с учетом обстоятельств дела, мнений участников судопроизводства и условий режима повышенной готовности, введенного в соответствующем субъекте РФ, самостоятельно принимать решения о рассмотрении дел, не являющихся безотлагательными.

В Обзоре № 1 по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID), утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 21 апреля 2020 г. [2], было указано, что невозможность рассмотрения дела в связи с введением особых правовых режимов в условиях пандемии является основанием для отложения судебного разбирательства в соответствии со ст. 253 УПК РФ. Вопросы об отложении судебного разбирательства, продлении сроков рассмотрения дела разрешаются судом применительно к каждому уголовному делу с учетом необходимости соблюдения сроков рассмотрения дела судом соответствующей инстанции и положений о разумных сроках уголовного судопроизводства (ст. 6.1 УПК РФ). По общему смыслу в период пандемии могут рассматриваться материалы, если всеми возможными участниками заявлены ходатайства о рассмотрении в их отсутствие в случаях, если их участие не является обязательным. Вводимые в период пандемии ограничительные меры и режим самоизоляции признаются уважительными причинами для восстановления пропущенных в связи с этим процессуальных сроков для подачи жалоб.

Следует отметить, что суды абсолютного большинства стран, охваченных пандемией коронавируса, ввели подобные ограничения (Великобритания, Германия, Молдова, Казахстан и др.). В Верховном Суде Великобритании слушания проводятся в режиме видеоконференцсвязи, когда это необходимо. Стороны заранее получают информацию о слушании и процедурах тестирования каналов и устройств. Документы к слушаниям стороны должны представлять в электронном виде. Посетители в здание суда не допускаются. Слушания транслируются в прямом эфире, а затем видеозапись размещается на сайте. Новые жалобы подаются исключительно в электронном виде.

В Верховном Кассационном Суде Италии все слушания по уголовным делам, кроме неотложных, отложены до 30 июня, после 30 июня дела будут назначаться в соответствии с оценкой их приоритетности.

Верховный суд США перенес публичные слушания на неопределенный срок, а срок подачи заявлений в Верховный суд продлил на 150 дней [3].

В судах Казахстана были составлены списки и расставлены приоритеты по срокам рассмотрения дел и материалов: дела, находящиеся в производстве следственных судов; дела, которые не могут быть перенесены или отложены; дела, которые могут быть перенесены либо отложены на период до окончания режима чрезвычайного положения. Казахстан сообщил о полном переходе судов на онлайн-работу, отложении процессов и популяризации примирения. Всем судам рекомендовано рассматривать судебные дела дистанционно с использованием видеоконференцсвязи – стационарной (из здания полиции и прокуратуры) или мобильной (через смартфон, планшет, ноутбук посредством мессенджеров). Онлайн-процессы фиксируются в электронном протоколе судебного заседания посредством аудио-, видеофиксации. Более 90% судебных процессов проводится по видеоконференцсвязи. Доля приостановленных уголовных дел не превышает 14% [4]. Опыт Казахстана представляется очень важным, поскольку переход на онлайн-режим работы позволяет существенным образом минимизировать вынужденные ограничения прав участников уголовного судопроизводства, своевременно обеспечивая защиту их законных интересов.

На практике российские суды во всех регионах страны без ограничений рассматривали материалы об избрании, продлении, отмене или изменении мер пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста, запрета определенных действий, о помещении подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинскую организацию, оказывающую медицинскую помощь в стационарных условиях, или в медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь в стационарных условиях, для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы. Во многих регионах суды продолжили рассматривать уже начатые рассмотрением ранее уголовные дела по существу (когда судебное следствие уже завершено; уголовные дела в особом порядке судебного разбирательства при согласии с предъявленным обвинением, в порядке гл. 40 УПК РФ (без проведения судебного следствия)). Суды стали принимать решения о рассмотрении дел и материалов с ограниченным кругом участников судебного производства. К примеру, Красноярский краевой суд рекомендовал председателям судов г. Красноярска и Красноярского края рассматривать уголовные дела только с участием прокурора, адвоката и подсудимого с использованием систем видеоконференцсвязи.

Однако большинство судебных заседаний было отложено ввиду неявки сторон по уважительным причинам. Имели место случаи переноса даты рассмотрения уголовного дела по существу с формулировкой «в связи с угрозой распространения коронавирусной инфекции». В этих условиях судам было рекомендовано при наличии технической возможности инициировать рассмотрение дел путем использования систем видеоконференцсвязи при соблюдении ряда условий: с учетом конкретных обстоятельств дела, с согласия участников судопроизводства; при технической возможности установления личности участника процесса и осуществления им

процессуальных прав, установленных законом. Участники процесса получили возможность принять участие в заседании посредством мессенджера WhatsApp. К примеру, Вологодский областной суд удовлетворил ходатайство потерпевшего об участии в судебном заседании посредством WhatsApp. В суде рассматривалась апелляционная жалоба гражданина, осужденного судом первой инстанции за грабеж [5]. Председатель Вологодского областного суда обратил внимание, что «в условиях борьбы с коронавирусом суды ищут новые способы, чтобы помочь гражданам реализовать свои процессуальные права, в том числе дистанционно. Человек может от руки написать ходатайство, сфотографировать и по мессенджеру направить в суд, что, безусловно, расширяет возможности участия граждан в судопроизводстве и позволят не нарушить режим самоизоляции [Там же]. В ряде апелляционных и кассационных судов стали рассматривать дела посредством не только видеоконференцсвязи, но и Skype [6].

Верховный Суд России стал рассматривать дела онлайн с помощью веб-видеоконференцсвязи из офисных или жилых помещений с применением технологии биометрической аутентификации участника судебного заседания по лицу и голосу [Там же].

Вместе с тем работа ряда судов в условиях пандемии не была безупречной. Отмечены неоднократные случаи неудачной попытки вручения корреспонденции, отправленной посредством EMS с доставкой курьером, адресованной суду. Критику со стороны адвокатского сообщества вызвали информационная закрытость многих судов и отсутствие их процессуальной коммуникации с участниками судопроизводства (адвокаты вынуждены добираться в суд, в том числе общественным транспортом, только для того, чтобы узнать об отложении рассмотрения дела или приостановлении производства по нему), уведомления участников процесса нередко несвоевременны и ненадлежащи, решения о продлении срока содержания под стражей со ссылкой на чрезвычайные обстоятельства выносятся без участия подследственных, зачастую суд отказывает в удовлетворении ходатайств об обеспечении такого участия по системе видеоконференцсвязи [7].

В ряде случаев дела рассматривались без какого-либо участия обвиняемых. При этом суды ссылались на документы ФСИН о невозможности доставки обвиняемого. Так, например, С-кий районный суд г. Липецка рассмотрел вопрос о продлении срока содержания под стражей с применением усеченной видеоконференцсвязи. В связи с пандемией коронавируса доступ в СИЗО был запрещен, в связи с чем обвиняемый Б. остался без юридической помощи. Судья отказал стороне защиты в предоставлении возможности дать обвиняемому консультацию по видеоконференцсвязи до судебного заседания. Трансляция была организована таким образом, что в ходе судебного заседания Б. не имел возможности видеть своих защитников, а защитники не могли видеть Б., они могли только слышать друг друга [8]. Очевидно, что в данном случае имеет место нарушение норм УПК РФ, и данное решение подлежит отмене вышестоящим судом.

Адвокаты Томской области отмечали проблемы связи, слышимости и понимания происходящего при рассмотрении дел в отдельных судах, когда участники уголовного судопроизводства были разобщены по отдельным кабинетам, а подсудимый принимал участие в судебном заседании посредством видеоконференцсвязи.

Полагаем, что для решения проблем, возникающих в условиях пандемии и иных чрезвычайных обстоятельств, необходимо использовать совокупность инструментов правоприменительного, законодательного и организационного характера. Рассмотрим, на наш взгляд, наиболее важные из них.

Во-первых, в ситуациях подобного рода целесообразно было бы широко использовать судебный контроль в целях обеспечения права граждан на охрану здоровья при производстве предварительного расследования. В случае отказа в удовлетворении ходатайства об отложении следственных действий в связи с угрозой распространения коронавируса, принятии органами расследования иных решений, затрагивающих право граждан на охрану здоровья, заинтересованные лица вправе обратиться с жалобой в суд в порядке ст. 125 УПК РФ, поскольку ст. 11 УПК РФ запрещает осуществление действий и принятие решений, создающих опасность для жизни и здоровья их участников, а ст. 41 Конституции РФ предусматривает ничем не ограничиваемое право на охрану здоровья граждан. Суд должен отнести данные жалобы к категории безотлагательных и обеспечить возможность для сторон принять участие в судебном заседании онлайн посредством видеоконференцсвязи, в том числе с использованием Wats App, Skype и т.п. В противном случае смысл данного процессуального действия теряется напрочь – очное участие в судебном заседании по рассмотрению вопроса о невозможности личного участия в следственном действии нелогично.

В ходе рассмотрения жалобы суд должен установить, будет ли при проведении следственного действия нарушено конституционное право на охрану здоровья в каждом конкретном случае с учетом данных о лице, вызываемом для участия в следственном действии (его возраст, состояние здоровья, в том числе на момент рассмотрения жалобы, место и условия проживания), а также характера предполагаемого действия, его неотложности, значимости для расследования, места производства, возможности соблюдения необходимые санитарно-эпидемиологические требования. Рассматривая жалобу, суд должен исходить из баланса частных и публичных интересов в каждой конкретной ситуации, убедиться в том, что со стороны участников процесса нет злоупотребления правом.

Во-вторых, необходимым шагом представляется внесение изменений в УПК РФ в части расширения оснований для приостановления предварительного расследования. Необходимость строгого соблюдения сроков следствия в условиях пандемии создает серьезную угрозу безопасности для большого числа лиц. В качестве дополнительного основания приостановления предварительного расследования следует установить возникно-

вление угрозы безопасности участников уголовного судопроизводства и иных лиц.

В-третьих, вызовы пандемии требуют активно внедрять в российский уголовный процесс информационно-цифровые технологии, переводить его в электронный формат [9. С. 95–101; 10. С. 235–240; 11. С. 88–95; 12. С. 199–208]. В ряде стран СНГ формат электронного уголовного дело достаточно успешно функционирует в течение длительного времени. Так, например, в Грузии досудебное уголовное судопроизводство осуществляется фактически в электронном формате. Заслуживает пристального внимания опыт Казахстана, где с 2018 г. ряд категорий уголовных дел расследуется в электронном формате, что предполагает в том числе электронное взаимодействие между участниками уголовного судопроизводства, онлайн-рассмотрение вопросов санкционирования отдельных процессуальных действий и направления уголовных дел [13. С. 103–107; 14. С. 57–61]. Анализ опыта наших соседей позволит избежать возможных трудностей и ошибок [15. С. 93–100].

Переход к электронному уголовному делу потребует изменения ряда норм уголовно-процессуального закона в части, касающейся взаимодействия участников уголовного судопроизводства и обмена их процессуальной информацией – вручения копий процессуальных документов, ознакомления участников уголовного процесса с материалами уголовного дела и т.п. [16. С. 49–50; 17. С. 72], решения множества материальных, организационных и технических проблем, однако данные проблемы непременно должны быть решены – это настоятельные требования времени.

Таким образом, пандемия коронавируса поставила на повестку дня вопрос о создании возможностей для быстрого переформатирования уголовного судопроизводства в условиях чрезвычайных ситуаций, когда обычный режим производства по уголовным делам с предусмотренными законом процессуальными сроками, выполнением необходимых процессуальных действий невозможен ввиду объективных причин. Это касается сроков уголовного судопроизводства, эффективного использования механизмов судебного контроля за досудебным производством по уголовному делу, совместных скоординированных действий органов уголовной юстиции, судов, адвокатуры, а также органов, обеспечивающих содержание под стражей подозреваемых и обвиняемых (координацию таких действий могли бы осуществлять органы прокуратуры). Принимаемые в условиях пандемии ограничительные меры, затрудняющие либо исключаяющие возможность непосредственного личного участия большинства участников уголовного судопроизводства в процессуальных действиях, поставили на повестку дня вопрос о необходимости скорейшего внедрения в российский уголовный процесс информационно-цифровых технологий, его перехода в электронный формат, поскольку такой режим позволяет существенным образом минимизировать вынужденные ограничения прав участников уголовного судопроизводства, своевременно обеспечивая защиту их законных интересов.

Литература

1. ФПА потребовала от Бастрыкина проводить только неотложные следственные действия. URL: <https://legal.report/fpa-potrebovala-ot-bastrykina-i-krasnova-provodit-tolko-neotlozhnye-sledstvennyye-deystviya-v-maskah/>
2. Обзор № 1 по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID). URL: http://www.supcourt.ru/press_center/news/28855/
3. Суды мира во время пандемии. URL: https://www.vsrfr.ru/press_center/news/28842/
4. Казахстанцы могут обратиться в суд с любого гаджета. URL: <http://sud.gov.kz/rus/news/kazahstancy-mogut-obratitsya-v-sud-s-lyubogo-gadzheta>
5. Рассудят по звонку. URL: <https://rg.ru/2020/04/19/reg-urfo/sudam-razreshili-provodit-slushaniia-onlajn.html>
6. Совфед разработал проект о проведении судебных заседаний по видеосвязи. URL: https://pravo.ru/news/220845/?desc_news_13=
7. Соблюдать процессуальные гарантии и защитить адвокатов. URL: <https://fparf.ru/news/fpa/soblyudat-protsessualnye-garantii-i-zashchitit-advokatov/>
8. Последние разъяснения Верховного Суда РФ. URL: <https://e.ugpr.ru/805355>
9. Качалова О.В., Цветков Ю.А. Электронное уголовное дело – инструмент модернизации уголовного судопроизводства // Российское правосудие. 2015. № 2. С. 95–101.
10. Носкевич И.Д., Бушкевич Н.С. Перспективы информатизации следственной работы: опыт Следственного комитета Республики Беларусь // Совершенствование следственной деятельности в условиях информатизации : сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф. (Минск, 12–13 апреля 2018 г.). Минск, 2018. С. 235–240.
11. Марковичева Е.В. Перспективы развития электронного судопроизводства в Российской Федерации // Российское правосудие. 2017. № 3. С. 88–95.
12. Александров А.С., Андреева О.И., Зайцев О.А. О перспективах развития российского уголовного судопроизводства в условиях цифровизации // Вестник Томского государственного университета. 2019. № 448. С. 199–208.
13. Жакупов Р.Т. Электронное судопроизводство в Республике Казахстан Совершенствование следственной деятельности в условиях информатизации : сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф. (Минск, 12–13 апреля 2018 г.). Минск, 2018. С. 103–107.
14. Андреева О.И., Зайцев О.А. Перспективы ведения российского уголовного судопроизводства в электронном формате // Уголовная юстиция. 2018. № 12. С. 57–61.
15. Качалова О.В. Уголовно-процессуальные проблемы информатизации современного уголовного судопроизводства // Российское правосудие. 2019. № 2. С. 93–100.
16. Бушкевич Н.С. Перспективы развития уголовного процесса в условиях глобальной цифровизации белорусского общества // Совершенствование следственной деятельности в условиях информатизации : сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф. (Минск, 12–13 апреля 2018 г.). Минск, 2018. С. 49–50.
17. Масленникова Л.Н. К вопросу о первых результатах реализации научного проекта № 18-29-16018 «Концепция построения уголовного судопроизводства, обеспечивающего доступ к правосудию в условиях развития цифровых технологий» // LEX RUSSICA. 2020. Т. 73, № 1 (158). С. 70–87.

Andreeva Olga I., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation), *Kachalova Oksana V.*, Russian State University of Justice (Moscow, Russian Federation)

RUSSIAN CRIMINAL TRIAL IN THE ERA OF CORONAVIRUS: CHALLENGES OF TIME

Keywords: pandemic, balance of private and public interests, restrictions, ensuring of the rights of participants to a criminal trial, video conferencing, procedural time limits.

The response to the spread of the COVID-19 pandemic has had a significant impact on all areas of public life, including the criminal justice sector. Investigators, prosecutors, lawyers and judges found themselves in a situation when the usual regime of proceedings in criminal cases with the due procedural time limits and implementation of necessary procedural actions was impossible because of objective reasons. Law enforcers faced a legal conflict: on the one hand, in criminal proceedings, the principle of legality sets the priority of criminal procedure law over other federal laws or regulations, on the other hand, all measures imposed by by-laws of public authorities in each of the regions of the country to prevent the spread of infection make it difficult to carry out criminal proceedings as usual.

The criminal justice authorities and the courts faced the serious task of ensuring the effectiveness of criminal proceedings and access to justice under the new conditions, on the one hand, and taking the necessary measures to ensure the safety of persons involved in criminal proceedings, including their own, from the threat of COVID-19 infection on the other. Several criminal-procedural and organizational issues that require resolving have been raised. The authors analyzed judicial, investigative and legal practices, decisions of the heads of law enforcement agencies and courts, and paid attention to the legal regulation the activities of law enforcement agencies and courts in foreign countries. The study concluded that it was necessary to create opportunities for rapid reformatting of criminal proceedings in emergencies. This applies to the timing of criminal proceedings, the effective use of judicial control mechanisms over the pre-trial criminal proceedings, the jointly coordinated actions of the criminal justice authorities, courts, the bar, and the bodies providing the detention of suspects and defendants (coordination of such actions could be carried out by the prosecutor's office). Restrictive measures taken during the pandemic which make it difficult or exclude the possibility of direct personal involvement of most participants in criminal proceedings have put on the agenda the question of the need to introduce information and digital technologies into the Russian criminal trial quickly, of its transition into electronic format, since such a regime allows to minimize significantly the unwanted restrictions of the rights of parties to a criminal trial and to ensure the protection of their legitimate interests without undue delay.

References

1. Davlyatchin, I. (2020) *FPA potrebovala ot Bastrykina provodit' tol'ko neotlozhnye sledstvennye deystviya* [The FPA demanded that Bastrykin conduct only urgent investigative actions]. [Online] Available from: <https://legal.report/fpa-potrebovala-ot-bastrykina-i-krasnova-provodit-tolko-neotlozhnye-sledstvennye-dejstviya-v-maskah/>
2. The Supreme Court of the Russian Federation. (2020a) *Obzor № 1 po otдел'nyм voprosam sudebnoy praktiki, svyazannym s primeneniem zakonodatel'stva i mer po protivodeystviyu rasprostraneniyu na territorii Rossiyskoy Federatsii novoy koronavirusnoy infektsii (COVID)* [Review No. 1 on selected issues of judicial practice related to the application of legislation and measures to combat proliferation of the new coronavirus infection (COVID) in Russia]. [Online] Available from: http://www.supcourt.ru/press_center/news/28855/
3. The Supreme Court of the Russian Federation. (2020b) *Sudy mira vo vremya pandemii* [The courts of peace during the pandemic]. [Online] Available from: https://www.vsrfr.ru/press_center/news/28842/
4. The Supreme Court of the Republic of Kazakhstan. (2020) *Kazakhstantsy mogut obratit'sya v sud s lyubogo gadzheta* [The Kazakhstani can appeal to the court from any gadget]. [Online] Available from: <http://sud.gov.kz/rus/news/kazahstancy-mogut-obratitsya-v-sud-s-lyubogo-gadzheta>
5. Kulikov, V. (2020) *Rassudyat po zvonku* [Judge online]. [Online] Available from: <https://rg.ru/2020/04/19/reg-urfo/sudam-razreshili-provodit-slushaniia-onlajn.html>

6. Pravo.ru. (2020) *Sovfed razrabotal proekt o provedenii sudebnykh zasedaniy po video-svyazi* [The Federation Council has developed a project on court hearings by video link]. [Online] Available from: https://pravo.ru/news/220845/?desc_news_13=

7. The Federal Chamber of Lawyers of the Russian Federation. (2020) *Soblyudat' protsessual'nye garantii i zashchitit' advokатов* [Comply with procedural safeguards and protect lawyers]. [Online] Available from: <https://fparf.ru/news/fpa/soblyudat-protsessualnye-garantii-i-zashchitit-advokатов/>

8. The Supreme Court of the Russian Federation. (2020) *Poslednie raz'yasneniya Verkhovnogo Suda RF* [The recent clarifications of the Supreme Court of the Russian Federation]. [Online] Available from: <https://e.ugpr.ru/805355>

9. Kachalova, O.V. & Tsvetkov, Yu.A. (2015) Electronic Criminal Case as a Tool for Development of Criminal Proceedings. *Rossiyskoe pravosudie – Russian Justice*. 2. pp. 95–101. (In Russian).

10. Noskevich, I.D. & Bushkevich, N.S. (2018) [Prospects for investigation informatization: the experience of the Investigative Committee of the Republic of Belarus]. *Sovershenstvovanie sledstvennoy deyatel'nosti v usloviyakh informatizatsii* [Improving the investigative activities in the context of informatization]. Proc. of the International Conference. Minsk, April 12–13, 2018. Minsk. pp. 235–240. (In Russian).

11. Markovicheva, E.V. (2017) Prospects for Introduction of Elements of e-Justice in the Russian Criminal Proceedings. *Rossiyskoe pravosudie – Russian Justice*. 3. pp. 88–95. (In Russian).

12. Aleksandrov, A.S., Andreeva, O.I. & Zaytsev, O.A. (2019) On Development Prospects of the Russian Criminal Proceeding in the Context of Digitalization. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal*. 448. pp. 199–208. (In Russian). DOI: 10.17223/15617793/448/25

13. Zhakupov, R.T. (2018) [Electronic proceedings in the Republic of Kazakhstan]. *Sovershenstvovanie sledstvennoy deyatel'nosti v usloviyakh informatizatsii* [Improving the investigative activities in the context of informatization]. Proc. of the International Conference. Minsk, April 12–13, 2018. Minsk. pp. 103–107. (In Russian).

14. Andreeva, O.I. & Zaytsev, O.A. (2018) Prospects for conducting Russian criminal proceedings in electronic format. *Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law*. 12. pp. 57–61. (In Russian). DOI: 10.17223/23088451/12/11

15. Kachalova, O.V. (2019) Criminal Procedure Problems of Informatization of Modern Criminal Proceedings. *Rossiyskoe pravosudie – Russian Justice*. 2. pp. 93–100. (In Russian).

16. Bushkevich, N.S. (2018) [Prospects for the development of the criminal process in the context of global digitalization of the Belarusian society]. *Sovershenstvovanie sledstvennoy deyatel'nosti v usloviyakh informatizatsii* [Improving the investigative activities in the context of informatization]. Proc. of the International Conference. Minsk, April 12–13, 2018. Minsk. pp. 49–50. (In Russian).

17. Maslennikova, L.N. (2020) First Results of the Scientific Project No. 18-29-16018 “The Concept of Forming up Criminal Proceedings Providing Access to Justice in the Conditions of Digital Technologies Development”. *Lex Russica*. 73(1) (158). pp. 70–87. (In Russian). DOI: 10.17803/1729-5920.2020.158.1.070-087

УДК 342

DOI: 10.17223/22253513/36/2

Н.А. Боброва

КОНСТИТУЦИОННЫЕ И ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ: ОДНА ИЛИ ДВЕ ОТРАСЛИ ПРАВА?¹

Используются исторический, сравнительный и другие аналитические методы для исследования единства и различий в наименовании отрасли как конституционного и как государственного права. Оба наименования имеют свои плюсы и предпочтения, в связи с чем проблема наименования отрасли и ее предмета имеет вечную актуальность. Рассматриваются три основных позиции ученых по вопросу о соотношении конституционно-правовых и государственно-правовых отношений. Раскрываются особенности общественных отношений, составляющих предмет конституционного права, их политический характер, неразрывная связь с государственной властью. Доказываются ущербность и бесперспективность деления данной отрасли на две самостоятельные отрасли – конституционное и государственное право.

Ключевые слова: предмет конституционного права, власть, политика, конституционные отношения, метаотрасль.

Введение

Дискуссии являются двигателем науки, и автор настоящей статьи, помимо прочего, дискутирует с некоторыми положениями одной из интереснейших статей, опубликованных в «Вестнике Томского государственного университета. Право» [1].

О.Е. Кутафин отмечал, что различные взгляды на специфику конституционно-правовых отношений «в той или иной мере вносят позитивный вклад в исследование рассматриваемого вопроса» [2. С. 308]. Он писал также, что наука конституционного права при советской власти не существовала как самостоятельная, а входила в состав единой науки «советское государственное право» [Там же. С. 15]. Первым ученым, защитившим докторскую диссертацию и опубликовавшим монографию о государственно-правовых отношениях, был В.С. Основин [3]. С тех пор изменились и название отрасли права, и содержание общественных отношений, образующих ее предмет.

По мнению Е.В. Лунгу, «в науке конституционного права комплексного знания о конституционных правоотношениях не выработано», равно как «не определено соотношение... государственно-правовых отношений и конституционных правоотношений» [1. С. 89].

Можно сформулировать и классифицировать несколько взглядов ученых на соотношение государственно-правовых и конституционных отно-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ и КН РА в рамках научного проекта № 20-511-05003.

шений, условно назовем их концепциями соотношения конституционных и государственно-правовых отношений.

Первая (классическая) концепция заключается в том, что это полностью или в основном совпадающие понятия, разница лишь в расставляемых акцентах: одни ученые делают акцент на базисном, основополагающем слое «двухслойного пирога» конституционно-правовых отношений, образующих предмет данной отрасли и, как правило, закрепляемых в Основном законе (стремление к конституционным идеям, идеалам, принципам предполагает название «конституционное право»); другие же исследователи акцентируют отношения по поводу формирования и функционирования государственной власти, а поскольку субъектом властеотношений обязательно является государство, его органы и должностные лица, вполне логичным является и название «государственное право». Таким образом, даже внутри одной концепции наблюдается разное акцентирование: одни считают более правильным наименование отрасли как конституционного права, другие – как государственного права, третьи именуют отрасль компромиссно: конституционное (государственное) право. В целом же первое направление исходит из тождественности наименований единой и неделимой отрасли.

Иными словами, классический взгляд на предмет этой отрасли исходит из совпадения понятий государственно-правовых и конституционно-правовых отношений.

Вторая концепция исходит из идеи рассмотрения и конструирования конституционного права как базы, основы, каркаса, некоего ядра всей национальной правовой системы, т.е. это отрасль, которая призвана конституционализировать все отрасли российского права. Функция конституционализации придает данной отрасли характер метаотрасли [4]. Согласно этой концепции функцию метаотрасли выполняют не все конституционные (государственно-правовые) отношения, а только базисные по содержанию и получившие «конституционную прописку» по форме. Поскольку предмет государственно-правовых отношений шире предмета конституции, постольку конституционные отношения являются частью, ядром государственно-правовых отношений, развиваемых за рамками конституции, но лишь в качестве ее продолжения, на что может указывать и сама конституция, обязывая государство принять соответствующие федеральные конституционные законы. В этом смысле все государственно-правовые отношения являются конституционными. Да и «рядовые» государственно-правовые отношения, например в сфере выборов или деятельности парламента, тоже влияют на все остальные отрасли, ибо с их помощью формируется власть, и она же определяет законодательный процесс, а следовательно, предопределяет истоки и характер всех других отраслей, всего права.

Третью концепцию, относительно новую, парадоксальную, представляют конституционалисты, которые исходят из разделения конституционных и государственно-правовых отношений на две самостоятельные сфе-

ры. С их точки зрения, конституционное право и государственное право – это две разные отрасли права, две автономные науки. Получается, что ученые, представляющие первую науку, являются конституционалистами, а ученые, представляющие вторую науку, являются государствоведами.

Верна ли третья концепция и в чем ее ущербность?

Некоторые ученые идею разделения предмета конституционного (государственного) права на две самостоятельные отрасли права усмотрели в вышеприведенном высказывании О.Е. Кутафина. Но если внимательно прочесть это высказывание, то оно прозвучало как бы вскользь и, нетрудно заметить, совсем в другом контексте и в ином смысле, нежели в том смысле, который пытаются ныне приписать Олегу Емельяновичу, якобы впервые написавшему о разделении конституционного и государственного права на две отрасли.

Цитируя высказывание О.Е. Кутафина, Е.В. Лунгу нашла в нем опору для обоснования концепции деления единой отрасли на две самостоятельные отрасли. Евгения Владимировна пишет: «Как в свое время конституционное право выделилось из государственного права, так и конституционные правоотношения необходимо разграничить с государственно-правовыми отношениями» [1. С. 93]. Она еще раз озвучила известный тезис, согласно которому «к идеям построения конституционных правоотношений в России вернулись в начале 90-х гг. XX в., что связано с изменениями в политической жизни России, признанием ценностей правового государства, демократическими процессами. Именно в эти годы на смену государственно-правовым отношениям приходят конституционные правоотношения. В работах постсоветского периода конституционные правоотношения рассматривались как логичное продолжение государственно-правовых отношений» [Там же. С. 89–90].

Некоторые ученые считают, что с изменением целей конституционно-правового регулирования «из науки, обслуживающей российский тоталитаризм, конституционное право переросло в науку, направленную на построение правового государства» [5. С. 66]. Этот же тезис практически дословно излагает Е.В. Лунгу [1. С. 92]. На наш взгляд, само понятие «тоталитаризм» придумано либералами периода перестройки и давно стало пропагандистским штампом, неким «общим местом» идеологических споров.

Не хотелось бы сильно критиковать автора солидного издания, но все же, на наш взгляд, цитируемый абзац состоит из набора неверных посылов и привычных штампов, характерных, впрочем, для многих современных работ. Например, тезис о ценностях правового государства и демократических процессах является настолько типичным, что так и хочется сказать: «Призрак бродит по Европе... призрак правового государства».

В нескольких местах своей весьма интересной статьи Е.В. Лунгу подчеркивает, что конституционные и государственно-правовые отношения

различаются целями, при этом целью конституционных отношений является построение правового государства, в то время как цель государственно-правовых отношений сводится к государственному строительству [1. С. 92, 94]. Получается парадокс, к которому Е.В. Лунгу отнюдь не стремилась, но, по сути, она считает, что государственно-правовые отношения не нацелены на построение правового государства. Однако с тезисом о том, что только конституционные отношения нацелены на этот идеал, вряд ли согласятся другие конституционалисты и представители иных отраслей права.

Следующий тезис, согласно которому «на смену государственно-правовым отношениям приходят конституционные правоотношения», тоже является не совсем верным, не говоря уже о том, что, по мнению Е.В. Лунгу, при советской власти писаная конституция была, но конституционных отношений вообще не было.

В чем сущность писаной Конституции?

Начнем с того, что сущность конституции состоит не только и не столько в привлекательных принципах и даже не в правах личности (все это – демократический декор, хотя и важный для содержания конституции), сколько в устройстве, механизме власти. А устройство власти соответствует тому соотношению сил, которое сложилось на момент принятия конституции. Еще Ф. Лассаль подчеркивал, что сущность конституции заключается не в вопросах права, а в вопросах силы. Другими словами, сущность конституции заключается в том соотношении сил, которое она закрепляет, т.е. опять же в устройстве власти, ее формировании и функционировании. А что такое устройство власти? Это и есть те самые государственно-правовые отношения, которые некоторые ученые пытаются вывести за рамки конституционных отношений, обосновывая автономность тех и других, а в результате приходят к выводу о наличии двух отдельных, самостоятельных отраслей права – конституционного и государственного.

Эта идея сродни вопросу о том, как отделить воду, влившуюся из Волги в Каспийское море, от Каспийского моря. Если кому-то хочется «выпить море», то это можно сделать только способом, предложенным Эзопом, т.е. способом отделения от моря влившихся в него рек.

Отделить государственно-правовые отношения от конституционных – то же самое, что вывести сущность предмета за пределы самого предмета. Любому же понятно, что без сущности предмета нет и его самого. Уберите из Конституции РФ главы об устройстве власти (гл. 3 «Федеративное устройство», гл. 4 «Президент Российской Федерации», гл. 5 «Федеральное Собрание», гл. 6 «Правительство Российской Федерации», гл. 7 «Судебная власть и прокуратура») – и от Конституции не останется ничего, кроме декларативных принципов, дефиниций, программных положений и декларированных норм о правах человека. Небезынтересно отметить, что в де-голлеской Конституции Франции 1958 г. вообще не было главы о правах

личности (была лишь ссылка на соответствующий раздел предыдущей Конституции Франции 1946 г.), но от этого Конституция Франции 1958 г. не перестала быть конституцией, равно как и не отменяла конституционного строя. Просто этот конституционный строй был авторитарным, закрепившим соотношение сил в пользу президента Франции, т.е. то соотношение сил, которое сложилось на момент наивысшего взлета популярности генерала де Голля и вынесения на референдум выгодной ему Конституции.

Возникновение конституционного строя в России некоторые авторы почему-то связывает исключительно с принятием Конституции 1993 г. Между тем сначала конституционный строй был уничтожен в результате Указа Президента РФ Б.Н. Ельцина № 1400 от 21 сентября 1993 г.: деятельность Съезда и Верховного Совета РФ была приостановлена, а действовавшая Конституция РФ – фактически отменена, ибо объявлялось верховенство указов Президента РФ, а сам Б.Н. Ельцин после достижения своей главной цели – смещения М.С. Горбачева путем «многоходовки», закончившейся Беловежским соглашением «О денонсации Договора о создании Союза Советских Социалистических Республик», – в кругу своих бывших соратников, в одночасье ставших слугами, называл себя царем [6. С. 387]. А какой может быть конституционный строй после расстрела собственного парламента? Напомним, что критерием конституционного строя является наличие представительного органа народа: если парламент есть, то есть и конституционный строй; если парламент слабый (несамостоятельный, с ограниченными полномочиями), то это одно из свидетельств слабости конституционного строя. Иными словами, Конституцию РФ 1993 г. вряд ли можно считать торжеством демократии, ибо она принималась в условиях полного отсутствия конституционного строя. Она принималась «под Ельцина», ибо победителем был он.

Согласно Е.В. Лунгу, «в работах постсоветского периода конституционные правоотношения рассматривались как логичное продолжение государственно-правовых отношений» [1. С. 91], в то время как, по ее мнению, к конституционным принадлежат отношения, связанные с личностью и обществом, а к государственно-правовым – отношения, связанные с государством [Там же. С. 92, 94]. Между тем эти отношения неразрывно переплетены, являются и началом, и следствием, и продолжением друг друга. В сущностном и содержательном смысле оторвать государственно-правовые отношения от конституционных (и наоборот) просто невозможно.

В попытке разделить конституционные и государственно-правовые отношения закралась, на наш взгляд, неверная методологическая установка, исходящая из смешения деклараций и конституций. Исторически декларации принимаются на пике революций, когда еще неясно, кто победит (Декларация о независимости США 1776 г., Французская декларация о правах человека и гражданина 1789 г., Декларация о суверенитете РСФСР от 12 июня 1990 г., Декларация о правах и свободах человека и гражданина СССР 1991 г., Декларация о правах и свободах человека и гражданина

РСФСР 1991 г.), а конституции принимаются уже победителями с целью фиксации результатов победы и закрепления созданного конституционного строя на долгие-долгие времена. При этом тексты деклараций могут полностью или частично войти в текст конституции (Декларация о правах и свободах человека и гражданина РСФСР 1991 г. составила содержание гл. 2 Конституции РФ «Права и свободы человека и гражданина»), а могут и не войти. И когда студенты на вопрос: «В чем сущность конституции?» – отвечают, что сущность конституции состоит в правах и свободах личности, это демонстрирует смешение понятий содержания и сущности конституции.

Ведь если главное в конституционных отношениях – это права и свободы личности, то зачем же тогда Б.Н. Ельцину потребовалась новая конституция? Декларация-то о правах и свободах уже была принята. Шкатулка просто открывалась. Власть интересуют не чьи-то права (с их помощью власть лишь привлекает людей на свою сторону), а именно собственное всевластие, его закрепление, воспроизводство и сохранение. Вот и вся азбука конституционализма, которая весьма отличается от азбуки деклараций. С помощью деклараций и лозунгов народ зовут на баррикады, а когда добиваются победы, главной задачей становится отстранение народной массы от пользования плодами этой победы. Так было, так есть, так будет. Конституции всегда закрепляют то устройство власти, те государственно-правовые отношения (они же – конституционные в силу конституционного закрепления), которые выгодны победителям. В октябре 1993 г. победил Ельцин. И никакой другой конституции, кроме как конституции «царя Бориса», быть не могло.

Дело еще и в том, что закрепленный в Конституции механизм власти выгоден и удобен любому последующему президенту, и ни один президент по собственной воле такой механизм власти менять не будет, разве только в направлении еще большего «закручивания гаек», благо сама Конституция позволяет это делать. Почему? Потому что Президент РФ – первый субъект права законодательной инициативы, он же практически единолично формирует основные направления внутренней и внешней политики, он же формирует кадровый состав не только исполнительной власти, но и всей прокуратуры и судебной системы, кроме мировых судей, а также обладает множеством других названных в Конституции и «скрытых» полномочий. Администрация Президента держит под жестким контролем состав кандидатов от ЕР в Госдуму, там же формируется программа идеологической обработки населения и вырабатываются ювелирные изменения избирательного, информационного и иного законодательства с целью недопущения к власти реальной (внесистемной) оппозиции. Надо сказать, что все это делается, причем искусно, не выходя за рамки конституционных норм, благо конституционные «рамки» для власти весьма широки, а для гражданского общества и личности – довольно жестко очерчены.

Для эффективного осуществления названных целей любому государству нужны и мифы, и идеалы, и мировоззренческие штампы, которые

проникают и в политику, и в культуру, и в журналистику, и даже в социальные науки [7], тем более в науку государственного (конституционного) права, одной из функций которой, наряду с критической и прогностической, является апология действующей конституции и существующего правопорядка [8].

Слова Е.В. Лунгу, согласно которым конституционные правоотношения «отражают устройство общества как целостного организма, тогда как все другие правоотношения реализуются в какой-либо одной сфере государственного воздействия на общественные отношения» [1. С. 96], звучат, как музыка, но у этой музыки есть дирижер – государство. Устройство общества регулируется и контролируется государством. Конституция в смысле устройства общества скорее атомизирует общество (частная собственность стоит на первом месте, причем на землю, недра, природные богатства; государственная идеология отрицается и т.д.), нежели цементирует его в нечто цельное и способное противостоять проявлениям государственного произвола.

Характерным признаком конституционных отношений, в отличие от государственно-правовых, некоторые авторы называют также то обстоятельство, что они, конституционные отношения, «получают судебную защиту со стороны органа конституционной юстиции» [5. С. 12]. Это сомнительный тезис, ибо граждане обращаются в Конституционный Суд РФ и конституционные (уставные) суды субъектов РФ за защитой прав самой разной отраслевой принадлежности.

Никак не обоснован тезис, согласно которому отличительным признаком конституционно-правовых отношений является их высокий политический потенциал, в отличие от государственно-правовых отношений [1. С. 94]. Между тем В.О. Лучин [9. С. 111–113], на которого ссылается цитируемый автор, а также С.А. Авакьян [10. С. 7], Н.А. Боброва [11. С. 65, 73–75], Н.С. Бондарь [12], В.Н. Карташов [13], Е.И. Козлова [14], М.А. Кондратьева [15], Р.А. Ромашов [16] и другие конституционалисты говорят о политическом характере конституционно-правовых отношений не в отличие от государственно-правовых отношений, а в качестве их разновидности, в качестве их иного наименования. Государственно-правовые отношения есть, по сути, юридическая оболочка, юридическая форма политики. Это сама политика, которая кристаллизуется в государственно-правовых отношениях, приобретая в них цивилизованный вид. Всякое оформление власти правовыми нормами есть в той или иной мере ограничение государственного произвола и свободного (ничем не ограниченного) усмотрения государственных органов и должностных лиц.

Власть – вот основной вопрос политики, поэтому все государственно-правовые отношения по определению обладают высоким политическим потенциалом. А.А. Югов прямо называет конституционные отношения кратологическими отношениями от слова «crates» – власть [17]. И такой взгляд на конституционные отношения представляется наиболее конструктивным и здравым. Такой подход цементирует понятия «власть», «полити-

ка», «конституция» в единое целое, не позволяя дробить единый, хотя и многослойный и сложный, предмет конституционного права на эклектические части, одни из которых имеют отношение к политике, а другие – нет.

Так, высоким политическим потенциалом обладают все избирательные правоотношения, хотя в Конституции РФ, в отличие от Конституции СССР, нет главы «Избирательная система», а избирательные законы не имеют даже статуса конституционных законов, они принимаются, как обычные законы, т.е. не квалифицированным, а простым большинством голосов, что власти очень удобно, ведь к каждому новым выборам можно легко менять «правила игры». Иными словами, избирательные отношения – каучуковый инструмент политики, и то обстоятельство, что они не имеют «конституционной прописки», вовсе не превращает их в такие правоотношения, которые обладают меньшим политическим потенциалом, чем конституционные правоотношения. Более того, избирательные правоотношения являются конституционными и политическими по своей сути: они есть юридическая оболочка политики.

Другие выдвигаемые отличия конституционно-правовых и государственно-правовых отношений, увы, тоже ошибочны. Например, конституционные отношения по поводу прав человека, по мнению Е.В. Лунгу, «призваны ограничить государственную волю» [1. С. 94], как будто четкая регламентация компетенции органов власти эту самую волю не ограничивает. И это еще вопрос, что именно больше ограничивает власть: декларации о правах человека или нормы о компетенции государственных органов и должностных лиц, их ответственности за нарушение компетенции (волокиту, бездействие, превышение полномочий и т.д.). И потом, какая конкретно государственная воля имеется в виду? Воля как произвол? В таком случае надо называть вещи своими именами, говоря именно о государственном произволе, а не о государственной воле. Иной раз люди жаждут этой самой государственной воли, миллионами шлют вопросы на «Прямую линию» с Президентом РФ. В обществе буквально витает социальный запрос на государственную волю и даже на «сильную руку».

Двуединая природа конституционного (государственного) права

Двойственную и двуединую природу государственного (конституционного) права подчеркивали еще дореволюционные ученые конца XIX – начала XX в., и уже тогда учебники назывались по-разному. Это были в основном учебники по государственному праву, например учебники А.С. Алексеева «Русское государственное право» [18], А.Д. Градовского «Общее государственное право» [19], Н.М. Коркунова «Русское государственное право» [20], В.Н. Чичерина «Курс государственной науки» [21] и др. Обращают на себя внимание «Лекции по общему государственному праву» Ф.Ф. Кокошкина [22], а которых лекциях излагались общие начала государственного права всех стран. По сути, после отмены учебных курсов зарубежного государственного (конституционного) права мы

пришли к тому же варианту: есть общие начала государственного права всех стран, а затем идет государственное право национальной правовой системы.

Из 28 дореволюционных учебников и курсов лекций по этой отрасли права только пять назывались конституционным правом, например учебники В.М. Гессена «Основы конституционного права» [23], В. Орландо «Принципы конституционного права» [24], А. Эсмена «Основные начала конституционного права» [25]. Обращают на себя внимание учебники Н.И. Лазаревского «Русское государственное право. Т. 1: Конституционное право» [26] и Л. Дюги «Конституционное право. Общая теория государства» [27]. В них со всей очевидностью конституционное право предстает не как самостоятельная отрасль, а как первая часть государственного права; в свою очередь, конституционное право мыслится как общая теория государства. Иными словами, конституционные и государственно-правовые отношения составляют двуединый предмет конституционного (государственного) права, как две стороны одной медали.

В советские времена В.Ф. Коток первым из государствоведов назвал предметом этой отрасли конституционные отношения, а саму отрасль предложил именовать конституционным правом [28]. Ленинградская научная школа даже в советские времена выпускала учебники под названием «Конституционное право» [29].

Но структура этих учебников была примерно одинаковой, поэтому несколько упрощенным является взгляд некоторых ученых, согласно которому конституционное право выделилось из государственного и, мол, «как в свое время конституционное право выделилось из государственного права, так и конституционные правоотношения необходимо разграничить с государственно-правовыми отношениями» [1. С. 94].

Двойственную природу государственного (конституционного) права всегда подчеркивали ученые, участвовавшие в перманентных дискуссиях о природе и названии этой отрасли права (дискуссия революционного периода, дискуссия 1930-х гг., связанная с принятием Конституции СССР 1936 г., дискуссия 1960–1970-х гг., связанная с периодом хрущевской «оттепели», дискуссия, связанная с разработкой и принятием последней советской конституции – Конституции СССР 1977 г., наконец, дискуссия периода перестройки, краха советской власти и принятия Конституции РФ 1993 г., в результате чего название «конституционное право» на всем российском и постсоветском пространстве стало доминирующим, равно как и в названии соответствующих кафедр слово «государственное» в подавляющем большинстве было заменено на слово «конституционное»).

Некоторые выводы

Итак, попытки некоторых ученых-конституционалистов разделить предмет отрасли на две разные группы и доказать существование двух автономных отраслей права – конституционного и государственного, заго-

няют самих этих ученых в логический и смысловой тупик, особенно когда они пытаются противопоставить эти отрасли друг другу, подчеркнуть развитие исключительно конституционного права, причем исключительно в результате принятия Конституции РФ 1993 г.

Несомненно, конституционное право шагнуло вперед в вопросах понимания роли конституционных норм в регулировании общественных отношений, расширились границы конституционно-правового регулирования за счет возвышения до конституционного уровня целого ряда общественных отношений [30. С. 3–7]. Но ведь и государственно-правовые отношения и нормы, регулирующие деятельность государства, тоже не стояли на месте, развивались. Это взаимопроникающий процесс, обусловленный в том числе тем, что конституционное (государственное) право имеет двойственную и двухуровневую природу, и оба уровня имеют ярко выраженный политический характер. Особенность общественных отношений, составляющих предмет конституционного права, состоит в их неразрывной связи с государственной властью. Попытки разделить конституционное право на две самостоятельные отрасли – конституционное и государственное право – являются методологически ошибочными, теоретически ущербными и практически бесперспективными.

Конституционные и государственно-правовые отношения, на наш взгляд, следует не разграничивать, а подчеркивать двойственную и двуединую природу этой отрасли права.

Литература

1. Лунгу Е.В. Конституционные правоотношения в науке конституционного права Российской Федерации // Вестник Томского государственного университета. Право. 2019. № 34. С. 89–96.
2. Кутафин О.Е. Предмет конституционного права. М. : Юристъ, 2001. 364 с.
3. Основин В.С. Советские государственно-правовые отношения. М. : Юрид. лит., 1965. 282 с.
4. Боброва Н.А. Особенности предмета конституционного права как метаотрасли // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 4. С. 3–9.
5. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации : учебник. М. : Норма : Инфра-М, 2013. 784 с.
6. Вощанов П. Ельцин как наваждение. Откровения политического проходимца. М. : Агортм, 2017. 416 с.
7. Субочев В.В. Политико-правовое манипулирование как основа управления обществом в эпоху постправды // Вестник Томского государственного университета. Право. 2019. № 34. С. 29–42.
8. Боброва Н.А. Критическая и апологетическая функции конституционного права // Конституционное право: итоги развития, проблемы и перспективы : междунар. конф. М. : РГ-Пресс, 2017. С. 44–47.
9. Лучин В.О. Конституционные нормы и правоотношения. М. : Закон и право : ЮНИТИ, 1997. 160 с.
10. Авакьян В.О. Властеотношения: закономерности существования, субъективизм регулирования и правоприменения // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 5. С. 3–9.

11. Боброва Н.А. Конституционные правоотношения // Правоотношения в современной правовой реальности: традиционные подходы и новые концепции / под ред. Р.Л. Хачатурова. М. : Юрлитинформ, 2019. С. 63–89.
12. Бондарь Н.С. Российское конституционное право в ценностном измерении: как правовой отрасли, юридической науки, учебной дисциплины // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 11. С. 3–10.
13. Карташов В.Н. Инновационные и традиционные подходы к исследованию конституционных правоотношений // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 3. С. 3–9.
14. Козлова Е.И. К вопросу о предмете конституционного права Российской Федерации: современный формат дискуссии // Государство и право: вызовы XXI века (Кутафинские чтения) : материалы Междунар. конф. М. : Элит, 2009. С. 17–23.
15. Кондратьева М.А. Правовое и политическое регулирование в конституционном праве: некоторые проблемы соотношения // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 5. С. 6–9.
16. Ромашов Р.А. Соотношение понятий «конституционное право» и «государственное право» в контексте правовых позиций Запада и России // Актуальные проблемы публичного права в Германии и России / отв. ред. Е.И. Козлова, В.И. Фадеев. М. : Элит, 2011. С. 177–181.
17. Югов А.А. Конституционное (кратологическое) право России как право публично-властных отношений // Проблемы конституционного и муниципального права / отв. ред. М.С. Саликов. Екатеринбург : Изд. дом Урал. гос. юрид. ун-та. 2015. Ч. 2. С. 4–20.
18. Алексеева А.С. Русское государственное право : конспект лекций. 4-е изд. М. Москва : Тип. О-ва распространения полезных кн., 1897. 583 с.
19. Градовский А.Д. Общее государственное право : лекции проф. А.Д. Градовского : 1885 г. СПб. : тип. М.М. Стасюлевича, 1885. 384 с.
20. Коркунов Н.М. Русское государственное право : в 2 т. СПб. : кн. маг. А.Ф. Цинзерлинга б. Мелье и К°, 1892. Т.1: Введение и общая часть. [2], 402 с.
21. Чичерин В.Н. Курс государственной науки. М. : типо-лит. т-ва И.Н. Кушнерев и К°, 1894. Ч. 1: Общее государственное право. VIII, 482, III–IV с.
22. Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. 2-е изд. М. : Бр. Башмаковы, 1912. V, [3], 306 с.
23. Гессен В.М. Основы конституционного права. Петроград : юрид. кн. скл. «Право», 1917. VIII, 439, [5] с.
24. Орlando В. Принципы конституционного права. М. : В.М. Саблин, 1907. VIII, 299 с.
25. Эсмен А. Основные начала конституционного права. СПб. : О.Н. Попова, 1898. VI, 357 с.
26. Лазаревский Н.И. Русское государственное право 3-е изд. СПб. : Кн. маг. «Право», 1913. Т. 1: Конституционное право. VIII, 672 с.
27. Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М. : Тип. Т-ва И.Д. Сытина, 1908. XL, 957 с. (Библиотека для самообразования; 37).
28. Коток В.Ф. Конституционные правовые отношения в социалистических странах // Правоведение. 1964. № 1. С. 7–13.
29. Советское конституционное право / под ред. С.И. Русиновой, В.А. Рянжина. Л. : Изд-во Ленинград. ун-та. 1975. 388 с.
30. Авакьян С.А. Основные тенденции современного развития конституционного права // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 4. С. 3–7.

Bobrova Natalia A., Togliatti State University (Togliatti, Russian Federation)

DO CONSTITUTIONAL AND STATE-LEGAL RELATIONS MAKE UP ONE OR TWO BRANCHES OF LAW?

Keywords: subject of constitutional law, power, politics, constitutional relations, meta-branch.

DOI: 10.17223/22253513/36/2

The article examines the existing views on the terminological correlation between the concepts of "constitutional" and "state" law, "constitutional" and "state-legal" relations. Some scholars believe that the science of constitutional law has not developed and defined the correlation between state-legal and constitutional relations, and, referring to O.E. Kutafin and V.O. Luchin, they consider them to be different legal relations, which make up the subject of not one, but two branches of law. The article proves that the thoughts of the quoted authors are taken out of the context, without specifying a concrete page; they are artificially adjusted to the "original" concept of crushing a single subject of regulation into two independent branches of law – constitutional and state one. The views of scientists on the correlation of state-legal and constitutional relations are classified in the article into three concepts. The classic concept involves the identity of subjects; the difference is only in the highlighted accents. There is an emphasis on distinct things within the classical concept: some people consider it to be more correct to name the branch constitutional law, others – state law, still others call the branch in a compromise way – constitutional (state) law. In general, the classical concept relies on the identity of the name of a single and indivisible branch.

The concept of constitutionalization is based on the idea of considering constitutional law as the basis, the nucleus, a kind of meta-branch of the entire national legal system, i.e., the branch designed to constitutionalize all branches of Russian law. Not all constitutional relations perform the function of meta-branch, but only basic ones in terms of their content and those that received "constitutional residence" according to their form. The subject of state-legal relations is broader than the subject of the constitution, so constitutional relations make up the part of state-legal relations that are developed beyond the constitution. A few constitutionalists who insist on the division of constitutional and state-legal relations into two separate branches represent the third concept, i.e. the one of splittings of a dual subject. According to this concept, constitutional and state law are two distinct branches and, respectively, two autonomous sciences: the first science is represented by constitutionalists, the second – by state experts. The article proves the inconclusiveness of all the arguments of those who support the division of the dual subject of state (constitutional) law into two independent branches; it substantiates the dual nature of constitutional (state) law. The desire of scientists to emphasize either the constitutional or the state beginning of this branch, and the desire to "separate inseparable" and break the single branch into two separate ones is explained by ideological or taste reasons.

References

1. Lungu, E.V. (2019) Constitutional legal relations in the constitutional law of the Russian Federation. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 34. pp. 89–96. (In Russian). DOI: 10.17223/22253513/34/8
2. Kutafin, O.E. (2001) *Predmet konstitutsionnogo prava* [The Subject of Constitutional Law]. Moscow: Yurist".
3. Osnovin, V.S. (1965) *Sovetskie gosudarstvenno-pravovye otnosheniya* [Soviet state-legal relations]. Moscow: Yuridicheskaya literatura.
4. Bobrova, N.A. (2019) Peculiarities of the subject of constitutional law as a meta-branch. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo – Constitutional and Municipal Law*. 4. pp. 3–9. (In Russian).
5. Baglay, M.V. (2013) *Konstitutsionnoe pravo Rossiyskoy Federatsii* [Constitutional Law of the Russian Federation]. Moscow: Norma : Infra-M.

6. Voshchanov, P. (2017) *El'tsin kak navazhdenie. Otkroveniya politicheskogo prokhozimtsa* [Eltsin as an obsession. Revelations of a political crook]. Moscow: Agoritm.
7. Subochev, V.V. (2019) Political-legal manipulation as the basis for the governance of society in the era of post-truth. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 34. pp. 29–42. (In Russian). DOI: 10.17223/22253513/34/3
8. Bobrova, N.A. (2017) Kriticheskaya i apologeticheskaya funktsii konstitutsionnogo prava [The critical and apologetic functions of constitutional law]. In: Avakyan, S.A. (ed.) *Konstitutsionnoe pravo: itogi razvitiya, problemy i perspektivy* [Constitutional Law: Results of Development, Problems and Prospects]. Moscow: RG-Press. pp. 44–47.
9. Luchin, V.O. (1997) *Konstitutsionnye normy i pravootnosheniya* [Constitutional Norms and Legal Relations]. Moscow: Zakon i pravo: YuNITI.
10. Avakyan, V.O. (2018) Government relations: existence regularities, regulation and law enforcement subjectivism. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo – Constitutional and Municipal Law*. 5. pp. 3–9. (In Russian).
11. Bobrova, N.A. (2019) Konstitutsionnye pravootnosheniya [Constitutional legal relations]. In: Khachaturov, R.L. (ed.) *Pravootnosheniya v sovre-mennoy pravovoy real'nosti: traditsionnye podkhody i novye kontseptsii* [Legal Relations in the Modern Legal Reality: Traditional Approaches and New Concepts]. Moscow: Yurlitinform. pp. 63–89.
12. Bondar, N.S. (2013) Russian constitutional law in an axiological aspect: as a legal sector, a legal science and an educational discipline. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo – Constitutional and Municipal Law*. 11. pp. 3–10. (In Russian).
13. Kartashov, V.N. (2013) Innovational and traditional approaches to research of constitutional legal relationships. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo – Constitutional and Municipal Law*. 3. pp. 3–9. (In Russian).
14. Kozlova, E.I. (2009) K voprosu o predmete konstitutsionnogo prava Rossiyskoy Federatsii: sovremennyy format diskussii [On the constitutional law of the Russian Federation: modern format of discussion]. In: Artemov, N.M. (ed.) *Gosudarstvo i pravo: vyzovy XXI veka (Kutafinskie chteniya)* [State and Law: Challenges of the XXI Century]. Moscow:ELIT. pp. 17–23.
15. Kondratieva, M.A. (2010) Legal and political regulation in constitutional law: some problems in relation. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo – Constitutional and Municipal Law*. 5. pp. 6–9. (In Russian).
16. Romashov, R.A. (2011) Sootnoshenie ponyatiy “konstitutsionnoe pravo” i “gosudarstvennoe pravo” v kontekste pravovykh pozitsiy Zapada i Rossii [The correlation of the concepts “constitutional law” and “state law” in the legal positions of the West and Russia]. In: Kozlova, E.I. & Fadeev, V.I. (eds) *Aktual'nye problemy publichnogo prava v Germanii i Rossii* [Topical Problems of Public Law in Germany and Russia]. Moscow:ELIT. pp. 177–181.
17. Yugov, A.A. (2015) Konstitutsionnoe (kratologicheskoe) pravo Rossii kak pravo publichno-vlastnykh otnosheniy [Russian constitutional (cratological) law as the right of public-law matters]. In: Salikov, M.S. (ed.) *Problemy konstitutsionnogo i munitsipal'nogo prava* [Problems of Constitutional and Municipal Law]. Vol. 2. Ekaterinburg: Ural State Law Institute. pp. 4–20.
18. Alekseeva, A.S. (1897) *Russkoe gosudarstvennoe pravo: konspekt lektsiy* [Russian State Law: Lecture]. 4th ed. Moscow: Tip. O-va rasprostraneniya poleznykh kn.
19. Gradovskiy, A.D. (1885) *Obshchee gosudarstvennoe pravo* [General State Law]. St. Petersburg: M.M. Stasyulevich.
20. Korkunov, N.M. (1892) *Russkoe gosudarstvennoe pravo: v 2 t.* [Russian State Law: in two vols]. Vol. 1. St. Petersburg: Kn. mag. A.F. Tsinzerlinga b. Mel'e i K°.
21. Chicherin, V.N. (1894) *Kurs gosudarstvennoy nauki* [State Science]. Vol. 1. Moscow: I.N. Kushnerev i K.

-
22. Kokoshkin, F.F. (1912) *Leksii po obshchemu gosudarstvennomu pravu* [Lectures on general state law]. 2nd ed. Moscow: Br. Bashmakovy.
23. Gessen, V.M. (1917) *Osnovy konstitutsionnogo prava* [Fundamentals of Constitutional Law]. Petrograd: Pravo.
24. Orlando, V. (1907) *Printsipy konstitutsionnogo prava* [Principles of Constitutional Law]. Moscow: V.M. Sablin.
25. Esmen, A. (1898) *Osnovnye nachala konstitutsionnogo prava* [Basic principles of constitutional law]. St. Petersburg: O.N. Popova.
26. Lazarevsky, N.I. (1913) *Russkoe gosudarstvennoe pravo* [Russian State Law]. 3rd ed. Vol. 1. St. Petersburg: Pravo.
27. Dyugi, L. (1908) *Konstitutsionnoe pravo. Obshchaya teoriya gosudarstva* [Constitutional Law. General Theory of the State]. Moscow: I.D. Sytin.
28. Kotok, V.F. (1964) *Konstitutsionnye pravovye otnosheniya v sotsialisticheskikh stranakh* [Constitutional legal relations in socialist countries]. *Pravovedenie*. 1. pp. 7–13.
29. Rusinova, S.I. & Ryanzhin, V.A. (eds) (1975) *Sovetskoe konstitutsionnoe pravo* [Soviet Constitutional Law]. Leningrad: Leningrad State University.
30. Avakyan, S.A. (2017) Principal tendencies of contemporary constitutional law development. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo – Constitutional and Municipal Law*. 4. pp. 3–7. (In Russian).

УДК 343.35

DOI: 10.17223/22253513/36/3

В.Н. Борков, К.Д. Николаев

ПРОБЕЛЫ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА НЕ МОГУТ КОМПЕНСИРОВАТЬСЯ НАРУШЕНИЕМ ПРАВИЛ КВАЛИФИКАЦИИ

Применение уголовного закона к конкретным случаям позволяет обратить внимание на существующие пробелы и недостатки уголовно-правового регулирования. В статье рассматривается сложная проблема квалификации провокации взятки (ст. 304 УК РФ), а также фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности (ч. 4 ст. 303 УК РФ), повлекших тяжкие последствия, выразившиеся в незаконном уголовном преследовании или длительном лишении свободы. Критическому осмыслению подвергается практика вменения виновным наряду с одной из специальных норм (ст. 304 УК РФ, ч. 4 ст. 303 УК РФ) статьи, предусматривающей ответственность за превышение должностных полномочий, повлекшее тяжкие последствия (п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ).

Ключевые слова: провокация взятки, фальсификация результатов оперативно-розыскной деятельности, превышение должностных полномочий, тяжкие последствия, конкуренция уголовно-правовых норм.

Правильная квалификация гарантирует легитимность уголовно-правового воздействия, наиболее полно раскрывает его предупредительный и карательный потенциал. Но часто именно применение уголовного закона к конкретным случаям позволяет обратить внимание на существующие пробелы и недостатки уголовно-правового регулирования. При квалификации преступлений, совершаемых сотрудниками правоохранительных органов, возникают сложные проблемы разрешения конкуренции общей и специальной норм, которые ранее в теории уголовного права не исследовались. Комментарии требуют ситуации, когда ни текст специальной нормы, ни ее санкции не предусматривают тяжких последствий, которые наступили в результате совершения посягательства. В своем обращении в Конституционный Суд РФ гражданин Д.А. Сугробов, ставя вопросы о конституционности ряда уголовно-правовых норм, фактически указывает на неверное применение правил конкуренции при квалификации преступлений. В частности, по мнению заявителя, совершенные им одни и те же действия были ошибочно квалифицированы по совокупности преступлений, предусмотренных п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ и ст. 304 УК РФ, которые соотносятся как общая и специальная нормы, что противоречит ч. 3 ст. 17 УК РФ. Также Д.А. Сугробов считает, что следующее за «провокацией взятки» незаконное привлечение «спровоцированных» лиц к уголовной ответственности, их задержание, незаконное заключение под стражу и содержание под стражей, которые были признаны тяжкими последствиями

превышения должностных полномочий, «возникают исключительно от действий лиц, осуществляющих уголовное преследование» [1].

Не вступая в дискуссию относительно виновности следователей в необоснованном применении мер государственного принуждения к лицам, потерпевшим от преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ, следует признать достаточно сложным вопрос об учете вреда, причиненного незаконным уголовным преследованием, при квалификации действий оперативных сотрудников, совершивших «провокацию». В определении Конституционного Суда разъясняется: «Имея в виду логику построения уголовного закона, включая общие и специальные, а равно обычные и квалифицированные его составы, отсутствие в статье 304 УК РФ такого отягчающего ответственность признака, как совершение провокации взятки или коммерческого подкупа с использованием должностного (служебного) положения (признака, объективно делающего деяние более опасным, чем обычная такая провокация), не позволяет предположить, что провокация взятки или коммерческого подкупа должна поглощать преступление, предусмотренное частью третьей статьи 286 данного Кодекса, при их сопряжении в содеянном, а принимая во внимание максимальное наказание в санкции этой нормы (лишение свободы на срок от трех до десяти лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет) в сравнении с санкцией его статьи 304 (лишение свободы на срок до пяти лет с лишением указанного права на срок до трех лет или без такового), нет оснований исходить из того, что законодатель предполагал уменьшить ответственность за более опасное преступление только лишь потому, что оно выразилось в такой провокации» [1].

Утверждение, согласно которому в каждом случае совершения должностным лицом преступления, в составе которого отсутствует прямое указание на использование субъектом своего служебного положения, действия виновного должны быть дополнительно квалифицированы еще и как превышение должностных полномочий (ст. 286 УК РФ), является спорным. Наиболее очевидна ошибочность такого подхода, когда речь идет о сотрудниках органов внутренних дел. По общему правилу признаки преступления могут иметь значение для квалификации, а также учитываться при назначении наказания, если они предусмотрены в основном или квалифицированном составе. При совершении провокации взятки сотрудником органов внутренних дел особенности субъекта будут учтены путем констатации наличия обстоятельства, отягчающего наказание, предусмотренного п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ. В противном случае наличие данной нормы не имеет смысла.

Фактически смежной нормой по отношению к ст. 304 УК РФ является ч. 4 ст. 303 УК РФ, предусматривающая ответственность за фальсификацию результатов оперативно-розыскной деятельности лицом, уполномоченным на проведение оперативно-розыскных мероприятий, в целях уголовного преследования лица, заведомо не причастного к совершению преступления,

либо в целях причинения вреда чести, достоинству и деловой репутации. По данным Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации, в 2017 г. за совершение преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ, были осуждены 6 человек, а ч. 4 ст. 303 УК РФ – 14 (форма № 10-а). В отличие от ст. 304 УК РФ, субъект которой прямо в законе не определен, исполнителем преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 303 УК РФ, выступает лицо, «уполномоченное на проведение оперативно-розыскных мероприятий». Таким образом, при фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности уже учтено использование виновным служебного положения как «признака, объективно делающего деяние более опасным». При этом в ст. 304 УК РФ максимальное наказание в виде лишения свободы предусмотрено на срок до пяти лет, а в ч. 4 ст. 303 УК РФ – до четырех лет.

Считаем, что провокация взятки (ст. 304 УК РФ) является частным случаем фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности (ч. 4 ст. 303 УК РФ). Статья 304 УК РФ предусматривает ответственность за попытку передачи должностному лицу без его согласия материальных ценностей, т.е. их физическое «подкладывание», в целях искусственного создания доказательств совершения преступления. Провокация взятки (ст. 304 УК РФ) совершается в целях искусственного создания доказательств совершения преступления. Но это не означает, что совершение данного посягательства только предшествует, например, фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности. Подобным образом разбой, представляющий собой нападение в целях хищения чужого имущества (ст. 162 УК РФ), не предшествует хищению, а является таковым.

Часто в основе фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности лежит именно провокация, а точнее, провокационно-подстрекательские действия. Заметим, термин «провокация» не соответствует существу преступления, предусмотренного в ст. 304 УК РФ. При его совершении никто никого ни на что не провоцирует, виновный только имитирует получение взятки потерпевшим, хотя никто ничего не получает. Правильно под провокацией преступлений понимать прямое или косвенное склонение лица к совершению действий, запрещенных уголовным законом, в целях последующего привлечения к ответственности. Действующее законодательство однозначно запрещает сотрудникам правоохранительных органов провоцировать граждан на совершение преступлений, поэтому полученные путем провокации «результаты» оперативно-розыскной деятельности являются сфальсифицированными. Субъект преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 303 УК РФ, фальсифицирует результаты оперативно-розыскной деятельности «в целях уголовного преследования лица, заведомо не причастного к совершению преступления». Поэтому требует разрешения проблема учета вреда, причиняемого потерпевшему от незаконного уголовного преследования, и возможности квалификации действий виновного по совокупности преступлений, предусмотренных ч. 4 ст. 303 УК РФ и п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ.

С точки зрения Е.Г. Быковой и С.А. Яшкова, в случае подбрасывания должностным лицом потерпевшему наркотических средств «...содеянное надлежит оценивать по совокупности двух преступлений – как превышение должностных полномочий (ст. 286 УК РФ) либо фальсификацию результатов оперативно-розыскной деятельности (ч. 4 ст. 303 УК РФ) и как соответствующее преступление против здоровья населения и общественной нравственности» [2. С. 27]. Высший орган конституционного контроля, напротив, допускает вменение оперативным сотрудникам кроме ч. 4 ст. 303 УК РФ еще и статьи, предусматривающей ответственность за превышение должностных полномочий, повлекшее тяжкие последствия, для того чтобы именно эти последствия учесть. Последние, в частности, могут состоять в продолжительном применении к спровоцированному меры пресечения в виде заключения под стражу, а также в последующем незаконном осуждении. «Нет оснований исходить из того, – отмечается в определении Конституционного Суда РФ от 5 июня 2018 г. № 1404-О, – что законодатель предполагал уменьшить ответственность за более опасное преступление только лишь потому, что оно выразилось в такой провокации» [1]. Считаем, что при решении сложных вопросов квалификации в первую очередь следует руководствоваться буквой закона, а уже затем обращаться к предположениям и намерениям законодателя. Нельзя исправлять противоречащей доктринальным правилам квалификации ошибки законодателя, не предусмотревшего по аналогии с фальсификацией доказательств (ч. 3 ст. 303 УК РФ), тяжких последствий от фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности.

Например, в соответствии со ст. 24 УК Киргизской Республики, устанавливающей специальные правила квалификации преступлений, «в случае, когда в результате совершенного лицом умышленного или неосторожного преступления наступил особо тяжкий вред, который прямо не указан в качестве признака состава преступления, квалификация осуществляется по статье (части статьи) Особенной части настоящего Кодекса, предусматривающей совершенное лицом деяние, и по соответствующей статье... предусматривающей ответственность за убийство или причинение смерти по неосторожности, доведение до самоубийства либо склонение к самоубийству». Но если ч. 4 ст. 303 УК РФ и ст. 304 УК РФ предусматривают специальные виды должностного превышения (ст. 286 УК РФ), то подразумеваемые киргизским законодателем нормы не являются специальными по отношению к убийству или причинению смерти по неосторожности. Статья 22 УК КР, так же как и ч. 3 ст. 17 УК РФ, указывает на недопустимость квалификации одного деяния по двум статьям, предусматривающим ответственность за общую и специальную норму.

С другой стороны, если превышение должностных полномочий рассматривать как общую норму по отношению к фальсификации результатов оперативно розыскной деятельности, а следствием такой фальсификации стало самоубийство потерпевшего, то можно ли здесь говорить о конкуренции, ведь содеянное полностью охватывается только п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ.

Поводом для такого допущения может служить ч. 1 ст. 22 УК КР, где определено: «Специальной является норма, которая предусматривает ответственность за то же деяние, что и общая, но содержит дополнительные признаки состава преступления, которых нет в общей норме». То есть специальная норма должна содержать все признаки общей, а в ч. 4 ст. 303 УК РФ указание на тяжкие последствия отсутствует. Между тем является ли наличие в реальном посягательстве каких-то не предусмотренных в тексте соответствующей нормы признаков препятствием для ее применения? Главное, чтобы в содеянном содержались все признаки состава инкриминируемого преступления.

В исследуемом аспекте интересен комментарий П.С. Яни к решению Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ, которая, руководствуясь правилами конкуренции преступлений, предусмотренных общей и специальной нормами, исключила из квалификации действий лица, ранее осужденного по ч. 1 ст. 285 УК РФ и ч. 2 ст. 303 УК РФ, статью о злоупотреблении должностными полномочиями. «Такое решение представляется спорным, – пишет П.С. Яни, – поскольку специальная норма должна иметь больше признаков, нежели общая. В этом же случае как раз наоборот: описание состава должностного злоупотребления включает больше объективных (общественно опасные последствия) и субъективных (мотив в виде корыстной или иной личной заинтересованности) признаков. Тем не менее можно считать, что приведенная позиция в целом закреплена в судебной практике» [3. С. 41].

Соглашаясь с общим подходом, отметим, что общественно опасные посягательства определенного вида часто характеризуются не только признаками, непосредственно указанными в соответствующем составе, но и другими латентными качествами. Латентные признаки преступлений выводятся на основе системного представления об уясняемом составе или имманентно присущи всем посягательствам данного вида. Например, латентным признаком убийства является незаконность причинения смерти, субъективная сторона получения взятки характеризуется корыстной целью, а такие преступления против правосудия, как незаконное привлечение к уголовной ответственности (ч. 1 ст. 299 УК РФ), незаконное освобождение от уголовной ответственности (ст. 300 УК РФ), а также фальсификация результатов оперативно-розыскной деятельности (ч. 4 ст. 303 УК РФ) и провокация взятки (ст. 304 УК РФ), не могут не иметь корыстной или иной личной заинтересованности. Личная заинтересованность им имманентно присуща. Преступник не может быть освобожден от уголовной ответственности, а чиновнику не может быть «подброшена» «взятка» в интересах общества. Кроме того, все перечисленные посягательства, безусловно, существенно нарушают интересы личности, общества и государства. Об этом убедительно свидетельствуют разъяснения содержания «существенности» нарушения прав субъектов общественных отношений, содержащиеся в п. 18 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и превышении

должностных полномочий». Но, как было показано выше, проблема конкуренции значительно обостряется, когда последствия от должностного преступления, предусмотренного специальной нормой, явно выходят за рамки существенного нарушения прав потерпевших и соответствуют категории тяжких. А тяжкие последствия предусмотрены только в качестве признака квалифицированного состава общей нормы.

Конкуренция уголовно-правовых норм – это следствие осуществляемых законодателем уточнения и дифференциации ответственности. Конкурировать могут не только нормы, предусмотренные различными статьями УК РФ, специальными по отношению к основным составам являются расположенные в одной статье нормы, описывающие совершение преступления при отягчающих и особо отягчающих обстоятельствах. Но «применение норм Особенной части уголовного закона, – уточняет Конституционный Суд РФ, – закрепляющих квалифицированные составы преступлений, возможно лишь при одновременном установлении как общих (составообразующих) признаков, так и квалифицирующих признаков, учитываемых при дифференциации уголовной ответственности» [4]. Причем сначала преступление квалифицируется по признакам основного состава, а уже затем решается вопрос о наличии имеющих значение для квалификации отягчающих обстоятельств. Трудно отрицать, что квалифицированные составы также содержательны за счет введения специальных, обеспечивающих перепад общественной опасности признаков, но все они уточняют деяние, предусмотренное в основном составе, т.е. в общей норме.

Президиум Тверского областного суда, исключив из квалификации действий оперативных сотрудников п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ, разъяснил: «Их противоправное превышение выразилось в оформлении материалов оперативно-розыскной деятельности, содержащих заведомо ложные сведения об обстоятельствах проведения оперативных мероприятий с последующим представлением их в орган предварительного расследования... Ответственность за фальсификацию результатов оперативно-розыскной деятельности лицом, уполномоченным на проведение оперативно-розыскных мероприятий, в целях уголовного преследования лица, заведомо не причастного к совершению преступления, предусмотрена ч. 4 ст. 303 УК РФ.

Данная норма закона является специальной по отношению к ст. 286 УК РФ, которая охватывает все случаи превышения должностных полномочий, поскольку устанавливает уголовную ответственность только за искажение должностным лицом фактических данных, используемых при осуществлении правосудия.

При конкуренции общей и специальных норм уголовная ответственность в силу требований ч. 3 ст. 17 УК РФ наступает по специальной норме... Поэтому президиум считает необходимым переквалифицировать действия каждого из осужденных с п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ на ч. 4 ст. 303 УК РФ, поскольку они, будучи лицами, уполномоченными на проведение оперативно-розыскных мероприятий, совершили фальсификацию резуль-

татов оперативно-розыскной деятельности в целях уголовного преследования лиц, заведомо не причастных к совершению преступления» [5].

Выбор между конкурирующими нормами – это всегда разрешение конкретной правоприменительной ситуации. О конкуренции можно говорить «только применительно к уголовно-правовой оценке конкретного преступления» [6. С. 177]. Но важно понимать, что при квалификации преступлений конкурируют не конкретные общественно опасные посягательства, а уголовно-правовые нормы. Преимущество специальных норм над общими объясняется более высокой степенью «определенности уголовно-правового запрета». С точки зрения А.В. Наумова, указание на «определенность уголовно-правового запрета» должно содержаться в ст. 3 УК РФ, конкретизируя принцип законности [7. С. 94]. Признание фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности и провокации взятки специальными видами превышения должностных полномочий влечет за собой выбор именно этих норм в процессе квалификации. «Важно помнить, – пишет Н.Г. Кадников, – что мы не создаем новой модели преступления, а лишь выявляем элементы и признаки существующей законодательной конструкции для сопоставления с признаками совершенного деяния» [8. С. 17].

Законодатель не предусмотрел наступления тяжких последствий в качестве отягчающего обстоятельства применительно к преступлениям, предусмотренным ч. 4 ст. 303 УК РФ и ст. 304 УК РФ, что свидетельствует об отсутствии дифференциации ответственности за их совершение в процессе квалификации. Наступление таких последствий может быть учтено при назначении наказания (п. «в» ч. 1 ст. 63 УК РФ). По одному из уголовных дел Верховный Суд РФ разъяснил: «Поскольку часть четвертая статьи 303 УК РФ не предусматривает в качестве признака данного преступления совершение его группой лиц по предварительному сговору, суд обоснованно признал данное обстоятельство отягчающим наказание...» [9].

То, что законодатель не учел какого-то особого направления развития общественной опасности уже запрещенного им посягательства, не дает правоприменителю права компенсировать недостатки уголовного закона построением нарушающих основополагающие начала формул квалификации. Преступления, предусмотренные ч. 4 ст. 303 УК РФ и п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ, не могут образовывать идеальной совокупности, а реальная совокупность возможна только в случае, когда субъект кроме фальсификации доказательств совершает другие действия, явно выходящие за пределы его должностных полномочий. Так, Московский областной суд определил: виновные «...помимо фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности, совершили незаконное задержание и доставление [ФИО] в отдел полиции, что является превышением их должностных полномочий, выходит за рамки состава преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 303 УК РФ, и требует дополнительной квалификации по п. «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ» [10]. Квалификация деяния должностного лица по двум нормам предполагает отдельное назначение наказания за каждое из них. В случае, когда

идеальная или реальная преступлений явно отсутствует, «двойная» квалификация будет противоречить принципу справедливости (ч. 2 ст. 6 УК РФ).

Следует согласиться с тем, что в ряде случаев дифференциация ответственности не посредством квалификации, а в рамках санкции соответствующей нормы может не обеспечить справедливого наказания. Причиной тому являются пробелы отражения в уголовно-правовых нормах существенных перепадов общественной опасности реально совершаемых посягательств, недостаточная социальная обусловленность уголовного закона. Между тем отсутствие дифференциации ответственности за совершение преступления в зависимости от непосредственных или отдаленных тяжких последствий не может быть основанием для нарушения доктринальных правил квалификации или компромиссного к ним отношения. Фиксация существенных перепадов общественной опасности вредоносного поведения находится в исключительной компетенции законодателя, следовательно и судья обязаны правильно применить уголовный закон.

Литература

1. Определение Конституционного Суда РФ от 05.06.2018 № 1404-О // СПС «КонсультантПлюс».
2. Быкова Е.Г., Яшков С.А. Уголовно-правовая оценка действий должностных лиц по инсценировке преступления в сфере незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ или их прекурсоров // Уголовное право. 2017. № 2. С. 26–32.
3. Яни П.С. Вопросы квалификации преступлений // Законность. 2018. № 11. С. 42–46.
4. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шерманова Евгения Васильевича на нарушение его конституционных прав частью первой и пунктом «в» части третьей статьи 286 Уголовного кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 27.09.2018 № 2221-О // СПС «КонсультантПлюс».
5. Постановление Президиума Тверского областного суда от 28.11.2016 по делу № 44у-162/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
6. Проблемы квалификации преступлений / под ред. К.В. Образиева, Н.И. Пикурова. М. : Проспект, 2018. 460 с.
7. Наумов А.В. Конкретизация Конституционным Судом принципа законности Уголовного кодекса РФ // Уголовное право. 2018. № 1. С. 88–94.
8. Уголовное право России : учебник : в 2 т. / под ред. Н.Г. Кадникова. М. : Юриспруденция, 2018. Т. 2: Особенная часть. 836 с.
9. Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 03.03.2016 № 44-АПУ16-1 // СПС «КонсультантПлюс».
10. Апелляционное определение Московского городского суда от 19.06.2017 по делу № 10-8920/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

Borkov Victor N., Nikolaev Konstantin D., Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia (Omsk, Russian Federation)

VIOLATION OF THE RULES OF QUALIFICATION CANNOT COMPENSATE GAPS IN THE CRIMINAL LAW

Keywords: provocation of bribery, falsification of the results of operational and investigative activities, abuse of office, serious consequences, competition of criminal law norms.

Correct qualification guarantees the legitimacy of criminal and legal influence, most fully reveals its preventive and punitive potential. But often it is the application of criminal law to specific cases that allows us to draw attention to the existing gaps and shortcomings in criminal law regulation. The authors consider the complex problem of the qualification of provocation of bribery (Article 304 of the Criminal Code of the Russian Federation), and falsification of the results of operational and investigative activities (Part 4, Article 303 of the Criminal Code of the Russian Federation), which caused serious consequences resulted in illegal criminal prosecution or prolonged imprisonment. Critically tested is the practice of charging the guilty with one of the special norms (Article 304 of the Criminal Code of the Russian Federation, Part 4, Article 303 of the Criminal Code of the Russian Federation) along with the article providing for the responsibility for the abuse of office, which caused serious consequences (Item «В», Part 3, Article 286 of the Criminal Code of the Russian Federation). Violation of the rules, when a single act of an official is qualified by both the special and the general norm, is explained by the need to take into account the serious consequences of operational provocation. Unlike falsification of evidence, where the onset of serious consequences is provided for as an aggravating circumstance (Part 3, Article 303 of the Criminal Code of the Russian Federation), liability is not differentiated concerning falsification of the results of operational and investigative activities. But the unaccounted by legislators manifestation of public danger of the already prohibited infringement does not give the law enforcers the right to compensate the shortcomings of criminal law by building the qualification formulas which violate its fundamental beginnings. Crimes under Article 4. 303 of the Criminal Code of the Russian Federation and Item «В», Part 3, Article 286 of the Criminal Code of the Russian Federation, cannot form the ideal totality. And the real totality is possible only when the subject, besides falsification of evidence, commits other actions that go beyond his official powers. The occurrence of serious consequences after the provocation of bribery or falsification of the results of operational and investigative activities can be taken into account in the sentencing of the guilty official (Item «В», Part 1, Article 63 of the Criminal Code of the Russian Federation). It should be agreed that sometimes the differentiation of liability, not through qualifications but within the framework of the sanction of the relevant norm, may not provide a fair punishment. The reason for this is the gaps in the reflection in the criminal norms of significant variations in the public danger of actual encroachments, the insufficient social conditioning of the criminal law. Meanwhile, the legislators' incorrect assessment of the public danger of a crime, the lack of differentiation of liability for its commission depending on the immediate or remote serious consequences, cannot serve as the grounds for violation of doctrinal rules of qualification or compromise attitude.

References

1. The Russian Federation. (2018) *Opređenje Konstitutsionnogo Suda RF ot 05.06.2018 № 1404-O* [Definition No. 1404-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of June 5, 2018]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=543167#07593738798504868>
2. Bykova, E.G. & Yashkov, S.A. (2017) Uголовно-правовая оценка действий должностных лиц по instsenirovke prestupleniya v sfere nezakonnogo oborota narkoticheskikh sredstv, psikhotropnykh veshchestv ili ikh prekursorov [The criminal legal assessment of the actions of officials to stage a crime in the field of illicit trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances or their precursors]. *Uголовное право*. 2. pp. 26–32.
3. Yani, P.S. (2018) Issues of qualification of crimes. *Zakonnost'*. 11. pp. 42–46. (In Russian).
4. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2018) *Ob otkaze v prinyatii k rassmotreniyu zhaloby grazhdanina Shermanova Evgeniya Vasil'evicha na narushenie ego konstitutsionnykh prav chast'yu pervoy i punktom "v" chast'i tret'ey stat'i 286 Uголовного kodeksa Rossiyskoy Federatsii: opredelenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 27.09.2018*

№ 2221-О [On refusal to consider the complaint of citizen Shermanov Evgeny Vasilyevich about the violation of his constitutional rights by Part One and Clause “v” of Part Three of Article 286 of the Criminal Code of the Russian Federation: Decision No. 2221-О of the Constitutional Court of the Russian Federation of September 27, 2018]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=557742#01466172388163849>

5. The Tver Regional Court. (2016) *Postanovlenie Prezidiuma Tverskogo oblastnogo suda ot 28.11.2016 po delu № 44u-162/2016* [Decision in Case No. 44u-162/2016 of the Presidium of the Tver Regional Court dated November 28, 2016]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=SOCN&n=835690#017445589645052606>

6. Obrazhiev, K.V. & Pikurov, N.I. (2018) *Problemy kvalifikatsii prestupleniy* [Problems of Crime Qualification]. Moscow: Prospekt.

7. Naumov, A.V. (2018) Konkretizatsiya Konstitutsionnym Sudom printsipa zakonnosti Ugolovnogo kodeksa RF [Specification by the Constitutional Court of the principle of legality of the Criminal Code of the Russian Federation]. *Ugolovnoe pravo*. 1. pp. 88–94.

8. Kadnikov, N.G. (2018) *Ugolovnoe pravo Rossii* [Russian Criminal Law]. Vol. 2. Moscow: Yurisprudentsiya.

9. The Supreme Court of the Russian Federation. (2016) *Apellyatsionnoe opredelenie Verkhovnogo Suda RF ot 03.03.2016 № 44-APU16-1* [Appeal Decision No. 44-APU16-1 of the Supreme Court of the Russian Federation of March 3, 2016]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=455630#00425541861943306>

10. The Moscow City Court. (2017) *Apellyatsionnoe opredelenie Moskovskogo gorodskogo suda ot 19.06.2017 po delu № 10-8920/2017* [Appeal Decision of the Moscow City Court on June 19, 2017, in Case No. 10-8920 / 2017]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=SOCN&n=886138#01775326010917384>

УДК 340.6

DOI: 10.17223/22253513/36/4

Ю.В. Гальцев, Д.Е. Проценко, А.Н. Приходько, В.В. Якушев

К ВОПРОСУ О ВОЗМОЖНОСТИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ РАССТОЯНИЯ НА ДИСТАНЦИИ НЕБЛИЗКОГО ПУЛЕВОГО ВЫСТРЕЛА ПО МЕРЕ ВХОДНОГО ОГНЕСТРЕЛЬНОГО ПОВРЕЖДЕНИЯ

Отражены результаты проведенных на биоманекенах экспериментов с целью определения зависимости меры входного огнестрельного повреждения от скорости причинившей его пули. Выстрелы производили на модельных дистанциях редуцированными (приведенными) патронами из стандартного ручного огнестрельного оружия. Мера входного огнестрельного повреждения в каждом опыте определялась по совокупности взаимосвязанных доминирующих информационных признаков и относительных показателей, адекватно отражающих скорость причинившей их пули. По мере повреждения рассчитывали скорость пули и по специальной компьютерной программе определяли расстояние выстрела. Разработана комплексная методика исследования.

Ключевые слова: мера входного огнестрельного повреждения, моделирование расстояние выстрела, редуцированные боеприпасы.

Определение расстояния пулевого огнестрельного выстрела в судебной медицине и криминалистике основано преимущественно на обнаружении у входной раны дополнительных факторов огнестрельного выстрела: копо-ти, обгоревших порошинок и др. Огнестрельные ранения с такими следами считаются причиненными с «близкой» дистанции выстрела, хотя в специальной литературе есть данные, что дополнительные факторы огнестрельного выстрела могут быть обнаружены и при «неблизкой» дистанции выстрела, т.е. на расстояниях более 10 и даже 50 метров [1. С. 238–263]. Это вызывает трудности у экспертов при определении расстояния огнестрельного пулевого выстрела.

Анализ специальной криминалистической и судебно-медицинской литературы показал, что существуют и другие методы определения расстояния на дистанции «неблизкого» пулевого выстрела, например по глубине проникания снаряда в мишень, по степени изменения конфигурации или разрушению пули в мишени, по траектории ее полета, путем лазерного визирования и др. Однако в экспертной практике они пока используются крайне редко. Это происходит потому, что существующие методы разработаны для разных классов (родов) экспертиз, не прошли широкой экспертной апробации, а главное – они требуют специального технического оснащения и дополнительной специальной подготовки судебно-медицинских экспертов и экспертов-криминалистов.

Литературные данные о характере и особенностях огнестрельных повреждений биологических и небιологических объектов позволили выявить много общего в механизме действия огнестрельных снарядов на поражаемые мишени в зависимости от их скорости и угла соударения. А многообразие свойств поражаемых объектов (эластичность, хрупкость, плотность, вязкость и др.) вызвало необходимость разработки единой классификации поражаемых объектов, наиболее часто встречающихся в экспертной практике [2. С. 70–73].

С целью определения статистически значимой достоверности между скоростью пули и мерой входного огнестрельного повреждения (далее – МПвх) нами проведено экспериментальное исследование на биоманекенах с использованием пистолетных пуль калибра 9 мм (масса – 6,1 г, площадь поперечного сечения ведущей части – 63,58 мм², коэффициент формы – 0,98), выстрелянных из пистолетов конструкции Макарова с заданной в каждом эксперименте начальной скоростью.

Под МПвх нами понималась минимальная совокупность доминирующих взаимосвязанных информационных признаков (качественных и количественных), а также относительных показателей, характеризующих данное ранение [3. С. 195–197; 4. С. 5–35].

Экспериментальной моделью для изучения входных огнестрельных ранений являлись ранения биоманекенов, полученные в четырех сериях опытов, на модельных дистанциях выстрелов. Начальная скорость каждого выстрела имитировалась с помощью редуцированных и штатных боеприпасов с заданными начальными скоростями пуль: (71,85 ± 1,37) м/с (1-я серия), (103,54 ± 1,00) м/с (2-я серия), (202,36 ± 1,23) м/с (3-я серия) и (303,42 ± 1,12) м/с (4-я серия). Редуцированные (приведенные) боеприпасы изготавливались разработанным нами методом путем замены заводских стандартных навесок пороха другими, приготовленными расчетным способом. Контроль положения пуль на траектории полета в момент соударения с биоманекеном при выстрелах редуцированными боеприпасами осуществлялся по предварительному отстрелу мастичных блоков. Для создания стандартных условий опытов и максимального снижения влияния неконтролируемых факторов биоманекены подбирались по антропометрическим показателям и прочностным свойствам тканей.

Выстрелы производились на специальной установке для экспериментальной стрельбы, позволяющей производить выстрелы с заданной начальной скоростью из неподвижно зафиксированного пистолета Макарова. Скорость и другие физические параметры пули в каждом опыте рассчитывали по ее массе и времени полета на мерной базе. Время полета пули на мерной базе, т.е. между соленоидными датчиками, расположенными на расстоянии 10 м друг от друга, контролировали с помощью электронного частотомера типа ЧЗ-33 и др. Выстрелы производились из пистолетов с мало изношенными стволами по незащищенным тканями одежды биоманекенам под разными углами.

Полученные в четырех сериях опытов входные огнестрельные повреждения (432) изучались непосредственно на биоманекенах, а также после их извлечения и специальной обработки.

Для определения объемной формы и характера дефектов кожи в ранах применяли стереомикроскопию объектов в отраженном и проходящем свете, рентгенографию с прямым увеличением (рентгеновский излучатель типа «Электроника Д 100» и др.), а также изготавливали их слепки (паста К, катализатор К-18, форсуночная сажа). Слепки с дефектов кожи в ранах изучали под микроскопом МБС-10 в отраженном свете и методом теневого профилирования.

Количественные показатели изучаемых признаков фиксировали непосредственно при помощи окулярного микрометра, входящего в комплект МБС-10, а также путем нанесения масштабных сеток (палеток), имеющих длину стороны малого квадрата 1 мм или 0,25 мм, на фотоизображения изучаемых признаков в масштабе 1:1. Площади признаков измеряли путем подсчета квадратов и их частей, накладывающихся на измеряемый участок (ошибка метода составляет 5%).

На входных кожных ранах были изучены следующие доминирующие признаки: S1 – наибольшая площадь повреждения кожи со стороны эпидермиса, без его радиальных разрывов; S2 – площадь пояска осаднения и загрязнения; S3 – площадь дефекта кожи на уровне эпидермиса и верхних слоев собственно кожи; S4 – площадь дефекта кожи на внутренней поверхности кожи. Вычислялся также и относительный показатель как отношение S1 к S3.

Обработка полученных результатов показала, что с изменением скорости пули изменяется и степень рассеяния абсолютных величин изученных признаков. Так, при скоростях пуль ($202, 4 \pm 1,2$) м/с вариация величин признаков сильная (более 20%), и только при скоростях ($303,4 \pm 1,1$) м/с – средняя (менее 20%). То есть с увеличением скорости (кинетической энергии) пуль количественные показатели изучаемых признаков в огнестрельном ранении кожи уменьшаются по абсолютным величинам и становятся менее вариабельными. Однако, несмотря на выраженную общую тенденцию изменения характера и количественных показателей изучаемых признаков в зависимости от скорости пули, статистически значимых различий при помощи t-критерия между средними величинами признаков S1 и S3, полученными в 3-й и 4-й сериях экспериментов, не установлено ($p > 0,05$). При этом между средними величинами признака S1, полученными в 1-й, 2-й, 3-й сериях экспериментов, тот же критерий выявил статистически значимую разницу ($p < 0,05$).

Для объективного определения наличия, характера, формы и размеров дефектов кожи, а также количественных показателей признаков в огнестрельных повреждениях применяли следующие методы исследования: стереомикроскопический, рентгенографический, слепочный, морфометрический и теневого профилирования.

Оказалось, что исследуемые пули при ударе в незащищенное одеждой тело биоманекена (толщина кожи – $(3,7 \pm 0,5)$ мм, толщина подкожно-жировой основы – $(1,5 \pm 0,5)$ см, толщина мышечного слоя – $(8,7 \pm 2,5)$ см) под углами $70\text{--}90^\circ$ со скоростью $(202,4 \pm 1,2)$ м/с и выше образуют входные раны с дефектами кожи сложной объемной конфигурации, похожими на воронки. Начальные, или наиболее широкие, части дефектов захватывают эпидермис и лишь поверхностные слои собственно кожи (пояски осаднения и загрязнения), а в глубоких слоях кожи дефекты имеют вид узких каналов с неровными стенками, несколько расширяющихся при выходе из кожи.

Дефекты кожи на выходных ранах, полученных при скорости пуль $(202,4 \pm 1,2)$ м/с и выше, захватывают все слои собственно кожи и имеют вид воронки, кратера или щели (при входе пули боковой поверхностью), причем широкая часть дефекта кожи всегда обращена внутрь, т.е. навстречу движения пули. При скорости пуль $(103,5 \pm 1,0)$ м/с и ниже дефектов кожи в ранах не наблюдалось.

Средние величины одноименных признаков, полученные в четырех сериях экспериментов при изучении их непосредственно на биоманекенах и после лабораторной обработки кожных лоскутов, оказались статистически значимо различными ($p < 0,01$). Выяснилось, что колебания абсолютных величин изучаемых признаков в зависимости от скорости и кинетической энергии пули после обработки кожных лоскутов уменьшились, т.е. стали средними (до 20%) и малыми (до 10%). Это помогло выявить статистически значимые различия в тех признаках, исследование которых непосредственно на биоманекенах было невозможно. Установлено также, что при относительно равномерном сокращении кожных лоскутов с исследуемыми ранами уменьшение величин признаков происходит неравнозначно, но пропорционально. Величина признака S1, например, уменьшается примерно в 2 раза ($X_{об} \pm m_{хоб} = 1,92 \pm 0,19$), а признака S3 – в 5,5 раз ($X_{об} \pm m_{хоб} = 5,66 \pm 0,22$).

Анализ качественных признаков, а также количественных и относительных показателей в изученных ранах кожи показал, что они обладают статистически значимым диагностическим значением для характеристики МПвх во входной ране на коже. Изученные признаки наблюдались во всех опытах, существенно изменялись и статистически значимо зависели (при аналогичных условиях опытов) от скорости пуль, их причинивших. А это позволяло со статистически достоверной вероятностью решать обратную задачу, т.е. по МПвх в повреждении определять скорость причинившей ее пули.

Экспериментально обоснованная методика определения скорости пули по МПвх дает основание рекомендовать ее для использования в практике судебной экспертизы при определении расстояния в пределах «неблизкой» дистанции выстрела при смертельной огнестрельной травме. Для этого необходимо получить экспериментальные пулевые повреждения, схожие

по МПвх с исследуемыми повреждениям на трупе человека, на «модельных» дистанциях с использованием редуцированных боеприпасов. Эксперименты с разрешения следователя можно провести на исследуемом трупе умершего человека, поскольку упруго-вязкие и прочностные свойства «живых» и «мертвых» тканей в течение трех суток с момента смерти человека или теплокровного животного практически не меняются.

Результаты проведенного исследования показывают их перспективность и позволяют предложить новый реальный путь решения вопроса по определению расстояния в пределах «неблизкой» дистанции огнестрельного пулевого выстрела.

Это полностью согласуется с результатами аналогичных исследований, проведенных военными врачами с другими видами ручного огнестрельного оружия, например АК-74, винтовкой ТОЗ-12, ПСМ и др. Причем исследовались как биологические, так и небиологические мишени. Все это дало основание для разработки и рекомендации в экспертную практику комплексной методики по определению конкретного расстояния на дистанции «неблизкого» огнестрельного пулевого выстрела.

Поскольку предложенная компьютерная программа «Внешняя баллистика» для определения расстояния на дистанции неблизкого пулевого выстрела кроме модели (образца) калибра оружия и скорости соударения пули с мишенью позволяла определить угол соударения пули с мишенью, было проведено дополнительное экспериментальное исследование на биологических и небиологических мишенях (тканых и нетканых материалах) с целью выявления доминирующих информационных признаков, позволяющих статистически значимо определить сторону и угол входа пули в мишень по МПвх. Результаты проведенного исследования показали, что МПвх статистически значимо ($p < 0,01$) в опытах с применением разных образцов ручного огнестрельного оружия (ПМ, ТТ, Наган обр. 1895 г., ПСМ, АКМ, СКС и др.) и разных мишеней (биологических и небиологических) зависит от угла и скорости входа пули в мишень.

В результате анализа специальной литературы по криминалистическому и судебно-медицинскому исследованию огнестрельных повреждений, а также результатов проведенных экспериментальных исследований разработана и предложена для практического применения комплексная методика определения расстояния на дистанции неблизкого пулевого огнестрельного выстрела [5. С. 133–139]. Алгоритм ее решения следующий:

- 1) изучение структуры (элементов) исследуемой мишени и влияние ее свойств на признаки входного огнестрельного повреждения;

- 2) определение МПвх как минимальной совокупности связанных и взаимосвязанных качественных и количественных доминирующих информационных признаков и относительных показателей, характеризующих это повреждение;

- 3) моделирование МПвх на мишени (с учетом установленных свойств) при помощи редуцированных (приведенных) боеприпасов с разной фор-

мой головной части пули, выстрелянных (в зависимости от решаемой задачи) из наиболее распространенных образцов штатного огнестрельного оружия калибра 5,45 мм, 7,62 мм и 9 мм;

4) сравнительная оценка исследуемого и экспериментальных повреждений с целью выявления наиболее адекватной модели, характеризующей искомую МПвх. Для уточнения количественных характеристик минимальной совокупности доминирующих информационных признаков возможно повторение 3-го и 4-го этапов с использованием других образцов оружия и боеприпасов;

5) расчетное или экспериментальное определение угла и стороны входа пули в исследуемую мишень;

6) определение расстояния неблизкого выстрела из конкретной модели (образца) оружия по данным скорости и угла соударения пули с исследуемой мишенью при помощи компьютерной программы «Внешняя баллистика», версия 1.

Предлагаемая методика может быть использована при проведении комплексных судебных экспертиз для определения расстояния на дистанции неблизкого огнестрельного пулевого выстрела.

В состав экспертной комиссии, проводящей комплексную экспертизу, должны быть включены специалисты не только по предмету и объекту экспертизы, но и по новым комплексным методам исследования. Только в этом случае возможны составление единого заключения при общей компетентной оценке результатов применения отдельных методов исследования, интеграция частных результатов и формулирование научно обоснованного ответа на вопрос о расстоянии выстрела в пределах дистанции «неблизкого» пулевого огнестрельного выстрела в каждом конкретном случае.

Литература

1. Дворянский И.А. Определение расстояния, направления и места выстрела при больших дистанциях стрельбы // Сборник научных работ. Вильнюс : НИИСЭ, 1968. Вып. 111. С. 238–263.

2. Гальцев Ю.В. Классификация объектов исследования (мишеней) со следами огнестрельных повреждений в судебной баллистике // МВД России 200 лет : материалы междунар. науч.-практ. конф. Санкт-Петербург, 28–29 мая 1998 г. // под общ. ред. О.М. Латышева, В.П. Сальникова. СПб. : СПб. академия МВД России, 1998. Ч. 3. С. 70–73.

3. Гальцев Ю.В. Моделирование ранений из огнестрельного оружия в медицине // Взаимодействие правоохранительных органов и экспертных структур при раскрытии тяжких преступлений // Взаимодействие правоохранительных органов и экспертных структур при расследовании тяжких преступлений. Судебно-медицинская экспертиза : материалы межвед. межрегион. науч.-практ. конф. Санкт-Петербург, 20–21 ноября 1997 г. / под ред. Г.И. Заславского, В.П. Сальникова. СПб. : СПб. академия МВД России, 1997. Ч. 1. С. 195–197.

4. Гальцев Ю.В., Бахтадзе Г.Э. Определение скорости пули и расстояния неблизкого выстрела из ручного нарезного оружия по объему входного огнестрельного повреждения : метод. пособие для экспертов, следователей, судей, преподавателей и студентов. Тбилиси : ВК КГБ СССР, 1990. 40 с.

5. Гальцев Ю.В., Лантух Э.В. Судебная экспертиза огнестрельных повреждений. СПб. : СПб ун-т МВД России, 2017. 210 с.

Galtsev Yury V., Protsenko Dmitry E., Prikhodko Arkady N., Yakushev Vitaliy V., Saint Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia (Saint Petersburg, Russian Federation)

TO THE QUESTION OF THE POSSIBILITY OF DETERMINING THE DISTANCE OF A FAR RANGE BULLET SHOT WHEN MEASURING THE ENTRY GUNSHOT INJURY

Keywords: measure of the entry gunshot injury, modeling the distance of the shot, reduced ammunition.

DOI: 10.17223/22253513/36/4

The article outlines the data of scientific studies of forensic physicians and criminologists on the issues of determining the distance of a gunshot bullet according to the injury (wound). According to the special literature nowadays only a few methods of determining the distance of a far range bullet shot are known: the depth of penetration of the bullet into the target, the degree of deformation and fragmentation of the projectile in the target, the method of laser modeling on bullet holes, the method of sight, etc. These methods are developed for different types of expertise; they are specific authorial developments, have not been tested yet and are not recommended for wide practical use. Previous and current various pilot studies have given rise to the hope for a positive solution of the problem. In expert practice, the distance of a far gunshot is only stated as a fact and is not measured precisely in any units.

Forensics and military personnel at non-biological sites, on the one hand, and forensic medics and military surgeons on the other, have confirmed a clear correlation between the speed of the bullet and the extent of the injuries it caused to the body of a person or animal. The medical concept of the volume of gunshot injury was not accurately quantified. It was, therefore, suggested that the entry gunshot injury should be separated from this volume and only the dominant interconnected information characteristics that can be measured in specific units should be identified. The average quantities of these features enable us to calculate the relative indicators that allow getting some "hidden information" about the relationship of the studied features. This set of related and interconnected qualitative and quantitative dominant informational features in the entry gunshot injury at the entrance of the bullet into the affected object was called a measure of input gunshot damage. Moreover, qualitative signs were also taken into account. Using mathematical and technical modeling methods in strictly controlled conditions has allowed achieving the results, which with the appropriate refinement can be recommended in expert practice. The authors have proved the expediency of using reduced cartridges in this kind of studies, i.e., to bring about the bullets to the specified speeds when they interact with the affected object. This allows simulating gunshot damage to any object from specific distances by shots from various firearms samples in the laboratory.

References

1. Dvoryansky, I.A. (1968) *Opreделение rasstoyaniya, napravleniya i mesta vystrela pri bol'shikh distantsiyakh strel'by* [Determining the distance, direction and place of a shot at long ranges of shooting]. *Sbornik nauchnykh rabot*. 111. pp. 238–263.
2. Galtsev, Yu.V. (1998) *Klassifikatsiya ob'ektov issledovaniya (misheney) so sledami ognestrel'nykh povrezhdeniy v sudebnoy ballistike* [Classification of research objects (targets) with traces of gunshot injuries in judicial ballistics]. In: Latyshev, O.M. & Salnikov, V.P. (eds) *MVD Rossii 200 let* [Ministry of Internal Affairs of Russia – 200 years]. St. Petersburg: St. Petersburg Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia. pp. 70–73.

3. Galtsev, Yu.V. (1997) *Modelirovanie raneniy iz ognestrel'nogo oruzhiya v meditsine* [Modeling of gunshot wounds in medicine]. In: Zaslavsky, G.I. & Salnikov, V.P. (eds) *Vzaimodeystvie pravookhranitel'nykh organov i ekspertnykh struktur pri rassledovanii tyazhkiykh prestupleniy. Sudebno-meditsinskaya ekspertiza* [Interaction of law enforcement agencies and expert structures in investigating serious crimes. Forensic medical examination]. St. Petersburg: St. Petersburg Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia. pp. 195–197.

4. Galtsev, Yu.V. & Bakhtadze, G.E. (1990) *Opredelenie skorosti puli i rasstoyaniya neblizkogo vystrela iz ruchnogo nareznogo oruzhiya po ob'emnu vkhodnogo ognestrel'nogo povrezhdeniya: metod. posobie dlya ekspertov, sledovateley, sudey, prepodavateley i studentov* [Determining the speed of a bullet and the distance of a non-close shot from a hand rifled weapon by the volume of incoming fire damage: A manual for experts, investigators, judges, teachers, and students]. Tbilisi: KGB USSR.

5. Galtsev, Yu.V. & Lantukh, E.V. (2017) *Sudebnaya ekspertiza ognestrel'nykh povrezhdeniy* [Forensic examination of gunshot injuries]. St. Petersburg: St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia.

УДК 343.2.01

DOI: 10.17223/22253513/36/5

Ф.В. Грушин, И.А. Давыдова

ГАРАНТИИ РЕАЛИЗАЦИИ НЕКОТОРЫХ ПРАВ И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ ОСУЖДЕННЫХ К ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ, ЯВЛЯЮЩИХСЯ РОДИТЕЛЯМИ

Рассматриваются различные аспекты гарантий реализации некоторых прав и законных интересов осужденных к лишению свободы, являющихся родителями.

Ключевые слова: осужденные, уголовно-исполнительное законодательство, родители, гарантии.

Осужденные как субъекты уголовно-исполнительных правоотношений регулярно становятся предметом исследования в самых различных научных публикациях [1–3]. Достаточно часто в тех или иных аспектах в качестве субъекта уголовно-исполнительных правоотношений рассматриваются несовершеннолетние осужденные [4, 5]. Однако осужденные родители (за исключением вопросов отсрочки отбывания наказания в рамках ст. 82 УК РФ), практически не анализируются научным юридическим сообществом в рассматриваемом качестве.

Уголовное наказание в виде лишения свободы в отношении родителей оказывает чрезвычайно сильное воздействие на детей, и, соответственно, одним из направлений развития политики в сфере назначения и исполнения наказаний является обеспечение интересов детей, чьи родители находятся в местах лишения свободы.

Говоря о гарантиях реализации прав и законных интересов осужденных, являющихся родителями, хотелось бы обратить внимание на несколько аспектов.

Во-первых, необходимо отметить, что как на уровне международных правовых актов, так и на уровне российского законодательства видна тенденция к повышению внимания к рассматриваемой категории осужденных, обеспечению их правового положения. Так, в Конвенции ООН о правах ребенка говорится, что дети должны быть защищены от всех форм дискриминации или наказания на основе статуса или деятельности их родителей и что во всех действиях, касающихся детей, наилучшие интересы ребенка должны приниматься во внимание в первую очередь. Также в указанном документе закреплено право ребенка поддерживать контакт с родителем, с которым он разлучен.

Кроме того, следует отметить также появление особого самостоятельного европейского документа, направленного на защиту прав детей, чьи родители находятся в местах лишения свободы. В 2018 г. Комитет Министров Совета Европы принял принципиально новый документ – Рекомен-

дации в отношении детей, чьи родители осуждены к лишению свободы, и призвал все государства, являющиеся членами этой международной организации, руководствоваться ими в процессе совершенствования уголовной, уголовно-исполнительной политики и законодательства, а также в практической сфере. Комитет Министров требует перевести текст документа на официальные языки государств и ознакомить с ним соответствующие ведомства, профессионалов, широкую общественность, а также детей и их родителей, находящихся в местах лишения свободы [6. С. 285].

В указанном документе речь идет о необходимости уважения прав детей осужденных, учета их индивидуальных потребностей и особенностей жизненной ситуации, а также о необходимости принимать меры, которые бы отвечали интересам ребенка, обеспечивая неприкосновенность частной жизни, а также укреплять роль родителя как во время отбывания наказания, так и после освобождения.

Обращено внимание на учет интересов детей при назначении наказания в виде лишения свободы и по возможности применения альтернативного наказания, особенно если речь идет о единственном родителе.

При направлении осужденного в исправительное учреждение следует принимать во внимание место жительства ребенка. Кроме того, государствам рекомендуется предоставлять необходимые средства государственным органам и общественным организациям для поддержки детей осужденных и их семей с тем, чтобы они могли решать свои проблемы, включая проезд для встречи с родителями и, по возможности, финансовую помощь для поддержания полезных контактов.

Анализируя нормы российского законодательства в сфере обеспечения прав детей, родители которых осуждены к уголовным наказаниям, можно выделить несколько правовых институтов:

- возможность предоставления отсрочки отбывания наказания осужденным беременным женщинам, женщинам, имеющим малолетних детей и мужчинам, которые являются единственным родителем;

- проживание ребенка совместно с матерью в исправительных колониях, при которых имеются дома ребенка;

- наличие возможности осуществления контроля посредством посещений учреждений и органов, исполняющих наказания в отношении несовершеннолетних осужденных, осужденных беременных женщин, осужденных женщин, имеющих детей в домах ребенка исправительных учреждений, Уполномоченным при Президенте РФ по правам ребенка, а также уполномоченными по правам ребенка в субъектах Российской Федерации в пределах соответствующих территорий;

- закрепление в уголовно-исполнительном законодательстве в качестве законного интереса нескольких видов выездов, направленных на поддержание и обеспечение общения с детьми;

- дополнение в 2017 г. уголовно-исполнительного законодательства России нормой ч. 2-1 ст. 89 УИК РФ, согласно которой осужденным женщинам, имеющим ребенка в возрасте до 14 лет, а также осужденным муж-

чинам, имеющим ребенка в возрасте до 14 лет и являющимся единственным родителем, за исключением осужденных, указанных в ч. 3 ст. 97 УИК РФ, могут предоставляться дополнительные длительные свидания с ребенком в выходные и праздничные дни с проживанием (пребыванием) вне исправительного учреждения, но в пределах муниципального образования, на территории которого расположено исправительное учреждение, если это предусмотрено условиями отбывания ими лишения свободы в исправительном учреждении.

С одной стороны, изменения законодательства в рассматриваемой сфере имеют позитивный характер, с другой – некоторые особенности норм уголовно-исполнительного законодательства, регламентирующие порядок исполнения наказания в виде лишения свободы, имеют существенные недостатки, а иногда и затрудняют общение с детьми.

Кроме того, имеется еще один аспект рассматриваемой проблемы обеспечения прав детей, чьи родители находятся в местах лишения свободы. Поскольку матери часто являются основными или единственными опекунами детей, а также нередко отбывают наказание далеко от дома, лишение свободы матерей может иметь серьезные последствия для ребенка, оказывать травмирующее воздействие. Соответственно, и международные правовые акты, и законодательство ряда государств акцентируют внимание на обеспечении прав детей, чьи матери находятся в местах лишения свободы, закрепляют специальные права и льготы в отношении указанной категории осужденных.

Гораздо реже обращается внимание на травмирующее воздействие, которое может оказать на ребенка тюремное заключение отца. Так, отдельные зарубежные авторы отмечают, что «дети, чьи отцы находятся в заключении, испытывают многие из проблем, относящихся к детям заключенных матерей, включая чувство потери, разрушение привычного мира, бедность, стигматизацию, проблемы со здоровьем, трудности, связанные с посещениями родителей в тюрьме. В то же время есть проблемы, которые могут быть вызваны именно заключением отцов, такие как повышенный риск противоправного поведения ребенка и ухудшение отношений между ребенком и матерью» [7. С. 179].

Тем не менее, исходя из статистических данных большинства государств, можно сделать вывод о том, что количество детей, находящихся в разлуке с отцами из-за их нахождения в пенитенциарных учреждениях, существенно больше, чем разлученных с матерями по этой же причине. Как известно, мужчины составляют подавляющее большинство заключенных, доля осужденных женщин составляет в среднем около 10% [8. С. 1].

Как было отмечено выше, в международных правовых актах подчеркивается необходимость защиты детей от всех форм дискриминации и наказания на основе статуса или деятельности их родителей и в первую очередь уделять внимание наилучшему обеспечению интересов ребенка, а наличие у ребенка права на поддержание контактов с родителем, с кото-

рым он разлучен, делает необходимым принятие мер для защиты права ребенка на поддержание контактов с заключенным отцом, так же как и с заключенной матерью, если это наилучшим образом обеспечивает интересы ребенка.

В российском законодательстве также отсутствует единый подход в обеспечении прав осужденных мужчин и женщин, являющихся родителями, имеющими потребность в оказании помощи в общении с детьми, в решении некоторых проблем, связанных с детьми, направленных на защиту их прав.

Так, если рассматривать контроль уполномоченных по правам ребенка, то вызывает недоумение ограничение видов исправительных учреждений, которые они могут посещать, а также отсутствие возможности общения с осужденными мужского пола, содержащимися в исправительных учреждениях и имеющих детей. Федеральный закон от 27 декабря 2018 г. № 501-ФЗ «Об уполномоченных по правам детей в Российской Федерации» закрепляет следующие полномочия указанного субъекта: уполномоченный содействует: 1) восстановлению нарушенных прав и законных интересов детей; 2) совершенствованию законодательства Российской Федерации в части, касающейся защиты прав и законных интересов детей; 3) развитию международного сотрудничества в области защиты прав и законных интересов детей; 4) совершенствованию форм и методов защиты прав и законных интересов детей.

В указанном нормативном правовом акте нет положений, касающихся одного родителя, соответственно, обеспечение и защита прав детей должны осуществляться во всех видах исправительных учреждений и касаться не только матерей, но и отцов.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что в правовом регулировании обеспечения прав детей, чьи родители находятся в местах лишения свободы, произошли положительные изменения как на международном, так и на национальном уровне. Однако, к сожалению, мы не можем так же уверенно говорить о реализации этих законодательных положений, прежде всего в связи с тем, что почти все блага, предусмотренные законодательством для осужденных к лишению свободы, являются законными интересами, а не субъективными правами, а значит, применяются по усмотрению администрации исправительного учреждения или суда. И если в ряде случаев администрация исправительного учреждения руководствуется интересами ребенка и не предоставляет дополнительных свиданий или выездов за пределы ИУ с учетом личности осужденного и его поведения в период отбывания наказания, свидетельствующего о том, что такие встречи не могут способствовать интересам детей, то имеются и иные примеры, иногда связанные с коррупционным характером действий администрации ИУ, а также с негласным запретом предоставления выездов осужденным, имеющим место в некоторых территориальных органах.

Соответственно, требуются определенные гарантии реализации рассматриваемых выше прав и законных интересов осужденных, имеющих детей.

Так, в упомянутом выше международном акте Совета Европы закреплены следующие гарантии.

Соответствующим национальным органам следует применять межведомственный подход, с тем чтобы поощрять, поддерживать и защищать права детей, родители которых находятся в заключении, включая их наилучшие интересы. Это предполагает сотрудничество со службами пробации, общественностью, школами, здравоохранением и службами социального обеспечения детей, полицией, омбудсменом по делам детей или другими должностными лицами, отвечающими за защиту прав детей, а также с другими соответствующими учреждениями, включая организации гражданского общества, оказывающие поддержку детям и их семьям.

Кроме того, в качестве гарантии может выступать мониторинг рассматриваемого направления деятельности. Так, положение 50 указанного документа предусматривает мониторинг компетентных министерств, а также омбудсменов по делам детей или других национальных правозащитных органов и органов, ответственных за защиту прав детей, а также необходимость регулярно отчитываться и принимать надлежащие меры, касающиеся признания и осуществления прав и интересов детей с лишенными свободы родителями, включая малолетних детей, живущих в тюрьме со своими родителями.

Следует систематически собирать статистические данные из пенитенциарных и детских учреждений и публиковать их вместе с информацией о детях, лишенных свободы.

Также предусмотрены финансовые и организационные гарантии. В рекомендациях указывается, что выделяются финансовые средства для поддержки исследований в отношении детей, родители которых находятся в заключении, с тем чтобы способствовать развитию политики и практики в этой области.

Осуществление практики и политики в интересах детей, включая международные стандарты, касающиеся детей, родители которых находятся в заключении, должно регулярно проходить проверку и оценку. Такой обзор могут составлять соответствующие министерства, администрация тюрем, социальные службы, омбудсмены по делам детей и другие правозащитные органы, отвечающие за защиту прав детей, а также другие учреждения, включая организации гражданского общества.

С учетом рассмотренных выше требований международных правовых актов и необходимости защиты интересов детей, чьи родители находятся в местах лишения свободы, обращает на себя внимание законопроект, внесенный в марте 2018 г. в Государственную Думу Российской Федерации, направленный на поддержание социально полезных связей с семьей в период отбывания наказания в местах лишения свободы.

Авторы законопроекта предложили внести изменения в Закон об опеке и попечительстве в части наделения полномочиями органов опеки и попечительства по обеспечению возможности сохранения детско-родительских отношений между ребенком, временно находящимся под опекой, и роди-

телем, не лишенным родительских прав и находящимся в местах лишения свободы. Законопроектом предлагается ввести новые нормы, в соответствии с которыми в интересах подопечного орган опеки и попечительства в договоре об осуществлении опеки или попечительства может указать отдельные действия, которые опекун или попечитель обязан выполнять по сохранению детско-родительских отношений между родителем, отбывающим наказание в местах лишения свободы, и ребенком, временно находящимся под опекой, через общение по телефону и посредством видеосвязи.

Кроме того, были предложены изменения в Семейный кодекс РФ с целью закрепления в законодательстве права родителя, находящегося в местах лишения свободы, на общение с ребенком, участие его в воспитании и решении вопросов получения ребенком образования, а также на получение информации о своем ребенке из образовательных и медицинских организаций, организаций социального обслуживания и аналогичных организаций. Указанный законопроект в полной мере соответствует требованиям международных правовых актов и, по нашему мнению, мог бы положительно повлиять на процесс поддержания контактов с детьми, а в этой связи и на процесс ресоциализации осужденных родителей.

Положительно оценивая расширение прав и законных интересов осужденных, являющихся родителями, считаем необходимым еще раз подчеркнуть, что поддержание контактов как с отцами, так и с матерями должны поддерживаться только в том случае, если это наилучшим образом отвечает интересам ребенка. Следовательно, необходимо четкое закрепление в законодательстве критериев (условий) реализации соответствующих видов законных интересов осужденных, чтобы, с одной стороны, исключить или минимизировать возможность коррупционных рисков, а с другой – ограничить такие контакты с родителями, которые могут отрицательно повлиять на детей.

Литература

1. Гришко А.Я. Предупредительная функция норм уголовно-исполнительного права и законные интересы осужденного // Вестник Томского государственного университета. 2015. № 3 (17). С. 12–23.
2. Уткин В.А. Проблемы правового регулирования труда осужденных в исправительных учреждениях Российской Федерации // Уголовная юстиция. 2015. № 2 (6). С. 81–88.
3. Емельянова Е.В. К вопросу о дискриминации в сфере трудового использования осужденных к лишению свободы // Вестник Томского государственного университета. 2010. № 334. С. 94–95.
4. Кашуба Ю.А., Нистратова И.С. Исполнение наказания в виде лишения свободы в отношении несовершеннолетних, имеющих социально значимые заболевания // Вестник Томского государственного университета. 2018. № 435. С. 246–253.
5. Лещенко О.В. Влияние религии на правосознание несовершеннолетних осужденных // Уголовно-исполнительное право. 2016. № 1 (23). С. 72–74.
6. Хуторская Н.Б. Новые рекомендации Совета Европы в отношении особой категории несовершеннолетних // Организационно-правовое обеспечение деятельности

учреждений и органов ФСИН России: проблемы и перспективы развития : материалы Межвуз. науч.-практ. конф., Рязань, 8 февраля 2019 г. Рязань : Академия ФСИН России, 2019. С. 284–287.

7. Murray J., Farrington D.P. The Effects of Parental Imprisonment on Children // *Crime and Justice*. 2008. Vol. 37. P. 133–206.

8. Розенберг Дж., Бретт Р. Детям нужны и папы тоже: о детях, отцы которых находятся в тюрьме / пер. на рус. яз. PRI. Geneva : Quaker United Nations Office, 2009. 56 с.

Grushin Fedor V., Davydova Irina A., Academy of the Federal penitentiary service of Russia (Ryazan, Russian Federation)

GUARANTEES FOR THE REALIZATION OF CERTAIN RIGHTS AND LEGITIMATE INTERESTS OF IMPRISONED PARENTS

Keywords: convicts, penal legislation, parents, guarantees

DOI: 10.17223/22253513/36/5

One area of development of Russia's penal policy is to ensure the interests of children whose parents are imprisoned, to expand certain types of subjective rights and legitimate interests of those convicts who have children. The article examines the guarantees of the rights and legitimate interests of convicted parents that are enshrined in international legal acts and Russian law and highlights the lack of a clear mechanism and the problems arising in practical activities in implementing subjective rights and legitimate interests of imprisoned parents.

Various aspects of this area are considered and analyzed. The trends to increase attention to the category of the convicts in question, to ensure their legal status are pointed out: the adoption of a special independent European document aimed at protecting the rights of children whose parents are imprisoned; the recommendations to states to provide the necessary funds to public bodies and community organizations to support the children of convicts and their families; ensuring the rights of children with imprisoned mothers and several others. The authors consider a new international document -The Council of Europe's Recommendation CM/Rec (2018)5 of the Committee of Ministers to member states concerning children with imprisoned parents. According to this act member states of this international organization are called upon to rely on it when improving criminal, penal and legislative policies, and in the practical sphere.

The article also states that international legal acts and the legislation of several states emphasize the rights of children whose mothers are imprisoned and enshrine special rights and benefits for this category of prisoners. The traumatic effect of a father's imprisonment on a child is rarely taken into consideration. In general, it can be noted that there have been positive changes in the legal regulation of the rights of children of imprisoned parents, both internationally and nationally, but there are still several unresolved issues. For example, the implementation of practices and policies in the interests of children, including international standards for children whose parents are imprisoned, should be regularly tested and evaluated. It is concluded that the contacts with both fathers and mothers should be maintained only if it is in the interests of the child.

References

1. Grishko, A.Ya. (2015) Predupreditel'naya funktsiya norm ugovovno-ispolnitel'nogo prava i zakonnye interesy osuzhdennogo [The preventive function of the norms of criminal executive law and the legitimate interests of the convict]. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 3(17). pp. 12–23. DOI: 10.17223/22253513/17/2

2. Utkin, V.A. (2015) On legal regulation of the labour of convicts in correctional institutions of the Russian Federation. *Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law*. 2(6). pp. 81–88. (In Russian). DOI: 10.17223/23088451/6/16

3. Yemelyanova, Ye.V. (2010) Issues of convicts' labour regulation discrimination. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal*. 334. pp. 94–95. (In Russian).

4. Kashuba, Yu.A. & Nistratova, I.S. (2018) Executing the sentence of imprisonment for minors with socially significant diseases. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal*. 435. pp. 246–253. (In Russian). DOI: 10.17223/15617793/435/31

5. Leshchenko, O.V. (2016) Vliyaniye religii na pravosoznanie nesovershennoletnikh osuzhdennykh [The influence of religion on the legal consciousness of juvenile convicts]. *Ugolovno-ispolnitel'noe pravo*. 1(23). pp. 72–74.

6. Khutorskaya, N.B. (2019) [New recommendations of the Council of Europe regarding a special category of minors]. *Organizatsionno-pravovoe obespechenie deyatel'nosti uchrezhdeniy i organov FSIN Rossii: problemy i perspektivy razvitiya* [Legal support for the activities of institutions and bodies of the Federal Penitentiary Service of Russia: problems and development prospects]. Proc. of the Conference. Ryazan, February 8, 2019. Ryazan: Academy of the Federal Penitentiary Service of Russia. pp. 284–287. (In Russian).

7. Murray, J. & Farrington, D.P. (2008) The Effects of Parental Imprisonment on Children. *Crime and Justice*. 37. pp. 133–206. DOI: 10.1086/520070

8. Rosenberg, J. & Brett, R. (2009) *Detyam nuzhny i papy tozhe: o detyakh, ottsy kotorykh nakhodyatsya v tyur'me* [Children Need Dads Too: Children With Fathers in Prison]. Translated from English by PRI. Geneva: Quaker United Nations Office.

УДК 342.41

DOI: 10.17223/22253513/36/6

А.В. Должиков

ПРИНЦИП СОРАЗМЕРНОСТИ И ОСНОВЫ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ

Соразмерность является ключевым элементом концепции правовой государственности и в таком качестве основывается на либеральной идеологии. Исходя из взаимосвязи формальных и материальных аспектов правового государства, принцип соразмерности служит средством антиформализма и означает недопустимость произвола властей при вмешательстве в конституционные права. С процессуальной точки зрения соразмерность представляет собой основание конституционного судебного нормоконтроля.

Ключевые слова: принцип соразмерности, основы конституционного строя, правовое государство.

Постановка проблемы

Соразмерность в последнее время привлекает пристальное внимание доктрины конституционного права [1] и чаще связывается с институтом конституционных прав. При этом на практике этот принцип иногда применяется в отношении иных элементов конституционной системы. Например, в Заключении от 16 марта 2020 г. № 1-3 Конституционный Суд РФ ссылается на требование о балансе конституционных ценностей, которое является центральным элементом соразмерности. Среди прочего было подчеркнуто, что «переходное регулирование, допускающее временное наличие в составе Конституционного Суда Российской Федерации большего числа судей, чем предусмотрено Конституцией Российской Федерации, согласуется с принципами независимости и несменяемости судей и не содержит в себе противоречия статье 15 (часть 1) Конституции Российской Федерации, поскольку является приемлемым способом достижения баланса конституционных ценностей» [2]. Как видно, конституционные судьи увязывают структурный элемент соразмерности с нормами гл. 1 Конституции РФ. При этом упомянутое заключение напрямую не касалось вопросов защиты конституционных прав. Поэтому значение приобретает вопрос о предметных пределах действия принципа соразмерности. Соответственно, в настоящей статье анализируется роль соразмерности за рамками сферы конституционных прав, а именно как элемента основ конституционного строя.

Формально гл. 1 Конституции РФ непосредственно не закрепляет принцип соразмерности или какие-то его структурные элементы. В тексте этой главы нельзя обнаружить такого термина или иных родственных понятий, например идеи баланса конституционных ценностей. Вместе с тем с точки

зрения соразмерности основы конституционного строя представляют собой фундаментальные принципы конституционализма, направленные на обеспечение умеренности публичной власти. С таких позиций становится понятной сущность разделения властей как средства предотвращения произвола государства (ст. 10), или из федерализма вытекает идея баланса полномочий центральных и региональных властей (ст. 5). Однако наиболее значимым для понимания соразмерности является принцип правовой государственности (ч. 1 ст. 1, ст. 15). Поэтому более подробно определим соотношение этой основы конституционного строя с принципом соразмерности.

Модели правовой государственности и принцип соразмерности

Правовая государственность является важнейшей основой конституционного строя и имеет системообразующий характер в любом свободном демократическом государстве [3]. Определение России как правового государства в ч. 1 ст. 1 Конституции РФ не содержит каких-либо деталей или элементов данного принципа. Уточнить его содержание можно путем системного толкования. Россия в ч. 1 ст. 1 характеризуется в качестве правового одновременно с принципами демократического (ч. 1 ст. 1, ст. 3), федеративного (ч. 1 ст. 1, ст. 4, ст. 5) и республиканского государства (ч. 1 ст. 1). Системное восприятие правового государства важно и для определения места соразмерности в этой основе конституционного строя. Так, по мнению бывшего председателя Верховного Суда Израиля Аарона Барака (Aharon Barak), нормативными основаниями соразмерности служат концепции верховенства права и демократии [4. Р. 213]. Отсюда практический смысл имеет взаимодействие принципов демократического и правового государства при оценке соразмерности в порядке конституционного судопроизводства. Конституционный Суд РФ, будучи гарантом верховенства Конституции, тем не менее обладает демократическим дефицитом и ограничен в проверке соразмерности законов, представляющих собой решение народных избранников.

Абстрактность текстуальной характеристики правовой государственности может быть восполнена за счет доктрины и судебной практики. Так, в странах общего права чаще всего используется концепция верховенства права (англ. – rule of law). При этом в отличие от классических представлений, известных со времен Альберта Дэйси (Albert Venn Dicey), который видел угрозу верховенству права в любом усмотрении публичной власти [5. С. 141], современные британские юристы обосновывают борьбу с государственным произволом путем соблюдения требований законности, процедурной правильности, правовой определенности и разумности [6. Р. 26–29]. Последнее требование (англ. – reasonableness) во много является аналогом принципа соразмерности.

В российском контексте концепция верховенства права пока оформляется преимущественно за счет практики конституционного правосудия.

Можно согласиться с выводом Г.А. Гаджиева о том, что эта идея «находится в самом начале своего становления, развиваясь с учетом исторически сложившейся правовой традиции континентальной правовой семьи... [она] в России развивается прежде всего как судебная доктрина, при практически пассивном участии законодателя и доктрины, т.е. это не концепция, а именно судебная доктрина» [7. С. 12–13]. Именно в конституционном судопроизводстве находят воплощение отдельные ее проявления, включая идею соразмерности.

В России с учетом влияния континентального права более распространена имеющая германские корни концепция правового государства (нем. – Rechtsstaat). Впечатляет обстоятельство исследования этой концепции в немецкой юридической догматике. Например, Катарина Зобота (Katharina Sobota) выделила 142 элемента данной концепции [8]. Значительный вклад в толкование этой концепции вносит Федеральный конституционный суд Германии. В соответствии с решением от 24 июля 1957 г. «правовая государственность включает в себя не только предсказуемость, но и юридическую определенность, содержательную правильность (нем. – Richtigkeit) или справедливость... правовое государство во всех своих проявлениях не содержит однозначных предписаний или запретов конституционного характера, но является конституционным принципом, который требует конкретизации, исходя из фактических обстоятельств ... Являются ли нормы закона сомнительными с точки зрения правовой государственности, может выявить только проверка конкретного дела» [9. S. 92–93.]. Такое определение правовой государственности показывает взаимосвязь двух аспектов – формального и материального, а также роль фактических обстоятельств конкретного спора в конституционном судопроизводстве.

В практике Федерального конституционного суда прямо отмечается взаимосвязь правового государства и соразмерности. Как подчеркивалось в решении от 5 марта 1968 г. «принцип соразмерности (нем. – Verhältnismäßigkeit) и запрет чрезмерности (нем. – Übermaßverbotes), которые как комплексные руководящие правила связывают любое поведение государства, вытекают из принципа правового государства и потому имеют конституционный ранг» [10. S. 133]. Такой подход во многом решает проблему отсутствия соразмерности в конституционном тексте в качестве самостоятельного принципа.

Видимо, похожую логику преследовал и Конституционный Суд РФ. Согласно Постановлению от 15 января 2002 г. № 1-П принцип соразмерности обусловлен «природой Российской Федерации как правового государства (ч. 1 ст. 1, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ)» [11]. Причем правовое государство не является единственным нормативным основанием соразмерности. Последний вытекает и из более конкретного требования «умеренного» ограничения конституционных прав (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ). Однако ссылка на правовую государственность, возможно, служит цели обоснования конституционного ранга неписаного по своей природе принципа соразмерности. В этой связи можно привести наблюдение Г.А. Гаджиева

об извлечении из правовой государственности иных, более конкретных, требований. По мнению судьи Конституционного Суда РФ, «наибольшее количество велений в адрес законодателя Конституционный Суд России вывел из принципов верховенства права и правового государства, обогатив правовой арсенал российских юристов представлениями о таких принципах, как принцип... соразмерности ограничений. Еще 10–15 лет назад эти принципы были сферой *terra incognita* для российской юриспруденции» [12. С. 16]. Такие суждения позволяют признать неписаный характер принципа соразмерности.

В современном конституционализме имеются примеры нормативного определения соразмерности в качестве элемента правового государства. Конституция Швейцарии от 18 апреля 1999 г. характеризует правовую государственность следующим образом: «Основой и пределом государственных действий является право» (ч. 1 ст. 5) [13]. При этом сама ст. 5 получила заголовок «Принципы действий правового государства», называя в качестве первого из этих принципов соразмерность (ч. 2) наряду с добросовестностью (ч. 3) и уважением международного права (ч. 4). Такие нормы перекликаются с мнением Дэвида Битти (David Beatty). Канадский конституционалист считает соразмерность конечной точкой верховенства права (англ. – *the ultimate rule of law*) [14]. Исходя из таких подходов, соразмерность помещается на вершину среди элементов правовой государственности.

В практике Конституционного Суда РФ выделяется несколько таких элементов. Так, в Постановлении от 5 июля 2001 г. № 11-П среди них названы «приоритет и непосредственное действие Конституции Российской Федерации, разделение властей, запрет произвола, требования соразмерности и связанность органов государственной власти... законом, ответственность государства за неправомерные, в том числе ошибочные, действия государственных органов» [15]. В практике конституционного правосудия можно обнаружить и другие элементы правового государства. Однако центральной здесь является идея запрета государственного произвола. Соответственно, проанализируем идеологические аспекты правовой государственности, которые значимы для судебного применения соразмерности.

Идеологические аспекты принципа правового государства

Исходным методологическим постулатом для понимания соразмерности в конституционном судопроизводстве служат идеологические аспекты правового государства. Данный принцип, как и соразмерность, в своем первоначальном историческом понимании основывался на либеральной политической идеологии. «Сама концепция “правового государства” (нем. – *Rechtsstaat*), – подчеркивается в докладе Венецианской комиссии Совета Европы, – была определена в противопоставление абсолютистскому государству, в котором исполнительная власть имеет неограниченные полно-

мочия» [16. П. 13]. Показательна в этом отношении и точка зрения Рупперта фон Краусса (Rupprecht von Krauß), высказанная им в одном из первых монографических исследований принципа соразмерности. Представитель германоязычного государственноведения выдвинул тезис о том, что «установление пределов государственного вмешательства в негативную свободу лица до необходимой меры является проблемой правового государства. Такие общие пределы государственной деятельности выступают предпосылкой решения конкретных юридических проблем» [17. С. 1]. Отсюда важнейшей функцией правового государства и соразмерности выступает предотвращение произвола публичных властей.

В практике Конституционного Суда РФ также встречается подход к правовому государству как средству предотвращения государственного произвола. В Постановлении от 30 июня 2011 г. № 13-П, касавшемся запрета регистрироваться в фактически жилом строении в садовых товариществах, было подчеркнуто, что «свобода выбора места пребывания и жительства, будучи существенным элементом свободы личности... с необходимостью предполагает участие государства в отношениях, опосредующих их осуществление. От Российской Федерации как правового государства это требует соответствующих позитивных обязательств, вытекающих из ее обязанности признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина как высшую ценность». Конституционный Суд РФ далее подчеркивает, что правовое государство «обуславливает конкретные требования, рекомендации и запреты в отношении определенных действий органов государства, не позволяя федеральному законодателю устанавливать такое правовое регулирование, которое приводило бы к чрезмерному ограничению конституционных права граждан и понуждало бы их к нарушению закона» [18]. Данное дело хорошо показывает, что правовое государство, исходя из либерального понимания личных конституционных прав (выбор места жительства как элемент свободы) не допускает чрезмерного государственного вмешательства (законодательные запреты), но одновременно накладывает позитивные обязательства (меры по защите этих прав). Тогда соразмерность выражается уже в конституционном запрете недостаточности государственных действий. В этой связи можно обратиться к вопросу о включении в содержание правового государства наряду с либеральным еще и коммунитарного компонента.

Эксплуатация наемных работников, игнорирование интересов уязвимых социальных групп и иные недостатки практики классического либерализма предопределили дополнение правовой государственности идеями социальной справедливости и солидарности. Такое развитие можно обнаружить во взаимодействии правового государства, казалось бы, с прямо противоположным принципом социального государства. Например, двуединый принцип социального правового государства получил непосредственное закрепление в Основном законе ФРГ [19]. В абз. 1 ст. 23 определяется участие государства в Европейском Союзе при соблюдении принципов правового социального государства. Согласно абз. 1 ст. 28 консти-

туционный строй земель должен соответствовать принципам социального правового государства. Интересно, что в одном случае на первое место поставлено правовое, а в другом – социальное государство, т.е. даже последовательность расположения двух принципов не позволяет говорить об их приоритете по отношению друг другу.

В практике Федерального конституционного суда подчеркивается эволюция Германии от правового к социальному государству. В соответствии с решением от 17 августа 1956 г. «Основной закон обозначает учреждаемый им государственный строй как либеральную демократию. Тем самым он связывает себя с традицией “либерального буржуазного правового государства”, которое постепенно возникло в XIX в. и в итоге в Германии было реализовано в Веймарской конституции... Если цель “социальной справедливости” устанавливается в качестве руководящего начала всей государственной деятельности, то требование Основного закона с сильным акцентом на “социальное государство” также особо подчеркивает необходимость конкретизации в высокой степени способного к реализации принципа... возможность свободной дискуссии между всеми реальными и идеологическими силами, которая заложена в ней... приводит к согласованию и защите всевозможных интересов. Общее благо едва ли приравняется к желаниям и интересам конкретного класса; предполагается принципиальное стремление к приблизительно равномерной поддержке благосостояния всех граждан и к почти равномерному распределению обязанностей. Существует идеал “социал-демократии в форме правового государства”. Соответственно, государственный строй либеральной демократии должен систематически быть направлен на выполнение задач согласования интересов и достижения социального компромисса; но одновременно этот строй должен препятствовать произволу властей» [20. S. 197–198]. Поэтому рассматриваемый двуединый принцип не допускает как абсолютизации, так и игнорирования лежащих в их основании ценностей личной свободы и социальной справедливости.

Конституция РФ также синтезирует принципы правового и социального государства. Даже текстуально социальное государство включает либеральный компонент. Согласно ч. 1 ст. 7 Конституции РФ социальное государство обеспечивает не только достойную жизнь, но и свободное развитие каждого человека. Идея объединения двух основ конституционного строя получила поддержку Конституционного Суда РФ, который неоднократно ссылаясь на единый принцип правового социального государства [21]. Тем самым синтез правового и социального государства предполагает уравнивание основных противоборствующих идеологий. Применительно к принципу соразмерности это означает необходимость установления конституционной юстицией оптимального соответствия, например, между экономическими свободами и социальными правами. Причем появившаяся позднее цель социальной справедливости не снимает изначальной задачи конституционализма в предотвращении произвольного вмешательства властей в сферу индивидуальной свободы.

Взаимосвязь формальных и материальных аспектов правового государства

Идеологические аспекты правового государства пересекаются с дифференциацией формального и материального аспектов этого конституционного принципа. Классическая модель правовой государственности имела формальный характер. Ее основные требования сводились к наличию всеобщих законов и их неуклонному соблюдению органами власти, в том числе для вмешательства в свободу или частную собственность. Такую формальную модель можно условно именовать полицейским правовым государством. Здесь соразмерность хотя и появилась в качестве средства минимизации административного вмешательства в свободу и собственность индивидов, но не предполагала содержательной проверки законодательства из-за отсутствия в то время конституционного правосудия.

Выделение двух рассматриваемых аспектов определяется еще и типами правопонимания. Формальная модель связана с позитивизмом, требуя лишь верховенства закона вне зависимости от его содержания. Вышеупомянутый доклад Венецианской комиссии подчеркивает необходимость «избегать чисто формалистского подхода, на основании которого любые действия государственного служащего, которые разрешены законом, объявляются соответствующими требованиям вышеуказанного принципа. В недавнем прошлом суть верховенства права в некоторых странах была искажена до того, что она стала равнозначной таким понятиям, как “верховенство закона” (англ. – rule by law), или “управление на основе законодательства” (англ. – rule by the law), или даже “закон на основе норм” (англ. – law by rules). Такие формы толкования позволяли оправдать авторитарные действия правительств, и они не отражают истинного значения понятия “верховенства права” на сегодняшний день» (п. 15). Видимо, формально следует понимать смысл неоднократно выраженной Конституционным Судом РФ правовой позиции об объединении «принципов правового государства, верховенства закона и юридического равенства» [22]. В последнем случае имеются в виду исключительно формальное равенство и лишенное содержательных элементов требование верховенства закона (законности).

Применительно к принципу соразмерности интересно разграничение двух разновидностей концепции верховенства права во взглядах Рональда Дворкина (Ronald Dworkin). С одной стороны, этот западный мыслитель предлагал выделять концепцию «кодекса», или «свода правил» (англ. – rule-book), которая состоит в том, что «государственная власть никогда не должна осуществляться против отдельных граждан, кроме как в соответствии с правилами, ясно изложенными в общедоступном кодексе, доступном всем... Те, кто придерживается этой концепции верховенства права, не заботятся о содержании правил в этом своде, но они говорят, что это вопрос содержательной справедливости и эта содержательная справедливость является независимым идеалом, ни в коем случае не частью идеала

верховенства права. Я буду называть вторую разновидность верховенства права концепцией “прав”. Она в некотором смысле более амбициозна, чем концепция правил. Она предполагает, что граждане имеют моральные права и обязанности в отношении друг друга и политические права против государства в целом. Она настаивает на том, чтобы эти моральные и политические права были признаны в позитивном праве, с тем чтобы применяться в соответствии с притязаниями отдельных граждан через суды или другие юрисдикционные органы похожего типа, насколько это практически возможно» [23. Р. 11]. Тем самым, если формальный аспект правового государства выражается преимущественно в идее строгого соблюдения публичной властью действительных правил вне зависимости от их содержания и соответствия надпозитивным ценностям, то появление материального аспекта этого принципа связано с неспособностью позитивизма решить проблемы законного неправа, или несправедливости законодательства.

Отсюда понятен антиформализм в понимании правового государства в послевоенной Германии, который должен был препятствовать чудовищным нарушениям фашистского режима. Похожие содержательные подходы к правовому государству встречались в ранней практике Конституционного Суда РФ. Например, в особом мнении Г.А. Гаджиева по делу, которое касалось переноса выборов в региональные парламенты, обращается внимание на надпозитивные ценности в содержании рассматриваемого принципа (Постановление от 30 апреля 1997 г. № 7-П). «Принцип правового государства, закрепленный в ч. 1 ст. 1 Конституции, – отмечает конституционный судья, – означает не только разделение властей, верховенство закона, но и признание того, что права и свободы человека, имеющие надпозитивный характер, и в том числе достоинство человека, являются высшей ценностью. Игнорирование того, что народ образуют граждане, обладающие основными неотчуждаемыми правами, противоречит идее правового государства. Представительные органы власти, пролонгирующие сроки своих полномочий, нарушают гарантии реализации народовластия, посягают на достоинство человека, его политические права» [24]. Показательно, что в уже упоминавшемся Заключении от 16 марта 2020 г. № 1-3 фактически оценивался лишь формальный аспект проблемы «обнуления» сроков Президента РФ без анализа нарушения верховенства права в содержательном аспекте, включая несоразмерное ущемление основных избирательных прав российских граждан. При этом принцип соразмерности как элемент правового государства предполагает проверку в конституционном судопроизводстве не столько формальных, сколько содержательных требований.

В современной практике конституционного судопроизводства естественно-правовая аргументация не играет практической роли. Тем не менее проявлением материального аспекта правового государства служат позиции о недопустимости произвола публичной власти при вмешательстве в конституционные права. В некоторых решениях Конституционный Суд РФ обращает внимание на то, что «в Российской Федерации как демо-

кратическом правовом государстве недопустимо злоупотребление со стороны публичной власти» [25]. Нормативным же основанием материального понимания правовой государственности выступают конституционные принципы высшей ценности человека и его конституционных прав (ст. 2), уважения достоинства человеческой личности (ч. 1 ст. 21) и требование связанности конституционными правами всех органов и должностных публичной власти (ст. 19). В последнем случае особое значение приобретает процессуальный аспект правовой государственности.

Процессуальный аспект правовой государственности

Взаимосвязь правовой государственности и соразмерности имеет процессуальный аспект. Правовая государственность подразумевает способность конституционных прав быть защищенными в судебном порядке, т.е. их юстициабельность. Тогда соразмерность выступает не просто элементом содержания рассматриваемой основы конституционного строя, но в процессуальном плане служит основанием судебного нормоконтроля. Такую мысль можно встретить в практике Европейского Суда по правам человека применительно к концепции верховенства права. В соответствии с решением ЕСПЧ от 25 марта 1983 г. по делу «Сильвер и другие против Соединенного Королевства» принцип верховенства права «требует, чтобы вмешательство органов власти в права личности было подчинено эффективному контролю» (п. 90) [26]. Поэтому проверка соразмерности вмешательства в конституционные права в силу требований верховенства права осуществляется независимыми судами или иными юрисдикционными органами.

В этой связи следует остановиться на проблеме разграничения основ конституционного строя и конституционных прав. Эта проблема не носит только теоретического характера. Ее решение связано с допустимостью обращения в порядке конституционного судопроизводства. В практике встречаются случаи, когда предполагаемое нарушение конституционных прав обосновывается со ссылкой на гл. 1 Конституции РФ. Например, Конституционный Суд РФ называет «право частной собственности», а не принцип защиты всех форм собственности (ч. 2 ст. 8 Конституции РФ), в качестве «одной из основ конституционного строя Российской Федерации» [27]. В другом деле наряду с действительно конституционными правами, которые содержатся во гл. 2 Конституции РФ, Конституционный Суд РФ исходит из «прав и свобод, гарантированных Конституцией Российской Федерации, в частности ее статьями 7...» [28]. На первый взгляд, судебная практика по извлечению субъективных прав со ссылкой на основы конституционного строя является позитивной в силу гуманитарной направленности. Однако гл. 1 Конституции РФ, как известно из ее наименования, устанавливает основы конституционного строя, но не конституционные права. Последние, по замыслу конституционного законодателя, специально помещены в гл. 2 «Права и свободы человека и гражданина».

Конечно, обязательства государства, вытекающие из принципа социальной государственности (ч. 2 ст. 7), тесно связаны с гарантиями права на социальное обеспечение (ч. 1 ст. 39). Однако эти два типа конституционных норм не следует смешивать.

Указанную позицию Конституционного Суда РФ могут неверно интерпретировать потенциальные заявители. Не исключено обоснование подаваемой ими конституционной жалобы на несоразмерное ограничение «конституционных прав», вытекающих из ч. 2 ст. 7 Конституции РФ. Однако предпосылкой допустимости жалобы в Конституционный Суд РФ является, как известно, предполагаемое нарушение оспариваемыми законоположениями не конституционного принципа, а именно конституционного права заявителя (ч. 4. ст. 125 Конституции РФ, п. 1 ст. 97 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (в ред. от 29 июля 2018 г.) «О Конституционном Суде РФ» [29]).

Поэтому ссылки в конституционной жалобе на нарушение прав заявителя, которые закреплены в гл. 1 Конституции РФ, должны влечь отказ в принятии обращения к рассмотрению. С точки зрения же принципа соразмерности заявитель не может проверить исключительно нарушение положений, составляющих основы конституционного строя, без аргументации затрагивания конституционных прав. Вряд ли в Конституционном Суде РФ можно обжаловать нарушение конституционных прав гражданина со ссылкой на несоблюдение принципа разделения властей (ст. 10 Конституции РФ), например, в ситуации конфликта государственных органов.

Похожие рассуждения содержатся в мнении Н.С. Бондаря (Постановление от 14 июля 2005 г. № 8-П). Конституционный судья подчеркивает, что «принцип верховенства права охватывает все основные права и свободы, но не наоборот... отождествление принципа верховенства права с конституционным правом могло бы привести к неожиданному выводу – о необходимости признания за гражданином права на обращение в Конституционный Суд в порядке абстрактного нормоконтроля. Однако Конституция Российской Федерации в части 4 статьи 125 закрепляет принципиально иную модель конституционного судопроизводства» [30]. Тем самым основы конституционного строя определяют лишь обязательства органов власти, но не конституционные права, и не позволяют заявителям проверить соблюдение принципа соразмерности *in abstracto*.

Вывод

Хотя соразмерность чаще применяется для судебного контроля в области конституционных прав, этот принцип распространяет сферу действия и на иные конституционные институты. В системе основ конституционного строя соразмерность выступает ключевым элементом правовой государственности. Исторически соразмерность представляет собой конституционный запрет чрезмерности. Будучи ответной реакцией на предыдущий опыт деспотизма, этот запрет заключается в недопустимости произвольно-

го государственного вмешательства в сферу индивидуальной свободы. Однако помимо такого проявления, обусловленного либеральной идеологией, в результате синтеза концепции правового и социального государства в дальнейшем соразмерность выражается в конституционном запрете недостаточности государственных действий. Наконец, с процессуальной точки зрения соразмерность, будучи элементом правовой государственности, служит, скорее, руководящим началом деятельности органов власти и лишено способности судебной защиты по инициативе частных лиц при подаче конституционной жалобы. Основанием нормоконтроля законодательных и иных нормативных актов принцип соразмерность может служить только во взаимосвязи с предполагаемым нарушением конкретных конституционных прав, предусмотренных гл. 2 Конституции РФ.

Литература

1. Фосскуле А. Принцип соразмерности / пер. с нем. А. Должикова // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1. С. 159–163.
2. Рос. газ. 2020. 17 марта.
3. Арановский К.В., Князев С.Д. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений. М. : Проспект, 2016. 208 с.
4. Barak A. Proportionality: constitutional rights and their limitations. Cambridge : Cambridge University Press, 2012. 611 p.
5. Дайси А.В. Основы государственного права Англии: введение в изучение английской конституции. СПб. : Изд. Л.Ф. Пантелеева, 1891. 707 с.
6. Jowell J. The Rule of Law and its Underlying Values // The Changing Constitution / ed. J. Jowell, D. Oliver. Oxford : Oxford University Press, 2011. P. 9–34.
7. Гаджиев Г.А. О судебной доктрине верховенства права // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 4. С. 12–25.
8. Sobota von K. Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte. Tübingen : Mohr Siebeck, 1997. 569 S.
9. Beschluß des Ersten Senats vom 24.07.1957, 1 BvL 23/52 [Hamburgisches Hundesteuergesetz] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1958. Bd. 7. S. 89.
10. Beschluß des Ersten Senats vom 05.03.1968, 1 BvR 579/67 [Zeugen Jehovas] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1968. Bd. 23. S. 127.
11. Собрание законодательства РФ. 2002. № 6. Ст. 626.
12. Гаджиев Г. Принцип правовой определенности и роль судов в его обеспечении: качество законов с российской точки зрения // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 4. С. 16–28.
13. Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (of 18 April 1999 (Status as of 1 January 2020)) // Der Bundesrat. URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/202001010000/101.pdf> (accessed: 01.04.2020).
14. Beatty D.M. The ultimate rule of law. Oxford : Oxford University Press, 2004. 193 p.
15. Собрание законодательства РФ. 2001. № 29. Ст. 3059.
16. Доклад о верховенстве права от 4 апреля 2011 года : утв. Европейской комиссией за демократию через право (Венецианской комиссией) на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 года), CDL-AD(2011)003rev // Европейская комиссия за демократию через право. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus) (дата обращения: 01.04.2020).
17. Krauß von R. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht. Hamburg : Appel in Komm, 1955. 138 S.

18. Собрание законодательства РФ. 2011. № 27. Ст. 3991.
19. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 (zuletzt geändert vom 15. November 2019)] // Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf> (das Datum des Zuganges: 01.12.2013)
20. Urteil des Ersten Senats vom 17.08.1956, 1 BvB 2/51 [KPD-Verbot] // Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1956. Bd. 5. S. 85.
21. Постановление Конституционного Суда РФ от 17.12.1996 № 20-П // Собрание законодательства РФ. 1997. № 1. Ст. 197.
22. Постановление Конституционного Суда РФ от 22.11.2017 г. № 31-П // Собрание законодательства РФ. 2017. № 49. Ст. 7529.
23. Dworkin R. A matter of principle. Cambridge : Harvard University Press, 1985. 425 p.
24. Собрание законодательства РФ. 1997. № 20. Ст. 2383.
25. Определение Конституционного Суда РФ от 01.11.2012 № 2008-О // Собрание законодательства РФ. 2012. № 51. Ст. 7325.
26. Silver and Others v. the United Kingdom (merits), 25.03.1983, § 90, Series A no. 61
27. Постановление Конституционного Суда РФ от 12.05.2011 № 7-П // Собрание законодательства РФ. 2011. № 22. Ст. 3237.
28. Постановление Конституционного Суда РФ от 26.11.2018 № 18-П // Собрание законодательства РФ. 2018. № 19. Ст. 2813.
29. Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.
30. Вестник Конституционного Суда РФ. 2005. № 4.

Dolzhikov Alexey V., Saint Petersburg State University (Saint Petersburg, Russian Federation)
THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE CONSTITUTIONAL SYSTEM

Keywords: the principle of proportionality, fundamental principles of the constitutional system, law-bound state.

DOI: 10.17223/22253513/36/6

The work analyzes the place of the principle of proportionality in the system of the fundamental principles of Russia's constitutional system. Although proportionality is more often used for judicial control in the area of constitutional rights, this principle extends to other constitutional institutions.

In the system of fundamental principles of the constitutional state, proportionality is placed on the top among the elements of legal statehood. In terms of proportionality, the foundations of the constitutional system are fundamental principles of constitutionalism aimed at ensuring moderation of public power. The unwritten nature of proportionality makes it recognized in the practice of constitutional justice as one element of the law-bound state.

In a historical aspect, proportionality has been a constitutional prohibition of excessiveness. Being a response to the previous experience of despotism, this prohibition involves inadmissibility of arbitrary state intervention in the sphere of individual freedom. In this capacity, proportionality is based on liberal political ideology. However, besides this manifestation, conditioned by liberal ideology, because of the synthesis of the concept of the law-bound and social state in the future, proportionality is expressed in the constitutional prohibition of insufficient state actions. Here, proportionality imposes positive obligations on the legislators in implementing measures to protect constitutional rights.

The synthesis of the law-bound and social state involves a balancing of the main opposing ideologies. For example, this means that constitutional justice should establish an optimal balance between economic freedoms and social rights. Moreover, the later goal of social justice does not remove the original task of constitutionalism in preventing arbitrary interference of the authorities in the sphere of individual freedom.

Understanding proportionality is impossible without taking into account the interconnectedness of the formal and material aspects of legal statehood. The formal aspect of a law-bound state is expressed in the idea of strict adherence by the public authority to the valid rules regardless of their content. The material aspect of a law-bound state is related to the inability to solve the problems of legal wrong (injustice of legislation) positively. In this regard, proportionality serves as a means of anti-formalism and requires a meaningful evaluation of legislative and other regulatory decisions affecting constitutional rights.

From a procedural point of view, being an element of legal statehood, proportionality is more a guiding principle of the authorities and cannot defend individuals in court when they file a constitutional complaint. The principle of proportionality can serve as the bases for controlling the rules of legislative and other regulations when it is connected with the alleged violation of specific constitutional rights provided for by the second chapter of the Russian Constitution.

References

1. Voßkuhle, A. (2015) The principle of proportionality. Translated from German by A. Dolzhikov. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie – Comparative Constitutional Review*. 1. pp. 159–163. (In Russian).
2. Rossiyskaya gazeta. (2020) 17th March.
3. Aranovsky, K.V. & Knyazev, S.D. (2016) *Pravlenie prava i pravovoe gosudarstvo v sootnoshenii znakov i znacheniy* [The rule of law and a law-bound state in proportion of signs and meanings]. Moscow: Prospekt.
4. Barak, A. (2012) *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
5. Dicey, A.V. (1891) *Osnovy gosudarstvennogo prava Anglii: vvedenie v izuchenie angliyskoy konstitutsii* [The Foundations of Public Law in England: An Introduction to the Study of the English Constitution]. Translated from English by O.V. Poltoratskaya. St. Petersburg: L.F. Panteleev.
6. Jowell, J. (2011) The Rule of Law and its Underlying Values. In: Jowell, J. & Oliver, D. (eds) *The Changing Constitution*. Oxford: Oxford University Press. pp. 9–34.
7. Gadzhiev, G.A. (2013) On the “rule of law” judicial doctrine. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie – Comparative Constitutional Review*. 4. pp. 12–25. (In Russian).
8. Sobota, K. von (1997) *Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübingen: Mohr Siebeck.
9. The Federal Constitutional Court of Germany. (1958) Beschluß des Ersten Senats vom 24.07.1957, 1 BvL 23/52 [Hamburgisches Hundesteu-ergesetz]. In: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Vol. 7. p. 89.
10. The Federal Constitutional Court of Germany. (1968) Beschluß des Ersten Senats vom 05.03.1968, 1 BvR 579/67 [Zeugen Jehovas]. In: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Vol. 23. p. 127.
11. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. (2002). 6. Art. 626.
12. Gadzhiev, G. (2012) Principle of legal certainty and its provision by the courts. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie – Comparative Constitutional Review*. 4. pp. 16–28. (In Russian).
13. Der Bundesrat. (1999) *Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (of 18 April 1999 (Status as of 1 January 2020))*. [Online] Available from: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/202001010000/101.pdf> (Accessed: 1st April 2020).
14. Beatty, D.M. (2004) *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
15. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. (2001) 29. Art. 3059.

16. The European Commission for Democracy through Law. (2011) *Doklad o verkhovenstve prava ot 4 aprelya 2011 goda: utv. Evropeyskoy komissiey za demokratiyu cherez pravo (Venetsianskoy komissiey) na 86-y plenarnoy sessii (Venetsiya, 25–26 marta 2011 goda)*, CDL-AD(2011)003rev [Rule of Law Report of April 4, 2011: approved by European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) at the 86th plenary session (Venice, March 25–26, 2011), CDL-AD (2011) 003rev]. [Online] Available from: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus) (Accessed: 1st April 2020).
17. Krauß, R. von (1955) *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*. Hamburg: Appel in Komm.
18. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. (2011) 27. Art. 3991.
19. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. (2019) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 (zuletzt geändert vom 15. November 2019)*. [Online] Available from: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf> (Accessed: 01.12.2013)
20. The Federal Constitutional Court of Germany. (1956) Urteil des Ersten Senats vom 17.08.1956, 1 BvB 2/51 [KPD-Verbot]. In: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Vol. 5. p. 85.
21. The Constitutional Court of the Russian Federation. (1997) Postanovlenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 17.12.1996 № 20-P [Decision No. 20-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of December 17, 1996]. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. 1. Art. 197.
22. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2017) Postanovlenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 22.11.2017 g. № 31-P [Decision No. 31-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of November 22, 2017]. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. 49. Art. 7529.
23. Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
24. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. (1997) 20. Art. 2383.
25. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2012) Opredelenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 01.11.2012 № 2008-O [Decision No. 2008-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of November 1, 2012]. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. 51. Art. 7325.
26. The UK. (1983) *Silver and Others v. the United Kingdom (merits)*. 25.03.1983, § 90, Series A no. 61
27. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2011) Postanovlenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 12.05.2011 № 7-P [Decision No. 7-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of 12.05.2011]. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. 22. Art. 3237.
28. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2018) Postanovlenie Konstitutsionnogo Suda RF ot 26.11.2018 № 18-P [Decision No. 18-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of November 26, 2018]. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. 19. Art. 2813.
29. *Sobranie zakonodatel'stva RF – Legislative Bulletin of the Russian Federation*. (1994) 13. Art. 1447.
30. *Vestnik Konstitutsionnogo Suda RF*. (2005) 4.

УДК 343.985

DOI: 10.17223/22253513/36/7

Н.Ю. Лебедев, Е.В. Чеснокова

О ПОДХОДАХ К ПРЕДМЕТУ КРИМИНАЛИСТИКИ И ТЕОРИИ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ (СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТОЛОГИИ)

Рассмотрены возможности расширения подходов к определению предмета криминалистики и судебно-экспертной деятельности. Благодаря отделению от уголовного процесса для научной специальности 12.00.12 возникли возможности к расширению рамок посредством исследования объектов научных (диссертационных) работ применительно к таким видам судопроизводства, как гражданское, арбитражное и административное. Следовательно, возникли предпосылки для корректировки определения предмета этих наук.

Ключевые слова: криминалистика, судебная экспертология, судебно-экспертная деятельность, предмет криминалистики, предмет теории судебной экспертизы.

Результаты любых научных исследований являются важнейшим ресурсом для планомерного развития разнообразных сфер жизни современного общества и формирования всего научного пространства.

Проводя научные исследования, каждый ученый вносит свой вклад в развитие определенной отрасли науки, пополняя тем самым так называемый «банк» знаний, и создает фундамент для проведения последующих исследований в соответствующей области.

Общеизвестен тезис, что любая наука имеет перспективы конструктивного формирования только в том случае, если она востребована обществом, служит его интересам и обеспечивает его развитие. Составляющие научную специальность 12.00.12 криминалистика, судебно-экспертная деятельность и оперативно-розыскная деятельность не являются исключением.

В разные исторические периоды криминалистика, теория судебной экспертизы (судебная экспертология) и теория оперативно-розыскной деятельности развивались под воздействием определенных закономерностей, что в настоящее время привело к сформированной научной специальности 12.00.12, включающей в себя три взаимосвязанных, но при этом самостоятельных направления: криминалистика; судебно-экспертная деятельность; оперативно-розыскная деятельность, – такой своеобразный «треугольник производства знаний».

В начале 2000-х гг. вопрос целесообразности разделения наук «уголовный процесс» и «криминалистика» на разные специальности вызвал бурные споры в научном сообществе, которые не утихают до сих пор. Не углубляясь в дискуссию о плюсах и минусах такого разделения, позволим себе сформулировать несколько тезисов о самостоятельном развитии таких наук, как криминалистика, судебно-экспертная деятельность и оперативно-

розыскная деятельность (последняя область исследования не отражена в статье. – *Н.Л., Е.Ч.*).

До момента отделения от отрасли уголовного процесса результаты исследований в области криминалистики и судебно-экспертной деятельности должны были обеспечивать только деятельность правоохранительных органов, которая осуществляется в правовом поле расследуемого преступления. Данный подход был категоричен и не допускал никаких отступлений. Именно категоричная связь уголовного процесса и криминалистики не позволяла другим юридическим наукам обратить свое внимание на возможности использования достижений последней в своих исследованиях.

Благодаря новому содержанию научной специальности 12.00.12 (криминалистика; судебно-экспертная деятельность; оперативно-розыскная деятельность) после разделения с уголовным процессом, для нее возникли возможности к расширению рамок посредством исследования объектов научных (например, диссертационных) работ применительно к таким видам судопроизводства, как гражданское, арбитражное и административное.

Область исследования: криминалистика

Как подчеркнул в своей статье профессор А.М. Кустов, еще «в конце 60-х гг. XX в. Р.С. Белкиным было сформулировано определение предмета криминалистики как науки о “закономерностях возникновения, собирания, исследования, оценки и использования доказательств и основанных на познании этих закономерностей средствах и методах судебного исследования (курсив наш. – *Н.Л., Е.Ч.*) и предотвращения преступлений”» [1].

В последующем ученым-криминалистам Р.С. Белкину, В.К. Гавло, А.Ю. Корчагину, Д.В. Ким и многим другим потребовалось много усилий для продвижения идеи «криминалистика для судебного следствия», находясь в рамках одной специальности с уголовным процессом.

В последующем идея криминалистического обеспечения судебного производства по уголовным делам прошла длительный и трудный путь признания и становления. За последние пять лет был защищен ряд диссертационных работ, посвященных данной проблематике [2–4].

Конечно, говорить о полном переломе в понимании значения криминалистики для судебного следствия рано, на сегодняшний день некоторые ученые-процессуалисты по-прежнему критически относятся к данной позиции.

Современные веяния свидетельствуют о востребованности достижений криминалистики и судебно-экспертной деятельности в других формах юридической деятельности и необходимости расширения границ проведения научных исследований как теоретического, так и прикладного характера.

Предлагаем расширение границ научных интересов криминалистики рассмотреть в трех направлениях.

Первое направление предусматривает проведение «традиционных» научных исследований в области разработки и совершенствования част-

ных криминалистических методик расследования отдельных видов преступлений, совершенствования тактики производства следственных действий, разработки теоретических и прикладных аспектов использования специальных знаний при расследовании преступлений, а также назначении и производстве экспертиз. Традиционное расширение границ также предполагает «освоение киберпространства, которое уже частично затронуло все структурные разделы криминалистики. Можно констатировать, что современный этап развития российской криминалистики характеризуется освоением и внедрением в правоприменительную практику новых информационных технологий, связанных с работой в киберпространстве, все более активно вторгающемся во все сферы жизни нашего общества» [5. С. 57–61].

Второе направление можно назвать «относительно традиционным», в данном случае мы еще раз акцентируем внимание на неоднозначности взглядов о возможности внедрения результатов криминалистических исследований в судебные процессы.

В свою очередь, мы полностью поддерживаем мнения ученых-криминалистов не только о возможности, но и о необходимости проведения исследований, направленных на разработку криминалистического обеспечения таких процедур, как предварительное слушание уголовного дела, рассмотрение судом уголовных дел частного обвинения, производство по уголовным делам с участием присяжных заседателей, пересмотр уголовных дел в апелляционной инстанции и др.

Третье направление расширения границ научных исследований самое дискуссионное, оно является «нетрадиционным» для криминалистики и связано со спорами о необходимости корректировки «предмета криминалистики» и появлением такого термина, как «кризис криминалистики».

К сожалению, некоторые исследователи в своих публикациях стали настойчиво формировать мнение, что отечественная криминалистика как наука переживает кризис и исчерпала свой потенциал. Например, И.Т. Кривошеин пишет, что «мало кто уже дерзает писать так, как писали прежде, писать что-то, писать свое... Разделение и противопоставление, одномерность диалектико-материалистической модели миропонимания инспирировали в криминалистике научно-мировоззренческий кризис» [6. С. 141].

В развитие данной точки зрения В.Ю. Сокол опубликовал монографию под названием «Кризис отечественной криминалистики» (2017), в которой попытался обосновать «кризисное состояние отечественной криминалистики, неполноту и ограниченность так называемой “криминалистической теории отражения”, а также необходимость обновления парадигмы криминалистической науки, кардинального пересмотра ее устаревших положений» [7]. По его мнению, «отражением кризисного состояния криминалистической науки являются непрекращающиеся споры о современной методологии криминалистики, ее предмете, объекте, природе, задачах, системе и т.п. Постсоветская криминалистика фактически утратила доставшуюся ей

в наследство от советской криминалистики высокую мировую репутацию “столицы” социалистической криминалистики, постепенно превращаясь в “туземную” и “провинциальную” науку. С учетом изложенного появляются основания говорить не только о кризисе современной отечественной криминалистики, но и ее стагнации и даже маргинализации» [7. С. 7–9].

К сожалению, мнение о «кризисе криминалистики» находит своих последователей и оказывает негативное влияние на формирование взглядов молодых исследователей. Жаль, что данные ученые в своих рассуждениях о необходимости по-новому взглянуть на объект и предмет криминалистики не поставили знак «плюс», а поставили «минус» и в панике заговорили о «кризисе криминалистики».

Виной всему – некорректная интерпретация того факта, что действительно настало время, когда, с одной стороны, криминалистике стало тесно в своих научных границах, а с другой – иные (неуголовные) формы юридической деятельности, такие как гражданское, арбитражное и административное судопроизводство, стали испытывать острую необходимость в использовании достижений криминалистики для решения своих задач.

На сегодняшний день многие ученые-криминалисты не согласны с расширением границ объекта и предмета криминалистики и считают, что отход от устоявшихся традиций размывает границы криминалистического научного знания. Так, Е.В. Смахтин пишет: «...полагаем, что попытки превратить криминалистику в меганауку со ссылкой на ее интегративную природу ведут к разрушению ее сущности и предмета и другим крайне негативным последствиям» [8. С. 26–32].

Безусловно, подходить к этому вопросу необходимо взвешенно и аргументированно. Однако еще в 2004 г. профессор Е.П. Ищенко отметил, что российская криминалистика «нуждается в научном осмыслении, поскольку это позволит не только обозначить достигнутые успехи, но и указать на имеющиеся недоработки, глубже понять тенденции ее развития под воздействием мирового научно-технического прогресса и других объективных факторов» [9. С. 4]. Говоря о перспективах развития криминалистики В.К. Гавло и Д.В. Ким подчеркивали, что «внутренняя логика развития науки может быть представлена не как резкая смена парадигм, не как изменение состава знания и его форм, образующих категориальную сетку, а как все более многомерное изучение реальности, т.е. усложнение науки происходит за счет все более системного *переопределения своего предмета*» (курсив наш. – Н.Л., Е.Ч.) [10. С. 3–19].

В настоящее время в научной литературе можно встретить достаточно много развернутых формулировок понятия предмета криминалистики, но все они объединены тем, что криминалистика – это наука о «закономерностях механизма *преступления*, возникновения информации о *преступлении* и его участниках, закономерностях собирания, исследования, оценки и использования доказательств и основанных на познаниях этих закономерностей средствах и методах судебного исследования и предотвращения *преступлений*» (курсив наш. – Н.Л., Е.Ч.) [11. С. 49–59].

Мы не случайно выделили в представленном понятии такую уголовно-правовую категорию, как «преступление», именно вокруг него формируется содержание предмета криминалистики. Но ответим на вопрос: что такое преступление с точки зрения теории государства и права? Ответ однозначный: преступление – одна из разновидностей правонарушений. Правонарушение – это противоправное, виновное, наказуемое, общественно опасное деяние вменяемого лица, причиняющее вред интересам государства, общества и граждан [12]. В соответствии с общей теорией права второй разновидностью правонарушений являются иные проступки (гражданские, арбитражные, административные и др.).

Как можем видеть, единственное отличие преступления от гражданского или административного проступка – это уровень общественной опасности совершенного деяния. А кто определяет этот уровень? – Законодатель! То есть фактически от того, отнесет законодатель противоправное деяние к уголовно-наказуемому (преступлению) или административно-наказуемому (проступку), зависит, будет оно входить в предмет криминалистики или нет.

Но зависят ли от воли законодателя закономерности противоправного деяния или закономерности возникновения информации о противоправном деянии, а также основанные на познании этих закономерностей разработанные методы к рассмотрению противоправного деяния? Конечно, нет.

Соответственно, можно сделать логический вывод о необходимости корректировки предмета криминалистики и расширения его за счет познания иных видов противоправных деяний – гражданско-правовых, административных и иных проступков.

Представим в подтверждение фрагмент Паспорта специальности 12.00.12:

Область исследования:

«1. Криминалистика...

1.9. Техничко-криминалистическое обеспечение расследования преступлений, использование технико-криминалистических рекомендаций в гражданском и арбитражном процессе, производстве по делам об административных правонарушениях...

1.15. Использование тактико-криминалистических рекомендаций в гражданском и арбитражном процессе, производстве по делам об административных правонарушениях...

1.22. Противодействие судопроизводству по уголовным и гражданским делам, его формы. Субъекты противодействия, пути и способы его нейтрализации и преодоления...

2. Судебно-экспертная деятельность...

2.3. Формы использования специальных знаний. Структура и содержание правового института судебной экспертизы в уголовном, гражданском, арбитражном процессе, Федеральном конституционном законе “О конституционном суде Российской Федерации”, Налоговом и Таможенном кодексах России, Кодексе об административных правонарушениях...

2.17. Специалист в следственных и судебных действиях. Процессуальные и непроцессуальные формы участия. Справочно-консультационная деятельность специалиста в уголовном, гражданском и арбитражном процессе, производстве по делам об административных правонарушениях».

Представители данной специальности поспешили представить на суд научной общественности результаты диссертационных работ, в которых объект исследований может использоваться и в других видах судопроизводства.

Особенно разнообразный спектр научных разработок за последние пять лет был представлен в области судебно-экспертной деятельности [13–18], а в июне 2017 г. М.В. Жижина успешно защитила докторскую диссертацию на тему «Теория и практика применения современной криминалистики в гражданском процессе» [19], в которой рассмотрены как общие проблемы применения криминалистических знаний в гражданском и арбитражном процессах, так и более конкретные вопросы, касающиеся особенностей судебного допроса в гражданском и арбитражном процессах и тактические приемы его проведения, тактические основы осмотра письменных и вещественных доказательств в гражданском и арбитражном процессах, тактика назначения судебной экспертизы и привлечения специалиста к участию в гражданском и арбитражном процессах и др.

Профессор А.М. Кустов подчеркивает, что на сегодняшний день «перед учеными-криминалистами встает исторический вопрос расширения предмета науки и сферы использования ее достижений – познание закономерностей механизмов правонарушений (преступлений и гражданско-правовых и административных проступков), закономерностей возникновения информации о самих правонарушениях и их участниках, закономерностей собирания, исследования, оценки и использования доказательств в гражданском, арбитражном и административном производстве, обеспечения криминалистическими разработками вышеуказанных процессов» [20. С. 137–140].

Говоря о повышении роли криминалистики, Т.С. Волчецкая делает более глубокие выводы и отмечает, что «в рамках современной криминалистической науки “де факто” уже имеется некий новый раздел, который следует закрепить “де юре”, назвав его “прикладная криминалистика в юридической практике”, в котором исследовались бы вопросы адаптации положений криминалистики к новым, нетрадиционным для этой науки объектам. В его рамках можно было бы вести исследования по вопросам специфики использования криминалистической науки в гражданском, арбитражном, административном судопроизводстве, в таможенном деле, в деятельности нотариуса и т.д.» [21. С. 349–353].

Необходимо отметить, что на практике граница между административным правонарушением и преступлением весьма тонкая, и, соответственно, возможности реализации криминалистического обеспечения при производстве по делам об административных правонарушениях не вызывают никакого сомнения. Неоспоримы перспективы использования основ кри-

миналистической ситуалогии в гражданском, арбитражном и административном судопроизводстве, а также адаптация тактико-криминалистических рекомендаций при получении объяснений и показаний потерпевшего и свидетелей, допросах гражданских истцов и ответчиков, назначении и производстве экспертиз, получении образцов для сравнительного исследования, осуществлении административного задержания, проведении всех видов досмотра и ряда других юридических процедур.

Область исследования: судебно-экспертная деятельность

Процессы расширения (трансформации) предмета науки и дискуссии на данную тему происходят в настоящее время и в области судебной экспертизы. Предложенная Е.Р. Россинской обновленная концепция теории судебной экспертизы явилась закономерным следствием возрастания роли специальных знаний в современном судопроизводстве, развития теории и практики судебной экспертизы. Данная концепция заключается в повышении теории судебной экспертизы до уровня полноценной науки посредством расширения ее структуры, прежде всего связанной с интеграцией в науку организационно-правовых основ судебно-экспертной деятельности. Пронизывая все структурные элементы науки, правовые и организационные основы экспертной деятельности, несомненно, отражаются в них, оставляют свой след и насыщают одновременно и каждый элемент структуры в отдельности, и науку в целом, формируя новое, преобразованное знание. Следовательно, и название науки может отличаться от традиционно принятого в настоящее время.

Автор обновленной концепции отдает должное научным исследованиям А.И. Винберга и Н.Т. Малаховской, предложившим в 1973 г. концепцию отдельной отрасли науки – судебной экспертологии, положения которой подверглись критике, придавшей, однако мощный импульс исследованиям в области общей теории судебной экспертизы.

Представленная Е.Р. Россинской обновленная концепция науки также предсказуемо стала объектом принципиальных споров преемников и противников нового учения и как нельзя лучше отразила подобную ситуацию в 1970-х гг., определив название современной науки о судебной экспертизе – судебная экспертология.

Как известно, предмет науки выражается через систему основных закономерностей, изучаемых этой наукой. Следовательно, автор выделяет «теоретические, правовые и организационные закономерности осуществления судебно-экспертной деятельности в целом, закономерности возникновения, формирования и развития классов, родов и видов судебных экспертиз и их частных теорий на основе единого правового и организационного обеспечения судебно-экспертной деятельности, единой методологии, унифицированного понятийного аппарата и с учетом постоянного обновления и видоизменения судебно-экспертных знаний...» Познание этих закономерностей влечет за собой создание на их основе единых «для всех видов

судопроизводства унифицированных экспертных технологий, стандартов экспертных компетенций и сертифицированных экспертных лабораторий» [22. С. 47].

Определением предмета теории судебной экспертизы (судебной экспертологии) занимались и другие признанные современные ученые в области судебной экспертизы. Представим некоторые из них.

Т.В. Аверьянова, основываясь на праксеологическом подходе, определяет предмет науки следующим образом: «Общая теория судебной экспертизы – система мировоззренческих и праксеологических принципов как самой теории, так и ее объекта – экспертной деятельности, частных теоретических построений в этой области научного знания, методов развития теории и осуществления экспертных исследований, процессов и отношений – комплексное научное отражение судебно-экспертной деятельности как единого целого» [23. С. 43].

А.И. Винберг и Н.Т. Малаховская в системе судебной экспертологии обозначили четыре уровня знаний: фундаментальные базовые (материнские) науки, предметные судебные науки, отрасли предметных судебных наук и практическую деятельность – судебные экспертизы [24. С. 122–123].

Ю.Г. Корухов представил структуру общей теории судебной экспертизы следующим образом: методологические основы общей теории судебной экспертизы; предмет, задачи, объекты, субъекты судебно-экспертной деятельности; методы и методики в структуре экспертной деятельности; инфраструктура и процессуальная функция судебной экспертизы; соотношение общей теории судебной экспертизы с частными теориями [25. С. 59–60].

На основе обобщения современных тенденций определения предмета науки можно выделить общие структурные элементы: теоретические и методологические основы судебной экспертизы, закономерности возникновения и развития новых родов и видов судебных экспертиз, методики судебных экспертиз, частные теории в области судебной экспертизы, судебно-экспертная деятельность.

Однако при общей схожести формулировок (совокупности структурных элементов) предмета науки модель, представленная Е.Р. Россинской, имеет свои особенности. В выстроенной ею модели общей структуры судебной экспертологии представлены следующие разделы: общая теория судебной экспертологии; правовое обеспечение судебно-экспертной деятельности; организационное обеспечение судебно-экспертной деятельности; судебно-экспертные технологии. Представляется интересным заключительный, четвертый раздел, имеющий в своем содержании различия с традиционными моделями и непосредственно включающий в себя, помимо методологии судебно-экспертной деятельности, процесса экспертного исследования, экспертной профилактики, и экспертные ошибки, типизацию, стандартизацию, паспортизацию и валидацию судебно-экспертных методик.

Стандартизация как процесс охватывает все направления судебно-экспертной деятельности, представленные в модели общей структуры современной научной теории судебной экспертизы (экспертологии). Однако

в начале внедрения в отечественную судебно-экспертную деятельность этого процесса отсутствовал системный подход, позволявший представить программу действий по подготовке и осуществлению стандартизации судебно-экспертной деятельности. В основном опирались на методические и нормативно-технические материалы европейского экспертного сообщества, сталкиваясь с трудностями, продиктованными национальными особенностями функционирования системы судебно-экспертных учреждений. С точки зрения теории судебной экспертизы сегодня при осуществлении стандартизации наблюдается обратная связь науки с практикой: непосредственно от практики к науке. Решение возникающих задач происходит эмпирическим путем, решения находятся самими исполнителями (менеджерами, экспертами). Подтверждением этому является деятельность по разработке стандартов различных родов, видов экспертиз, валидация методик, аккредитация лабораторий. Практическая деятельность придает импульс науке – необходима разработка методик решения имеющихся практических задач. И подойти к их решению можно только с использованием системного подхода, который включает в себя следующие направления: методологические основы совершенствования судебно-экспертной деятельности на основе ее стандартизации, организационно-правовые основы стандартизации при разработке и функционировании системы менеджмента качества в судебно-экспертных учреждениях, разработка и практическое использование стандартных операционных процедур как инструмент объективизации судебно-экспертной деятельности, научно-правовые основы переподготовки и повышения квалификации работников, основанные на стандартных образовательных программах, в целях обеспечения единого научно-методического подхода к производству судебной экспертизы. Следствие научного осмысления этой проблемы – формирование частной теории стандартизации судебно-экспертной деятельности.

Вышеизложенное позволяет привести некоторые собственные результаты размышлений по поводу определения предмета теории судебной экспертизы (судебной экспертологии), отраженного в модели ее общей структуры. Отталкиваясь от определения предмета судебной экспертологии, изложенного Е.Р. Россинской, предложим сформулировать его следующим образом.

Предметом судебной экспертологии являются закономерности осуществления судебно-экспертной деятельности на основе стандартизации, создания, становления и развития классов, родов, видов судебных экспертиз, их теоретического, организационного, правового, учебно- и научно-методического, материально-технического обеспечения.

Исходя из предложенного авторского определения, можно сделать вывод о том, что оно предопределяет дополнения к известной модели структуры судебной экспертологии. Подобные изменения могут повлиять и на формализованный объем современных представлений научного сообщества о предмете науки, реализованном в паспорте научной специальности 12.00.12 в области исследования «Судебно-экспертная деятельность».

Заключение

Вышеизложенное раскрывает только небольшую часть перспектив специальности 12.00.12 – криминалистика; судебно-экспертная деятельность; оперативно-розыскная деятельность, – и свидетельствует о расширении горизонтов практической реализации имеющихся научных достижений, а также о практически неограниченных возможностях их использования во всех видах судопроизводства.

Подводя итог сказанному, мы приходим к выводу, что криминалистика и судебная экспертиология находятся на новом этапе научного развития, предполагающем не просто расширение предмета исследования данных наук, а переход на новый уровень научных знаний.

Литература

1. Кустов А.М. Проблемные вопросы предмета и объектов криминалистики (в память профессора А.Р. Белкина). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemnye-voprosy-predmeta-i-obekтов-kriminalistiki-v-pamyat-professora-r-s-belkina>
2. Цехомская Е.В. Организация криминалистического обеспечения судебного разбирательства уголовных дел : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2013. 175 с.
3. Швец С.В. Криминалистическая тактика следственных и судебных действий в условиях использования перевода : дис. ... д-ра юрид. наук. Краснодар, 2014. 360 с.
4. Авакьян М.В. Методика расследования и поддержания государственного обвинения по делам об умышленном причинении тяжкого вреда здоровью : дис. ... канд. юрид. наук. Калининград, 2018. 251 с.
5. Ищенко Е.П. Современный этап развития российской криминалистики // Криминалистические чтения на Байкале – 2015 : материалы Междунар. науч.-практ. конф. / Рос. гос. ун-т правосудия, Вост.-Сиб. филиал; отв. ред. Д.А. Степаненко. Иркутск, 2015. С. 57–61.
6. Кривошеин И.Т. О системном кризисе в криминалистике // Криминалистика: вчера, сегодня, завтра : сб. науч. тр. / ВСИ МВД России. Иркутск, 2015. Вып. 6. С. 138–146.
7. Сокол В.Ю. Кризис отечественной криминалистики. Краснодар : КрУ МВД России, 2017. 332 с.;
8. Смахтин Е.В. Криминалистика: кризис или необходимость уточнения содержания предмета? // Российское право: образование, практика, наука. 2017. № 5 (101). С. 26–32.
9. Ищенко Е.П. Российская криминалистика сегодня // Вестник криминалистики / отв. ред. А.Г. Филиппов. М. : Спарк, 2006. Вып. 4 (20). С. 4–14.
10. Гавло В.К., Ключко В.Е., Ким Д.В. Судебно-следственные ситуации: психолого-криминалистические аспекты / под ред. В.К. Гавло. Барнаул : Изд-во Алт. ун-та, 2006. 226 с.
11. Криминалистика : учебник для вузов / Т.В. Аверьянова, Р.С. Белкин, Ю.Г. Корухов, Е.Р. Россинская; под ред. Р.С. Белкина. М. : Норма : ИНФРА-М, 2001. 990 с.
12. Рассказов Л.П. Теория государства и права : углубленный курс : учебник. М. : РИОР : ИНФРА-М, 2015. 559 с.;
13. Данилкина В.М. Теория и практика судебно-почерковедческой экспертизы рукописей, выполненных сходными почерками : дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2014. 230 с.
14. Диденко О.А. Совершенствование теории и практики многообъектной судебно-почерковедческой экспертизы : дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2015. 226 с.

15. Гулевская В.В. Научно-методическое обеспечение судебной экспертизы дикой флоры и фауны : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. 200 с.
16. Пфейфер Е.Г. Судебные экспертизы результатов интеллектуальной деятельности: теория и практика назначения, проведения и оценки результатов исследования : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. 190 с.
17. Аминев Ф.Г. Судебно-экспертная деятельность в российской федерации: современные проблемы и пути их решения : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017. 482 с.
18. Статива Е.Б. Строительно-техническая экспертиза в судебных спорах хозяйствующих субъектов : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. 212 с.
19. Жижина М.В. Теория и практика применения современной криминалистики в гражданском процессе : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017. 538 с.
20. Кустов А.М. Совершенствование предмета и объектов криминалистики // *Расследование преступлений: проблемы и пути их решения*. 2016. № 4 (14). С. 137–140.
21. Волчецкая Т.С. Современные направления развития криминалистики как науки и как научной дисциплины // *Вестник Башкирского университета*. 2015. Т. 20, № 1. С. 349–353.
22. Россинская Е.Р., Галяшина Е.И., Зинин А.М. Теория судебной экспертизы (судебная экспертология) : учебник / под ред. Е.Р. Россинской. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма : ИНФРА-М, 2016. 368 с.
23. Аверьянова Т.В. Судебная экспертиза : курс общей теории. М. : Норма, 2009. 480 с.
24. Винберг А.И., Малаховская Н.Т. Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз) : учеб. пособие. Волгоград, 1979. 183 с.
25. Основы судебной экспертизы : методическое пособие для экспертов, следователей, судей / отв. ред. Ю.Г. Корухов. М. : РФЦСЭ, 1997. Ч. 1: Общая теория. 431 с.

Lebedev Nikolay Y., Novosibirsk military Institute named after General I.K. Yakovlev national guard troops of the Russian Federation (Novosibirsk, Russian Federation), *Chesnokova Elena V.*, Russian Federal center for forensic expertise under the Ministry of justice of Russia (Moscow, Russian Federation)

ON APPROACHES TO THE SUBJECT OF CRIMINALISTICS AND THE THEORY OF FORENSICS (FORENSIC EXPERTOLOGY)

Keywords: criminalistics, forensic expertology, forensic activity, subject of criminalistics, subject of the theory of forensics.

DOI: 10.17223/22253513/36/7

The results of any academic research are the most important resource for the systematic development of all spheres of modern society and the formation of the entire scientific space. Thanks to the new content of the academic specialty, 12.00.12 - forensics; operational and investigative activities which it obtained after separation from the criminal procedure, it can expand its scope through the study of the objects of academic (e.g., dissertation) work in civil, arbitration and administrative proceedings. After the separation of the criminal process, operational and investigative activities have created opportunities for it to expand the scope through the study of scientific objects (e.g., dissertation works) in such types of proceedings as civil, arbitration and administrative. Modern developments show the demand for the achievements of "forensics" and "forensic expertise" in other forms of legal activity and the need to expand the boundaries of academic research, both theoretical and applied ones.

The authors propose to consider the observed trend in three directions. The first direction involves conducting "traditional" academic research in the development and improvement of separate forensic methods for investigating certain types of crimes, improving investigative

tactics, developing theoretical and applied aspects of the use of specialized knowledge in the investigation of crimes, and the appointment and production of examinations. Traditional border expansion also involves the "development of cyberspace," which has already partially affected all the structural sections of forensics.

The second direction can be called a "relatively traditional" one. Here, we emphasize again the ambiguity of views about the possibility of introducing the results of forensic research in criminal trials. We fully support the opinions of forensic scientists, about the possibility and the need to conduct research aimed at developing the criminalistic provision of such a procedure as a preliminary hearing of a criminal case, the court's consideration of criminal cases of private prosecution, criminal proceedings involving jurors, and the review of criminal cases in the appellate court, etc. The second direction can be called "relatively traditional". In this case, we once again emphasize the ambiguity of views on the possibility of introducing the results of forensic research into criminal cases. We fully support the views of forensic experts not only on the possibility but also on the need to conduct research aimed at developing the criminal provision of such a procedure as preliminary hearing of a criminal case, the court's consideration of criminal cases of private prosecution, criminal proceedings involving jurors, and the consideration of criminal cases in the appeal court.

The third direction of expanding the boundaries of academic research is the most controversial one, it is "not traditional" for criminology and is connected with the disputes about the need to correct the "subject of criminalistics" and the emergence of such a thesis as the "crisis of criminalistics".

In the field of "forensic expert activity" the authors introduce the definition of the subject of the theory of forensics (forensic expertology), which predetermines additions to a well-known model of the structure of forensic expertology.

References

1. Kustov, A.M. (2017) Problems of Forensic Science: Its Subject Matter and Objects of Study (in memory of Professor R.S. Belkin). *Trudy Akademii upravleniya MVD Rossii – Proceedings of Management Academy of the Ministry of the Interior of Russia*. 3(43). (In Russian). [Online] Available from: https://mvd.ru/upload/site120/folder_page/009/747/935/Trudy_Akademii_343_pdfa.pdf
2. Tsekhomskaya, E.V. (2013) *Organizatsiya kriminalisticheskogo obespecheniya sudebnogo razbiratel'stva ugovolnykh del* [Organization of forensic support for the trial of criminal cases]. Law Cand. Diss. Krasnodar.
3. Shvets, S.V. (2014) *Kriminalisticheskaya taktika sledstvennykh i sudebnykh deystviy v usloviyakh ispol'zovaniya perevoda* [Forensic tactics of investigative and judicial actions in terms of the use of translation]. Law Dr. Diss. Krasnodar.
4. Avakyan, M.V. (2018) *Metodika rassledovaniya i podderzhaniya gosudarstvennogo obvineniya po delam ob umyshlennom prichinenii tyazhkogo vreda zdorov'yu* [Methods of investigation and maintenance of state charge in cases of intentional infliction of grievous bodily harm]. Law Cand. Diss. Kaliningrad.
5. Ishchenko, E.P. (2015) *Sovremennyy etap razvitiya rossiyskoy kriminalistiki* [The current stage in the development of Russian forensics]. In: Stepanenko, D.A. (ed.) *Kriminalisticheskie chteniya na Baykale – 2015* [The Baikal Criminalistic Readings – 2015]. Irkutsk: [s.n.], pp. 57–61.
6. Krivoshein, I.T. (2015) *O sistemnom krizise v kriminalistike* [On the systemic crisis in forensics]. *Kriminalistika: vchera, segodnya, zavtra – Criminalistics: yesterday, today, tomorrow*. 6. pp. 138–146.
7. Sokol, V.Yu. (2017) *Krizis otechestvennoy kriminalistiki* [The crisis of Russian forensics]. Krasnodar: Ministry of Internal Affairs of Russia.
8. Smakhtin, E.V. (2017) Forensic Science: a Crisis or the Need to Clarify the Subject? *Rossiyskoe pravo: obrazovanie, praktika, nauka – Russian Law: Education, Practice, Researches*. 5(101). pp. 26–32. (In Russian).

9. Ishchenko, E.P. (2006) Rossiyskaya kriminalistika segodnya [Russian forensics today]. *Vestnik kriminalistiki – Bulletin of Criminalistics*. 4(20). pp. 4–14.
10. Gavlo, V.K., Klochko, V.E. & Kim, D.V. (2006) *Sudebno-sledstvennye situatsii: psikhologo-kriminalisticheskie aspekty* [Forensic investigative situations: psychological and forensic aspects]. Barnaul: Altai State University.
11. Averyanova, T.V., Belkin, R.S., Korukhov, Yu.G. & Rossinskay, E.R. (2001) *Kriminalistika* [Forensics]. Moscow: Norma : INFRA-M.
12. Rasskazov, L.P. (2015) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: RIOR : INFRA-M.
13. Danilkina, V.M. (2014) *Teoriya i praktika sudebno-pocherkovedcheskoy ekspertizy rukopisey, vypolnennykh skhodnymi pocherkami* [Theory and practice of forensic handwriting examination of manuscripts with similar handwriting]. Law Cand. Diss. Volgograd.
14. Didenko, O.A. (2015) *Sovershenstvovanie teorii i praktiki mnogoob'ektnoy sudebno-pocherkovedcheskoy ekspertizy* [Improving the theory and practice of multi-subject forensic handwriting examination]. Law Cand. Diss. Volgograd.
15. Gulevskaya, V.V. (2016) *Nauchno-metodicheskoe obespechenie sudebnoy ekspertizy dikoy flory i fauny* [Scientific and methodological support of forensic examination of wild flora and fauna]. Law Cand. Diss. Moscow.
16. Pfeyfer, E.G. (2016) *Sudebnye ekspertizy rezul'tatov intellektual'noy deyatel'nosti: teoriya i praktika naznacheniya, provedeniya i otsenki rezul'tatov issledovaniya* [Forensic examination of the results of intellectual activity: theory and practice of the appointment, conduct and evaluation of research results]. Law Cand. Diss. Moscow.
17. Aminev, F.G. (2017) *Sudebno-ekspertnaya deyatel'nost' v rossiyskoy federatsii: sovremennye problemy i puti ikh resheniya* [Forensic expert activity in the Russian Federation: modern problems and solutions]. Law Dr. Diss. Moscow.
18. Stativa, E.B. (2017) *Stroitel'no-tekhnicheskaya ekspertiza v sudebnykh sporakh khozyaystvuyushchikh sub"ektov* [Construction and technical expertise in litigation of economic entities]. Law Cand. Diss. Moscow.
19. Zhizhina, M.V. (2017) *Teoriya i praktika primeneniya sovremennoy kriminalistiki v tsivilisticheskom protsesse* [Theory and practice of applying modern forensics in the civil process]. Law Dr. Diss. Moscow.
20. Kustov, A.M. (2016) Improving the subject and object of criminology. *Rassledovanie prestupleniy: problemy i puti ikh resheniya – Criminal Investigation: Problems and Ways of Their Solutions*. 4(14). pp. 137–140. (In Russian).
21. Volchetskaya, T.S. (2015) Modern trends of development of criminalistics as a science and as an academic discipline. *Vestnik Bashkirskogo universiteta – Bulletin of Bashkir University*. 20(1). pp. 349–353. (In Russian).
22. Rossinskaya, E.R., Galyashina, E.I. & Zinin, A.M. (2016) *Teoriya sudebnoy ekspertizy (sudebnaya ekspertologiya)* [Forensic Theory (forensic expertology)]. 2nd ed. Moscow: Norma : INFRA-M.
23. Averyanova, T.V. (2009) *Sudebnaya ekspertiza: kurs obshchey teorii* [Forensics: General Theory]. Moscow: Norma.
24. Vinberg, A.I. & Malakhovskaya, N.T. (1979) *Sudebnaya ekspertologiya (obshche-teoreticheskie i metodologicheskie problemy sudebnykh ekspertiz)* [Forensic expertology (general theoretical and methodological problems of forensics)]. Volgograd: Ministry of Internal Affairs of the USSR.
25. Korukhov, Yu.G. (ed.) (1997) *Osnovy sudebnoy ekspertizy: metodicheskoe posobie dlya ekspertov, sledovateley, sudey* [Basics of forensic examination: a manual for experts, investigators, judges]. Moscow: RFTsSE.

УДК 343.119

DOI: 10.17223/22253513/36/8

М.К. Свиридов

ОТРАСЛЕВАЯ ПРИНАДЛЕЖНОСТЬ НОРМ, РЕГУЛИРУЮЩИХ СУДЕБНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПО ИСПОЛНЕНИЮ ПРИГОВОРА

Анализируются уголовно-процессуальное законодательство, суждения ученых относительно отраслевой принадлежности судебной деятельности по исполнению приговора. Анализ приводит к выводу о том, что для успешного разрешения вопросов исполнения приговора никакой другой метод, кроме уголовно-процессуального, не подходит, так как в результате такой деятельности суд изменяет основной акт правосудия – приговор. Данный вывод убеждает в том, что деятельность суда по исполнению приговора следует оставить в уголовном процессе в качестве его заключительной стадии. Ключевые слова: судебная деятельность, исполнение приговора, метод правового регулирования, уголовно-процессуальный метод.

Окончательное решение по уголовному делу принимает суд, он выносит приговор. Фактическая же реализация предписаний приговора является предметом деятельности специально созданных органов, которые должны строго соблюдать рамки приговора. Бывает так, что вынесением приговора и, если необходимо, исправлением его ошибок уголовный процесс заканчивается. Однако чаще всего после вынесения приговора суд осуществляет – в одних случаях значительную, в других небольшую – судебную деятельность, направленную на успешное исполнение приговора. Эта деятельность продолжает уголовный процесс, являясь его составной структурной частью – стадией исполнения приговора. Такая ситуация существовала с давнего времени: она была закреплена в Уставе уголовного судопроизводства 1864 г. (ст. 941–975), в УПК РСФСР 1960 г. (разд. XIV). С начала 1990-х по 2000-е гг., в годы кардинальных реформ всего законодательства, в том числе и уголовно-процессуального, изменилась большая часть уголовно-процессуального закона, при этом анализируемая стадия осталась таковой (разд. 14 с названием «Исполнение приговора»).

В последние годы в литературе появились мнения о необходимости изменить существующее положение. Как пишет В.В. Николюк, «в уголовно-процессуальной теории постепенно сформировалось научное направление, в рамках которого аргументируется и формируется следующая позиция: исполнение приговора не может являться стадией уголовного процесса» [1. С. 19]. И В.В. Николюк не одинок. Появились авторы, которые высказывают другие мнения о сущности и месте исполнения приговора, а именно как о части деятельности суда.

Все мнения о сущности и месте судебной деятельности по исполнению приговора можно сгруппировать следующим образом.

1. Существующее положение должно остаться неизменным. Так полагает Л.В. Головкин [2. С. 1199]. Это мнение поддерживают И.Д. Перлов [3. С. 13], В.Н. Бибило [4. С. 53–55].

2. Судебная деятельность по исполнению приговора – не стадия уголовного процесса, а его дополнительное производство. Такого мнения придерживались Т.Н. Добровольская [5. С. 25–27], Ю.К. Якимович [6. С. 60–64], ныне его высказывает О.В. Воронин [7. С. 42–43]. Как видно, адепты второго мнения полностью отрицают первое, считая его неправильным в определении места исполнения приговора в системе уголовного процесса.

3. Высказано оригинальное суждение о том, что деятельность суда по исполнению приговора является не уголовно-процессуальным, а уголовно-исполнительным производством. Автор этого суждения – В.В. Никулин. По этому поводу он пишет: «Данный термин нами был введен в научный оборот в 1989 г., им стали оперировать другие ученые, и сегодня его можно считать относительно устоявшимся» [1. С. 35].

Таким образом, вместо существовавшего длительное время в качестве единственного сегодня сформировалось несколько мнений о сущности и месте судебной деятельности по исполнению приговора. Такое обилие мнений побуждает определить, какое из них близко к истинному, и требуется ли в связи с изменением теоретических положений изменить закон. Для этого необходим анализ каждого мнения.

Представляется, что нет особой необходимости специально анализировать аргументы, обосновывающие первое мнение – о том, что исполнение приговора является полноправной стадией уголовного процесса. Его недостатки, если таковые имеются, будут обнаружены в ходе анализа других точек зрения. Здесь достаточно указать на ряд особенностей стадии исполнения приговора как части уголовного-процесса (его стадии), наличие которых дает основания некоторым авторам выводить стадию исполнения приговора из системы уголовного процесса. Так, после вступления приговора в законную силу основное место занимает деятельность специально организованных органов по фактической реализации приговора. Судебная исполнительная деятельность по некоторым делам вообще не осуществляется. По другим делам она осуществляется, но, в отличие от других судебных стадий уголовного процесса, носит не постоянный, а эпизодический характер, когда в ходе реализации приговора возникает потребность применить какую-либо норму уголовного права. Далее, в отличие от предыдущих стадий уголовного процесса, на этапе исполнения приговора не решаются все вопросы уголовного дела: здесь недопустимо касаться вопросов о преступлении и виновности.

Несмотря на наличие у исполнения приговора таких серьезных особенностей, Л.В. Головкин, как думается, прав, считая исполнение приговора полноценной стадией уголовного процесса (его заключением). Он пишет: «...сегодня уже можно с уверенностью утверждать, что исполнение приговора заняло устойчивое место в структуре уголовного процесса, став его

полноценной стадией, пусть и обладающей существенными особенностями» [2. С. 1201]. И для такого вывода имеются веские основания.

Ранее было отмечено, что исполнение приговора как стадия уголовного процесса существует уже более ста лет, в целом успешно выполняя стоящие перед ней задачи. Конечно, сам по себе это недостаточно весомый аргумент для того, чтобы и далее оставлять анализируемую стадию без изменений ее сущности и отраслевой принадлежности. Однако его нельзя не учитывать как дополнительный аргумент наряду с основными, которые имеются и будут изложены при анализе других мнений.

Наиболее существенной по содержанию является вторая группа мнений авторов, предлагающих вывести исполнение приговора из числа стадий уголовного процесса (т.е. из его основного ствола) и перевести в разряд дополнительных производств уголовного процесса (авторы такой позиции указаны выше). Здесь речь идет не только о форме стадии исполнения приговора, но и о ее содержании (система стадий – или основной ствол уголовного процесса, или дополнительное производство). Дополнительные производства хотя и остаются в рамках уголовного процесса, все же несколько отличаются по содержанию. Поэтому требуется тщательный анализ аргументов, которые используют авторы для обоснования своей позиции. Тем более такой анализ необходим, поскольку он позволяет более четко определить, верна ли первая точка зрения и необходимо ли оставлять исполнение приговора в качестве стадии уголовного процесса.

Основным аргументом для обоснования второго мнения служит суждение об особенности предмета судебной исполнительской деятельности – здесь не рассматривается вопрос о преступлении. С учетом этого Ю.К. Якимович писал, что разрешение вопросов приговора судом – «не продолжение деятельности по уголовному делу, а совсем иная деятельность по иному делу» [6. С. 60–64]. Какая это иная деятельность, откуда она появилась, автор не разъяснил.

Представляется, что здесь допускается большая неточность в изложении законодательства. Пункт 29 ст. 5 УПК РФ в качестве предмета приговора предусматривает вопросы виновности и наказания, без их решения приговор будет неполным. Пункты 5 и 7 ст. 299 УПК РФ определяют предмет уголовного дела – это вопросы о преступлении, виновности и наказании. Как видно, вопрос о наказании закон включает и в предмет приговора, и в предмет всего уголовного дела. Поэтому следует признать, что в судебной исполнительской деятельности имеется (хотя и не в полном объеме) предмет всего уголовного дела. Значит, основной аргумент, обосновывающий перевод судебной исполнительской деятельности из основного производства уголовного процесса в дополнительное, вряд ли является бесспорно убедительным.

Но главное, что дает основание опровергать второе мнение, в ином. В приведенном выше суждении Ю.К. Якимович отмечал, что разрешаемые судом вопросы исполнения приговора не являются продолжением ранее рассмотренного судом уголовного дела, они являются иной деятельностью

по иному делу. Значительный интерес представляет выяснение – откуда берутся такие «особые» дела и каков их характер.

Представляется, что можно утверждать обратное. Вступлением приговора в законную силу производство по уголовному делу не завершается, а продолжается. Деятельность суда по исполнению приговора, выносимые решения «привязаны» к конкретному ранее рассмотренному делу, вытекают из него. Иной основы у них нет. Часто бывает, что это допущенные судьей ошибки в написании фамилии, имени, отчества осужденного, неправильное определение судьбы вещественных доказательств, другие ошибки приговора, которые суд уже в стадии исполнения приговора должен исправить. Далее – что весьма важно – любое исправление, произведенное судом после вступления приговора в законную силу, изменяет приговор (в противном случае будут действовать два приговора с имеющимися разночтениями, чего допустить нельзя).

Еще более наглядно видно изменение приговора при замене наказания осужденному во время его отбывания либо при условно-досрочном освобождении, когда изменяется судьба осужденного. Если суд в порядке исполнения приговора принимает одно из таких решений, то оно, вступая в силу, лишает силы предыдущее решение, поскольку не может быть два имеющих силу решения суда – это противоречило бы закрепленной ст. 392 УПК РФ общеобязательности имеющих законную силу судебных решений (пришлось бы исполнять два противоречивых судебных решения, что невозможно). Следовательно, принимая в порядке исполнения приговора решение об изменении осужденному наказания, суд изменяет ранее вынесенный приговор.

Об изменении приговора при замене наказания либо освобождении от него в стадии исполнения приговора свидетельствует и следующее обстоятельство. О.В. Воронин правильно пишет, подтверждая ранее высказанное в литературе суждение, что «по своей правовой природе УДО представляет собой изменение ранее установленного приговором суда уголовного правоотношения вследствие появления новых обстоятельств, свидетельствующих о том, что для своего дальнейшего исправления осужденный не нуждается в полном отбытии наказания» [7. С. 41]. Изменение установленных приговором уголовно-правовых отношений происходит не только при УДО, но и при любом изменении определенного приговором наказания. Действительно, уголовно-правовое отношение является содержанием приговора, и, изменяя его, мы тем самым изменяем и приговор, поскольку речь об одном уголовном правоотношении, о том, которое существовало в момент вынесения приговора. Оно через какое-то время может потребовать корректировки. Необходимость такой корректировки (его изменения) объясняется наличием в уголовном праве не абсолютно, а относительно определенных санкций. Это понимали известные теоретики уголовного процесса много лет назад. Еще в 1899 г. И.Я. Фойницкий писал: «Дело в том, что суд, постановляя приговор, может наблюдать подсудимого лишь в короткий период судебного разбора; многое из его личной характери-

ки может остаться закрытым для него, что обнаруживается лишь в будущем, при исполнении приговора. Да и само исполнение наказания может произвести в наказываемом изменения, ввиду которых продолжать держаться буквы приговора значило бы приносить внутреннюю правду в жертву правде формальной... Под влиянием всех этих причин современное наказание, и особенно господствующий его вид, лишение свободы, требует расширения, *изменения приговора* (курсив мой. – М.С.)» [8. С. 568–569]. Л.В. Головкино удачно называет такое изменение приговора дальнейшей индивидуализацией наказания [2. С. 1199].

Все изложенное, как думается, дает основание признать, что приговор (в части наказания) в дальнейшем в ходе его исполнения может быть изменен. Этот вывод имеет принципиально важное значение. Из него вытекает, что судебная деятельность по разрешенному судом уголовному делу не прекращается, а продолжается в виде тех изменений, которые осуществляет суд в судебной исполнительской деятельности. Причем – и это важно – изменение приговора в порядке его исполнения осуществляется в той же сфере, что и вынесение приговора.

Вряд ли правильно будет считать, что приговор выносится в основном производстве, а его изменение (дальнейшая индивидуализация наказания) – в иной сфере – в дополнительном производстве. Отрывать приговор и его изменение нельзя; решение об изменении, оставляя неизменными и имеющими силу части приговора о преступлении и виновности, заменяет собой имеющееся в приговоре решение о наказании, становится частью приговора (например, при замене одного вида наказания другим).

Поэтому судебную деятельность по изменению приговора в ходе его исполнения надлежит считать продолжением правосудия по основному уголовному делу (но никак не иным уголовным делом, по мнению Ю.К. Якимовича), необходимым для того, чтобы приговор в части наказания соответствовал не только моменту его вынесения, но обстоятельствам, возникающим позже. Здесь судебная деятельность осуществляется в отношении одного и того же субъекта; одно уголовное правоотношение заменяется другим в рамках одного уголовного дела. Исходя из всего сказанного, такую деятельность следует признать не дополнительным производством, а завершающей стадией уголовного процесса.

При этом трудно не признать, что судебная деятельность по исполнению приговора имеет все признаки стадии: у нее свои относительно самостоятельные задачи, вытекающие из уголовного дела и связанные с предыдущей стадией уголовного процесса (разрешать сомнения и неясности, откорректировать приговор, если в нем есть несущественная ошибка, осуществлять постоянную корректировку решения приговора о наказании в связи с изменяющимися обстоятельствами жизни и т.п.); она имеет своих субъектов; в этой деятельности имеется уголовно-процессуальное доказывание; в результате такой деятельности выносится окончательное решение. Правда, в этой стадии есть вопросы, не имеющие исполнительской направленности. В порядке ст. 399 УПК РФ как сомнения и неясности разреша-

ются требования реабилитированного о возмещении ущерба и даже такой вопрос, как оплата труда участвующего в деле защитника и т.п. Наличие в стадии исполнения приговора указанных вопросов размывает предмет стадии исполнения приговора и способно привести к нечеткости метода правового регулирования, что, в свою очередь, может создать трудности для судей, определяющих инструментарий для осуществления деятельности по исполнению приговора. Поэтому вопросы, не имеющие исполнительской направленности, целесообразно исключить из стадии исполнения приговора, создав для их разрешения специальное самостоятельное производство.

Таким образом, весьма уязвимым представляется и второе мнение – о том, что судебная исполнительная деятельность является не основным, а дополнительным производством.

Как отмечалось выше, существует и третье мнение о сущности и месте судебной исполнительской деятельности: такая деятельность является уголовно-исполнительным производством. Автором данного мнения выступил В.В. Николюк. Свою позицию он обосновывает следующим образом *«Действительно, имея свой предмет, цель и процессуальную форму, близко примыкая к деятельности органов, исполняющих наказания, судебное производство, связанное с исполнением приговора, обладает такими специфическими чертами, которые позволяют отграничить его от уголовного судопроизводства, т.е. производства по уголовному делу, и рассматривать в качестве самостоятельного вида судебной деятельности – уголовно-исполнительного судопроизводства»* [1. С. 20] (курсив мой. – М.С.).

Согласиться с мнением В.В. Николюка вряд ли возможно. Во-первых, как представляется, В.В. Николюк преувеличивает особенности уголовно-процессуальной судебной исполнительской деятельности. Действительно, такая деятельность имеет свою цель; однако она не имеет абсолютно самостоятельного характера, вытекает из задач уголовного процесса и связана с задачей предыдущей стадии, она не оторвана от задач уголовного процесса. Далее, предмет судебной-исполнительской деятельности, как отмечалось ниже, также не оторван от предмета уголовного дела, а является развитием части предмета судебного разбирательства – о наказании. И процессуальная форма не является «своей», присущей только судебной-исполнительской деятельности.

Автор не раскрывает содержание предлагаемого уголовно-исполнительного производства. А оно должно быть отличным от исполнения приговора как стадии уголовного процесса, поскольку автор предлагает отграничить его от производства по уголовному делу (т.е. от уголовного процесса), наделяя его самостоятельностью. В связи с этим возникает целый ряд вопросов, прежде всего: какой должна быть процессуальная форма самостоятельного уголовно-исполнительного производства? какой метод правового регулирования должен при нем меняться в таком производстве?

В настоящее время деятельность по реализации наказания регулируется уголовно-исполнительным (основной объем) и уголовно-процессуальным

законодательством (эпизодически, при возникновении потребности применить норму уголовного права). Соответственно этим отраслям применяются и методы регулирования деятельности. В предлагаемом названии самостоятельного уголовно-исполнительного производства слова «уголовный процесс» исключены. Следовательно, остается одна регулирующая фактическую реализацию наказания отрасль права – уголовно-исполнительное право – и один присущий данной отрасли метод.

Но у анализируемых отраслей права слишком разные методы регулирования. Ранее отмечалось, что в сфере фактической реализации приговора суд присутствует, когда возникает необходимость применять норму уголовного права. Передавать этот метод фактически исполняющим наказания органам нельзя. Только суд правомочен применять нормы уголовного права, в какой бы сфере это ни происходило, – данное положение общеизвестно. Значит, исключить уголовный процесс из содержания и даже из названия любого производства, где возможно применение норм уголовного права, как думается, нельзя. Поэтому предлагаемое В.В. Николюком производство не может быть самостоятельным, отграниченным от уголовного судопроизводства (т.е. от производства по уголовному делу). В производстве по реализации наказания уголовный процесс должен присутствовать всегда, так как только в этой сфере возможно применение норм уголовного права.

Предлагаемое В.В. Николюком новое самостоятельное судопроизводство возможно было бы для реализации в законе, если бы в России существовали отдельные суды по исполнению приговора (пенитенциарные суды). Однако, насколько известно, создания таких судов у нас не планируется. Как думается, и третье мнение о сущности и месте судебной исполнительской деятельности вряд ли выдерживает критику.

Таким образом, анализ всех имеющихся в настоящее время мнений о сущности и месте судебно-исполнительной деятельности, как представляется, убеждает в том, что вряд ли есть необходимость отказываться от существующего много лет положения: судебно-исполнительная деятельность является уголовно-процессуальной и входит в систему уголовного процесса как его завершающая стадия.

Литература

1. Николюк В.В. Заключение под стражу осужденного, скрывшегося в целях уклонения от отбывания наказания: доктрина, законодательная конструкция, толкование и проблемы практического применения. Орёл : ОрЮИ МВД России им. В.В. Лукьянова, 2015. 235 с.
2. Курс уголовного процесса / под ред. Л.В. Головки. М. : Статут, 2016. 1277 с.
3. Перлов И.Д. Исполнение приговора в советском уголовном процессе. М. : Юрид. лит., 1963. 225 с.
4. Бибило В.Н. Конституционные принципы правосудия и их реализация в стадии исполнения приговора. Минск : Университетское, 1986. 160 с.
5. Добровольская Т.Н. Деятельность суда, связанная с исполнением приговоров. М. : Юрид. лит., 1979. 182 с.

6. Якимович Ю.К. Понятие, назначение, дифференциация уголовного процесса. Принципы уголовного судопроизводства. Томск : Изд-во Том. ун-та, 2015. 166 с.

7. Воронин О.В. Производство по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с условно-досрочным освобождением. Томск : Изд-во НТЛ, 2004. 204 с.

8. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб. : Тип. Стасюлевича, 1899. Т. 2. 607. с.

Sviridov Mikhail K., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation)

BRANCH AFFILIATION OF THE RULES GOVERNING JUDICIAL ACTIVITY ON THE EXECUTION OF SENTENCES

Keywords: judicial activity, execution of sentence, method of legal regulation, criminal procedure method.

DOI: 10.17223/22253513/36/8

Depending on the legal scope of the execution of the sentence, the court applies some methods of legal influence on the subjects. For a long time, being a stage of criminal procedure, the court applied the criminal procedural method. Recently, however, there have been different opinions about the branch affiliation of judicial activities. There is a need to analyze these views to determine which one is more correct and whether legislative changes are necessary.

The view on the judicial activity as a non-basic criminal-procedural activity, but as on an additional procedure, is probably not correct. This viewpoint is motivated because the subject of the analyzed activity differs from the subject of the criminal case - the issue of the crime is not considered here. However, the subject of the criminal case is not an isolated one; according to the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, it includes the issues about guilt and punishment. Thus, the judicial activity includes, though not in full, the subject of a criminal case. The question of punishment, whether to change it or release from it, depends on the changing situation and the identity of the convict. It is necessary to decide this question, but only the court can do it. Any change in the sentence is done because of the application of criminal law. Only one body, the court, is entitled to apply the rules of criminal law using a criminal procedure method of regulation. Consequently, judicial activity extends the criminal case in terms of punishment. The proposal to consider the judicial activity to be criminal procedure is also hardly acceptable. Criminal proceedings use unique methods, and it is unacceptable to allow the sentences to be changed in these proceedings using criminal law.

Thus, new opinions about judicial activities have serious defects, so it is hardly necessary to change the law on their basis.

References

1. Nikolyuk, V.V. (2015) *Zaklyuchenie pod strazhu osuzhdenного, skryvshegosya v tselyakh ukлонeniya ot oтbyvaniya nakazaniya: doktrina, zakonodatel'naya konstruktsiya, tolkovanie i problemy prakticheskogo primeneniya* [Detention of a convicted person hiding to evade a sentence: doctrine, legislative structure, interpretation and problems of practical application]. Orel: Orel Law Institute.

2. Golovko, L.V. (ed.) (2016) *Kurs ugolovnogo protsessa* [Criminal Process]. Moscow: Staut.

3. Perlov, I.D. (1963) *Ispolnenie prigovora v sovetskom ugolovnom protsesse* [Execution of sentences in the Soviet criminal process]. Moscow: Yuridicheskaya literatura.

4. Bibilo, V.N. (1986) *Konstitutsionnye printsipy pravosudiya i ikh realizatsiya v stadii ispolneniya prigovora* [Constitutional principles of justice and their implementation in the execution stage]. Minsk: Universitetskoe.

5. Dobrovol'skaya, T.N. (1979) *Deyatel'nost' suda, svyazannaya s ispolneniem prigovorov* [Court activities related to the execution of sentences]. Moscow: Yuridicheskaya literatura.

6. Yakimovich, Yu.K. (2015) *Ponyatie, naznachenie, differentsiatsiya ugovnogo protessa. Printsipy ugovnogo sudoproizvodstva* [The concept, purpose, differentiation of the criminal process. The principles of criminal justice]. Tomsk: Tomsk State University.

7. Voronin, O.V. (2004) *Proizvodstvo po rassmotreniyu i razresheniyu voprosov, svyazannykh s uslovno-dosrochnym osvobozhdeniem* [Proceedings for consideration and resolution of issues related to parole]. Tomsk: NTL.

8. Foynitsky, I.Ya. (1899) *Kurs ugovnogo sudoproizvodstva* [Criminal Proceedings]. Vol. 2. St. Petersburg: M. Stasyulevich.

УДК 342.9

DOI: 10.17223/22253513/36/9

С.А. Старостин

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРОЦЕДУР В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Статья посвящена анализу правового регулирования и организации исполнения административных процедур в предпринимательской деятельности. Государственное управление в сфере предпринимательства подразумевает выработку и реализацию организационно-правовых механизмов, гарантирующих устойчивость, прозрачность, безопасность, контролируемость такой деятельности, выполнение хозяйствующими субъектами связанных с ней обязательств. Юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, осуществляя предпринимательскую деятельность, является особым субъектом административно-правового регулирования.

Ключевые слова: административные процедуры, административные процедуры в предпринимательской деятельности, административные правонарушения, административная ответственность.

В последние годы в Российской Федерации активизировалась дискуссия о необходимости принятия федерального закона «О процедурах», учеными-административистами предложены проекты этого закона. Во многом его принятие связывается с необходимостью усиления прозрачности органов исполнительной власти, повышения эффективности их функционирования. Предложены соответствующие правовые и организационные меры, которые могут включать следующее:

а) принятие процедур или правил, позволяющих населению получать в надлежащих случаях информацию об организации, функционировании и процессах принятия решений публичной администрации и, с должным учетом соображений защиты частной жизни и личных данных, о решениях и юридических актах, затрагивающих интересы населения [1. Р. 17–31];

б) упрощение административных процедур для облегчения публичного доступа к компетентным органам, принимающим решения [2. Р. 65];

в) опубликование информации, которая может включать периодические отчеты об опасностях коррупции в публичной администрации [3. Р. 54–61].

Во многих современных научных работах выражается четкое понимание того, что реализация действенной системы противодействия коррупции невозможна без надлежащей правовой регламентации административных процедур, которая позволяет задействовать весь потенциал общественных сдерживающих факторов: контроль граждан и юридических лиц за деятельностью органов государственной власти и местного самоуправления, регламентированный механизм взаимодействия общества и государства [Ibid. Р. 65–69].

Складывающиеся тенденции развития сферы государственного управления приводят к тому, что административная деятельность органов государственной власти должна рассматриваться исходя из таких ее элементов, как административные процедуры.

Наиболее устоявшийся в научной литературе подход позволяет определить административную процедуру как нормативно закреплённый порядок совершения уполномоченными органами в пределах их компетенции последовательных действий, направленных на установление, изменение и прекращение конкретных прав и обязанностей. Процедурные отношения необходимо рассматривать в качестве отношений по поводу реализации закреплённых в материальных нормах прав и обязанностей сторон. В этой связи так называемые процедурные нормы содержат модель реализации должного и обусловленного законом поведения [4. Р. 17–19].

По мнению С.Д. Хазанова, административная процедура – это нормативно установленный последовательный порядок реализации административно-властных полномочий, направленный на разрешение юридического дела или выполнение управленческих функций.

И.Н. Барциц полагает, что административная процедура представляет собой нормативно установленный порядок последовательного осуществления уполномоченными субъектами права согласованных действий по реализации их компетенции, законодательных и иных правовых актов [5. С. 5].

Согласно позиции Е.А. Дегтяревой, административная процедура представляет собой содержание административно-процессуальной формы, выражает характер юридической деятельности субъектов по достижению нормативно предусмотренного результата и является элементом административно-процессуального режима. Сущность административно-процессуальной формы заключается в детальной регламентации поведения субъектов процессуальных правоотношений, во-первых, с точки зрения содержания этого поведения, во-вторых, с точки зрения последовательности совершения юридически значимых действий, в-третьих, с точки зрения условий их совершения или не совершения [6. С. 13].

Р. Sole считает необходимым разделять административные процедуры в зависимости от функций органов исполнительной власти [7. Р. 2–3].

Изучение теоретических концепций по вопросам административных процедур позволяет обратить внимание, что в науке существует определённая дискуссия относительно того, следует ли относить к таковым процессуальные действия, имеющие место в производстве по делам об административных правонарушениях, а также в контрольно-проверочных мероприятиях.

В приведённых выше определениях акцент делается на принятии в ходе административной процедуры решения о том или ином праве лица, обратившегося в орган исполнительной власти, либо о выдаче документа, подтверждающего его правовое положение. То есть речь идет о правоприменительной деятельности в ее позитивном смысле.

Однако в науке высказываются позиции, согласно которым административные процедуры имеют более широкое содержание. Так, по мнению Л.А. Душаковой, административная процедура представляет собой регламентированные актами административного законодательства систему и порядок совершения юридически значимых действий органами публичного управления, направленные на достижение установленного юридического результата в сфере исполнительно-распорядительной деятельности органов публичного управления, который может быть связан с созданием, изменением либо отменой норм права, реализацией прав и обязанностей гражданами и организациями, разрешением административных дел и споров.

Как считает исследователь, любая процедура в праве, в том числе административная, есть совокупность действий и последовательность их совершения. В этом смысле и принятие нормативных правовых актов, и заключение административных договоров, и привлечение к административной ответственности, и рассмотрение обращений граждан, и регистрация прав, актов, состояний, и выдача, учет и хранение документов, удостоверяющих личность, есть, по сути, административные процедуры, что не исключает специфики каждого вида деятельности. А деятельность может быть построена в плоскости организации взаимодействия органов публичного управления, в плоскости организованного взаимодействия органов публичного управления с гражданами и организациями или в административно-юрисдикционной плоскости [8. С. 23–27].

Эта позиция находит отклик в трудах многих исследователей. Так, С.М. Зубарев считает, что закон, регламентирующий контрольные процедуры, должен стать структурным элементом законодательства об административных процедурах, очевидно, усматривая между данными явлениями связь как частного и общего. Сами контрольные процедуры он определяет как урегулированную административно-процессуальными нормами совокупность последовательно совершаемых действий субъекта контроля по установлению соответствия деятельности подконтрольного объекта требованиям законности, целесообразности и эффективности [9. С. 118–126].

Следуя широкому пониманию административных процедур, Д.А. Повный предлагает следующую их классификацию в образовательной деятельности:

- статусные административные процедуры (направлены на установление и юридическое закрепление правового положения образовательного учреждения): государственная регистрация образовательного учреждения, лицензирование образовательной деятельности, государственная аккредитация образовательных учреждений;
- контрольно-надзорные административные процедуры (направлены на обеспечение соблюдения субъектами образовательной деятельности положений законодательства об образовании и предотвращение правонарушений при оказании образовательных услуг): контроль качества образования, надзор за исполнением законодательства в области образования;

- социальные административные процедуры (связаны с реализацией органами исполнительной власти государственных функций по рассмотрению заявлений и обращений заинтересованных лиц в области образования);
- организационные административные процедуры (направлены на организацию деятельности административных органов управления образованием по вопросам структуры органов, порядка работы, замещения должностей, делегирования полномочий региональным органам и т.п.);
- оценочные административные процедуры (направлены на закрепление установленных нормативов качества образовательных услуг в Российской Федерации).

Из этой классификации мы видим еще более обобщенный подход, поскольку административными процедурами здесь охватываются межведомственная и внутриведомственная организация органов исполнительной власти, их взаимодействие.

Мы полагаем, что многообразие высказываемых в научной литературе точек зрения относительно содержания административных процедур обусловлено тем, что государственное управление нуждается в процессуализации каждого своего элемента. Исполнительная власть практически реализуется в различного рода действиях органов исполнительной власти (должностных лиц), соответственно, рассматриваемый вид государственной деятельности имеет процессуальную форму, выражен в совокупности последовательных действий, позволяющих достичь реализации норм материального административного права, устанавливающих те или иные права (обязанности) граждан или организаций.

Если в рамках единичной организации координация деятельности отдельных функциональных подразделений может осуществляться на уровне межличностного общения, внутренних ее стандартов, то в масштабе государственного управления подобное допущение может оказаться разрушительным [10. Р. 17–23]. Соблюдение единства целей и принципов государственного управления, обеспечение равного результата реализации публичных функций влечет необходимость привлечения ресурсов права как средства социальной регуляции, т.е. применения правового регулирования на всех этапах реализации государственно-властной функции.

С другой стороны, следует отметить, что социальную ценность представляет не то, как организован механизм исполнительной власти в целом, а то, насколько эффективно он способствует осуществлению прав и интересов граждан и организаций. Важно, чтобы закон достигал именно тех целей, ради которых он был принят, а содержащиеся в нем требования не служили средством угнетения, манипуляции гражданами, превращаясь в инструмент коррупционного давления [7. Р. 117–119].

В этой связи в административно-правовой науке как самостоятельный институт выделяется управленческое (или административно-процедурное) производство. Это позитивная деятельность, в управленческом деле решается проблема положительной направленности, достигается удовлетворение жизненной потребности гражданина, законных интересов организации.

В результате принимается, как правило, положительное для гражданина, организации решение (выдача лицензии на тот или иной вид деятельности, выдача сертификата, заключения и т.п.). Такая деятельность не связана с конфликтом, спором, осуществлением юрисдикционных функций и, соответственно, с применением мер государственного принуждения. В ходе данной деятельности происходит реализация задач и функций исполнительной власти, осуществляется правоприменение [11. С. 251–256].

Нам представляется, что позиция, связывающая административные процедуры с лишь позитивной деятельностью органов исполнительной власти, является более конструктивной. Процедуры, в рамках которых государственные органы способствуют реализации прав граждан, обретению ими того или иного правового статуса, существенно отличаются от процедур, предметом которых является допущенное нарушение закона и разрешение связанного с этим спора – например, по привлечению к административной ответственности – или контроль и надзор за соблюдением требований закона.

В первом случае инициатором административно-правовых отношений является гражданин, организация, которые, действуя в соответствии с установленным правовым порядком, обращаются в орган исполнительной власти за получением разрешения, квоты, совершением учетно-регистрационных действий и т.п. Задачей, подлежащей разрешению, здесь является минимизация административных барьеров, т.е. ревизия административных процедур на предмет их соответствия целям государственного управления и ожидаемым результатам, устранение избыточных требований. Следующая задача – организация взаимодействия между заявителем и государственным органом таким образом, чтобы исключить необоснованное противодействие со стороны последнего реализации прав граждан и организаций – ничем не обусловленный отказ в предоставлении разрешения, лицензии, сертификата и т.п.

Во втором случае, когда реализуются административно-деликтные или контрольно-надзорные процедуры, инициатива в возникновении взаимоотношений с гражданином, организацией исходит от исполнительного органа. Акцент правового регулирования возникших процессуальных отношений переносится на предоставление гражданину, организации средств правовой защиты от избыточного административного давления и необоснованного применения мер ответственности, обеспечение их процессуального равенства с органом исполнительной власти.

Международный опыт взаимодействия органов власти и граждан во многом связан с транспарентностью деятельности органов власти – обязанностью власти доводить всю информацию до сведения всего общества. Этот принцип делает неоспоримым доступ граждан к документам и информации, которыми располагает власть [12. Р. 123; 13. Р. 36; 14. Р. 17–19].

В отечественной практике законодатель пошел по пути разделения административных (управленческих) процедур, процедуры привлечения

к административной ответственности и контрольно-надзорных процедур. В Российской Федерации приняты и действуют три самостоятельных законодательных акта – Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг», Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях, Федеральный закон «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля».

Анализируя эти законы, можно заметить существенные различия, которые законодатель вкладывает в организацию соответствующих процедур. Так, в процедурах по привлечению к административной ответственности и контрольно-надзорных процедурах большое значение придается соблюдению органом исполнительной власти процессуальных требований при выявлении, сборе и фиксации доказательственной базы, свидетельствующей о допущенном гражданином, организацией нарушении закона.

В соответствии с ч. 1 ст. 20 Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» результаты проверки, проведенной органом государственного контроля (надзора), органом муниципального контроля с грубым нарушением установленных требований к организации и проведению проверок, не могут являться доказательствами нарушения юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами, и подлежат отмене вышестоящим органом государственного контроля (надзора) или судом на основании заявления юридического лица, индивидуального предпринимателя.

Согласно ч. 3 ст. 26.2 КоАП РФ не допускается использование доказательств по делу об административном правонарушении, в том числе результатов проверки, проведенной в ходе осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля, если указанные доказательства получены с нарушением закона.

Из приведенных положений видно, что несоблюдение органом исполнительной власти процессуальных требований может лишить его права привлечь нарушителя к ответственности. В административных процедурах каких-либо последствий для органа исполнительной власти, влияющих на возможность последующей реализации им имеющихся полномочий, невыполнение процессуальных требований не влечет. Например, если исполнительный орган «забыл» потребовать тот или иной необходимый документ, это не обуславливает возникновения у гражданина, организации права на получение запрашиваемого разрешения, совершение действия при отсутствии на то законных оснований. Неблагоприятные правовые последствия возникают именно у гражданина или организации. Выражены они могут быть в необходимости повторного обращения в орган за получением государственной или муниципальной услуги либо в проверке законности и последующем отзыве, аннулировании выданного разрешения, записи.

При детальном изучении административных процедур, контрольно-надзорных процедур и процедур по привлечению к административной ответственности их сущностное различие становится еще более явным.

Любая процедура представляет собой совокупность сменяющих друг друга стадий. Стадия процедуры – это ее этап, характеризующийся определенным набором субъектов, процедурных действий, охваченных единой юридической целью, и завершающийся определенным правовым результатом. Стадийность является одним из фундаментальных свойств административной процедуры, отражающим ее упорядочивающий, последовательный характер [15. С. 53]. В научной и учебной литературе выделяют «классические» стадии административного процесса:

- 1) возбуждение производства по административному делу;
- 2) рассмотрение административного дела;
- 3) принятие решения по административному делу;
- 4) исполнение решения по административному делу;
- 5) пересмотр решения по административному делу.

Приведенный перечень призван дать наиболее общее представление о стадиях процедур, имеющих место в рамках административного процесса. Однако в полном объеме перечисленные стадии можно обнаружить лишь в процедурах привлечения к административной ответственности. Если же речь идет о контрольно-надзорных процедурах, ряд стадий может отсутствовать, а другие могут быть определены по аналогии. Возбуждение производства по административному делу может быть ассоциировано с принятием решения о проведении контрольного мероприятия, рассмотрение административного дела – с непосредственным проведением проверки, принятие решения – с составлением акта проверки и вынесением представлений, предписаний, решения о привлечении к ответственности. Возможность пересмотра решения по результатам (если не принимать во внимание судебный контроль за законностью решений и действий исполнительных органов) законодательно предусмотрена только для некоторых видов контроля и надзора. Такую возможность, например, предусматривают ст. 139.1 Налогового кодекса Российской Федерации, гл. 3 Федерального закона «О таможенном регулировании в Российской Федерации».

Исполнение решения по результатам проверки отличается тем, что нацелено на добровольное принятие гражданином, организацией мер по устранению выявленных нарушений. Механизм принудительного исполнения, как это предусмотрено в отношении постановления по делу об административном правонарушении, применяется выборочно (например, в отношении решений налоговых органов). Неисполнение решения влечет применение мер юридической ответственности, характер которых определяется видом проверяемой деятельности.

По числу «обычных» стадий наиболее усеченными являются административные процедуры. Производство по административному делу возбуждается с обращением гражданина, организации за получением государственной, муниципальной услуги и представлением комплекта необходимых

документов. Далее следуют стадии рассмотрения дела и принятия решения. Пересмотр решения, когда административное дело в полном объеме поступает в вышестоящий орган или вышестоящему должностному лицу, которые повторно рассматривают его по имеющимся документам, как правило, не предусматривается.

Возможна подача жалобы в общем порядке, установленном для рассмотрения обращений, заявлений, жалоб граждан федеральными законами «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» и «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления».

Стадия исполнения решения по административному делу как таковая отсутствует, поскольку по результатам административной процедуры решение принимается о праве гражданина, организации либо о приобретении ими специального статуса. Источником каких-либо принудительных обязательств такое решение не является.

Изложенные рассуждения, как представляется, ясно говорят, что административные процедуры обладают существенной спецификой по отношению к процедурам по привлечению к административной ответственности и к процедурам контроля и надзора. Эта специфика обязательно должна учитываться как в теоретических разработках, так и в практическом применении полученного знания, особенно при реализации концепции единого административного процесса.

Виды административных процедур в предпринимательской деятельности

Одной из важнейших ценностей современного общества, заложенных в основу конституционного строя Российской Федерации, является свобода экономической деятельности. Статья 8 Конституции Российской Федерации провозглашает, что в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. В Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности.

Вместе с тем, будучи обязанным гарантировать каждому лицу конституционно провозглашенные свободы, государство вынуждено вводить определенные ограничения, направленные на упорядочение экономических отношений и удержание их в определенном равновесии, обеспечивающем учет интересов всех или большинства хозяйствующих субъектов [16. Р. 43–50].

Первое из таких ограничений выражается в осуществлении учета лиц, желающих заниматься предпринимательской деятельностью. Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) предусматривает три основных категории лиц, правовое положение которых предполагает занятие

предпринимательской деятельностью: индивидуальные предприниматели, коммерческие корпоративные организации и унитарные предприятия.

Согласно ст. 23 ГК РФ гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. Из формулировки данной нормы следует, что право гражданина заниматься предпринимательской деятельностью определяется моментом завершения процедуры его регистрации в соответствующем качестве.

Гражданское законодательство допускает, что фактическая предпринимательская деятельность может осуществляться с нарушением указанного требования. На такой случай предусматривается, что гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, не вправе ссылаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не является предпринимателем (ч. 4 ст. 23 ГК РФ). Это правило имеет коллизионный характер и позволяет устранить ряд противоречий, которые могут возникать, например, при исчислении налогов на доход, полученный гражданином в результате продажи принадлежащего ему имущества.

Коммерческие корпоративные организации представлены в виде хозяйственных товариществ и обществ, крестьянских (фермерских) хозяйств, производственных кооперативов. Коммерческие корпоративные организации и унитарные предприятия подлежат государственной регистрации в порядке, установленном для юридических лиц.

Отношения, возникающие в связи с государственной регистрацией юридических лиц при их создании, реорганизации и ликвидации, при внесении изменений в их учредительные документы, с государственной регистрацией физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей и государственной регистрацией при прекращении физическими лицами деятельности в качестве индивидуальных предпринимателей, регулируются Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

На основании информации о юридических лицах и индивидуальных предпринимателях, предоставляемой в ходе процедуры государственной регистрации, формируются единый государственный реестр юридических лиц и единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей. Информация в целях государственной регистрации может предоставляться как субъектами предпринимательской деятельности, так и государственными органами либо организациями, исполняющими публичные функции. Так, сведения относительно выданных индивидуальному предпринимателю или юридическому лицу лицензий предоставляются лицензирующими органами, сведения о постановке лица на учет в системе пенсионного и обязательного социального страхования – органами государственных внебюджетных фондов и т.п. Внесение в реестр сведений о возбуждении в отношении юридического лица процедуры банкротства осуществляется на основании поступившего в регистрирующий орган определения арбитражного суда.

Государственная регистрация сведений о юридическом лице и индивидуальном предпринимателе на всем протяжении его существования (ведение предпринимательской деятельности) производится в форме отдельных записей в реестры. Каждой записи присваивается государственный регистрационный номер, и для каждой записи указывается дата внесения ее в соответствующий государственный реестр. В случае изменения содержащихся в государственных реестрах сведений ранее внесенные сведения сохраняются.

Ведение единых государственных реестров юридических лиц и индивидуальных предпринимателей имеет практическое значение. Оно необходимо для государственного контроля и надзора в сфере предпринимательской деятельности. Сведения, содержащиеся в реестрах, являются базой для осуществления налогового учета, обеспечения полноты взимания обязательных платежей, способствуют минимизации теневой экономики, предупреждению и пресечению незаконной экономической деятельности, легализации денежных средств, полученных преступным путем [17. Р. 130].

В наименьшей степени фиксируемая в процедуре государственной регистрации информация служит интересам самих участников государственного оборота и обеспечению безопасности совершаемых ими сделок. Эта информация позволяет удостовериться в том, существует ли контрагент в действительности, обладает ли лицо, подписывающее договор, полномочиями действовать от имени юридического лица без доверенности. Можно установить, долго ли существует компания либо индивидуальный предприниматель на рынке соответствующей продукции или услуг. Сведения о нахождении лица в процедуре ликвидации или банкротства помогают сориентироваться относительно правоспособности контрагента по совершению сделок и, соответственно, обеспечивают их надежность.

Отдельными видами предпринимательской деятельности граждане и организации вправе заниматься без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя либо юридического лица. Согласно ч. 1 ст. 23 ГК РФ, виды предпринимательской деятельности, которыми гражданин вправе заниматься без регистрации, устанавливаются федеральным законом.

Такие виды деятельности связаны, как правило, с оказанием услуг физическим лицам для личных, домашних и иных подобных нужд, если они не подразумевают привлечения наемных работников: присмотр и уход за детьми, больными лицами, лицами, достигшими возраста 80 лет, а также иными лицами, нуждающимися в постоянном постороннем уходе по заключению медицинской организации; репетиторство; уборка жилых помещений, ведение домашнего хозяйства. Виды услуг для личных, домашних и (или) иных подобных нужд могут устанавливаться на федеральном уровне, а также субъектами Российской Федерации самостоятельно.

Не требуется регистрации в качестве юридического лица при осуществлении предпринимательской деятельности в форме крестьянского (фермерского) хозяйства. Как определено действующим законодательством,

крестьянское (фермерское) хозяйство представляет собой объединение граждан, связанных родством или свойством, имеющих в общей собственности имущество и совместно осуществляющих производственную и иную хозяйственную деятельность (производство, переработку, хранение, транспортировку и реализацию сельскохозяйственной продукции), основанную на их личном участии (ст. 86.1 ГК РФ, ст. 1 Федерального закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»).

Крестьянское (фермерское) хозяйство может быть создано одним гражданином. В этом случае такой гражданин является главой фермерского хозяйства. Главой фермерского хозяйства может также быть гражданин, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя.

Как отмечалось выше, самозанятые граждане и крестьянские (фермерские) хозяйства освобождены от обязанности проходить регистрацию в качестве индивидуальных предпринимателей и юридических лиц. Для них на государственном уровне предусмотрены иные формы учета. Наиболее обширным является налоговый учет, который включает как учет лиц в качестве налогоплательщиков, так и учет субъектов предпринимательской деятельности, освобожденных от налогообложения.

Согласно подп. 70 ст. 217 Налогового кодекса Российской Федерации доходы самозанятых граждан освобождаются от налогообложения, если такие граждане поставлены на учет в налоговых органах. Постановка на учет физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями и оказывающих услуги физическим лицам для личных нужд, осуществляется на основе соответствующих уведомлений, подаваемых по месту жительства гражданина.

Федеральный закон о крестьянских (фермерских) хозяйствах также предусматривает обязательность их государственной регистрации. Статья 10 данного закона содержит правило, согласно которому крестьянское (фермерское) хозяйство считается созданным с момента его государственной регистрации. Налоговыми органами в этих целях осуществляется специальная административная процедура государственной регистрации крестьянского (фермерского хозяйства).

Помимо того, что государство стремится обеспечить наиболее полную учетную дисциплину, из приведенных примеров просматривается, что система государственного учета субъектов предпринимательской деятельности имеет два уровня: общий регистрационный учет и специальный, применяемый в целях конкретной сферы государственного управления.

Успешное прохождение процедуры регистрации в качестве того или иного хозяйствующего субъекта означает, что лицо может приступать к осуществлению предпринимательской деятельности. Вместе с тем в отношении отдельных видов деятельности государством вводится требование о получении разрешения (лицензии) на занятие ими.

Лицензией именуется специальное разрешение на право осуществления юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем конкретного вида деятельности (выполнения работ, оказания услуг, составляющих ли-

цензируемый вид деятельности), которое подтверждается документом, выданным лицензирующим органом на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного электронной подписью. Деятельность соответствующих органов по предоставлению, переоформлению лицензий, продлению срока их действия, осуществлению лицензионного контроля, приостановлению, возобновлению, прекращению действия и аннулированию лицензий, по предоставлению в установленном порядке информации по вопросам лицензирования, т.е. лицензирование, реализуется в административных процедурах [18. С. 33].

В научной литературе понятие лицензирования иногда связывается с установлением государством обязательных условий для реализации гражданами и организациями своих прав и свобод. Лицензируемая деятельность рассматривается как запрещенная при определенных условиях, а получение разрешения (лицензии) мыслится как легальный способ преодоления установленного запрета. Такая позиция высказывается, в частности, в научной работе Ю.К. Валяева [19. С. 24].

Подобный подход находит отклик и в правоприменительной деятельности. В п. 2 Обзора судебной практики по вопросу применения арбитражными судами положений гл. 14 КоАП РФ приведен следующий пример. К административной ответственности по ч. 2 ст. 14.1 КоАП РФ (осуществление предпринимательской деятельности без лицензии) и ч. 2 ст. 14.16 КоАП РФ (оборот алкогольной продукции без сопроводительных документов) привлекался индивидуальный предприниматель. Событие совершенного им административного правонарушения состояло в хранении алкогольной продукции без лицензии и сопроводительных документов. В этом примере деятельность индивидуального предпринимателя по хранению алкогольной продукции прямо названа запрещенной – на том основании, что закон не допускает для таких хозяйствующих субъектов возможности получения лицензии на ее осуществление.

С нашей стороны, с этой позицией сложно согласиться. Правовая наука выделяет три фундаментальных способа правового регулирования: дозволение, позитивное обязывание и запрет. Правовой запрет должен быть прямо выражен в законе либо устанавливаться посредством конструкций юридической ответственности. В приведенном выше примере можно говорить об административно-правовом запрете, если принять во внимание диспозицию ч. 2 ст. 14.1 КоАП РФ, устанавливающей административную ответственность за осуществление предпринимательской деятельности без разрешения (лицензии), если необходимость получения такого разрешения (лицензии) предусмотрена законом. Однако обзор судебной практики, говоря о запрете, отсылает к положениям ст. 16 Закона о государственном регулировании производства и оборота алкогольной продукции, согласно которым индивидуальный предприниматель в сфере производства и оборота алкогольной и спиртосодержащей продукции вправе осуществлять розничную продажу пива, пивных напитков, сидра, пуаре, медовухи и розничную продажу пива, пивных напитков, сидра, пуаре, медовухи при ока-

зании услуг общественного питания. Индивидуальные предприниматели, признаваемые сельскохозяйственными товаропроизводителями, вправе хранить и продавать произведенные ими вина, игристое вино (шампанское).

Содержание приведенных положений свидетельствует, что запрет на хранение индивидуальным предпринимателем алкогольной продукции, вытекающий из Закона о государственном регулировании производства и оборота алкогольной продукции, отсутствует. На практическом уровне происходит подмена фундаментальных понятий теории права, когда правовой запрет приравнивается к отсутствию субъективного права.

Разрешение (лицензирование) – это функция управления, реализуемая государством с целью предупреждения природных, техногенных, социальных и других катаклизмов, ставящих под угрозу человеческие жизни и благополучие общества в целом [18. С. 33]. Лицензия выдается на деятельность, которая должна находиться под усиленным государственным контролем, поскольку таит в себе опасность возникновения чрезвычайной ситуации, причинения вреда жизни и здоровью человека, окружающей среде. Именно так обозначены цели лицензирования в Законе о лицензировании: предотвращение ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, обороне и безопасности государства, возможность нанесения которого связана с осуществлением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями отдельных видов деятельности. Осуществление лицензирования отдельных видов деятельности в иных целях закон не допускает. «Опасность» деятельности является критерием ее отнесения к лицензируемым видам (ст. 2 Закона о лицензировании).

Суть разрешения не в предоставлении права физическому или юридическому лицу совершать «запрещенные» действия, а в обеспечении квалифицированного, технически и технологически обоснованного, безопасного осуществления соответствующей деятельности. Например, перед государством стоят трудные задачи рационального и комплексного использования недр. Как собственник недр, государство не запрещает пользование недрами, а наоборот, предоставляет право пользования заинтересованным лицам в целях получения прибыли. Однако, учитывая специфику данного вида работ, связанных с повышенной опасностью недропользования, государство устанавливает процедуры получения разрешительной документации, постоянно совершенствует лицензионно-разрешительную систему в этой области [19. С. 35].

Лицензирование признается достаточно жестким механизмом допуска хозяйствующих субъектов к предпринимательской деятельности, серьезным административным барьером для ее осуществления. По этой причине законодатель вынужден регулярно проводить ревизию лицензируемых видов деятельности с тем, чтобы устранить избыточное, дублирующее лицензирование. Также в целях обеспечения гибкости государственного управления, достижения оптимального баланса между публичными

и частными интересами предусматриваются альтернативные механизмы административного воздействия на правоотношения в сфере предпринимательства. Одним из таких механизмов является аккредитация [7. Р. 6].

В научной литературе аккредитация определяется как вид административно-правового режима, метод административно-правового воздействия, применяемый в целях регулирования экономических отношений для подтверждения компетентности субъекта в осуществляемой им области деятельности, соответствия содержания и качества проводимых работ и услуг установленным требованиям [20. С. 21; 21. С. 24].

Аккредитация является эффективным инструментом, когда государство заинтересовано обеспечить определенное качество предпринимательской деятельности в том или ином ее сегменте. Посредством аккредитации проверяется способность хозяйствующего субъекта проводить работы, оказывать услуги на должном уровне, в том числе наличие у него соответствующей материально-технической базы, необходимого числа квалифицированных работников и т.п. В ходе аккредитации государственный орган признает в официальном порядке право лица (субъекта предпринимательской деятельности) на выполнение работ, предоставление услуг или осуществление деятельности, связанной с реализацией отдельных видов товаров. Аккредитующий орган, оценивая претендующего на аккредитацию субъекта, удостоверяет возможность осуществления им на профессиональной основе деятельности, гарантирует заинтересованным лицам, что аккредитованные субъекты предоставят качественные услуги, товары или работы.

Аккредитация является процедурой, т.е. это определенный порядок действий, установленный нормативными правовыми актами в целях подтверждения компетентности субъекта. В ходе этой процедуры заявитель должен представить исчерпывающие сведения, доказывающие его способность выполнять вид деятельности, подлежащий аккредитации, как правило, требующий специальных познаний и привлечения соответствующих специалистов, наличия профильной техники и расходных материалов, и обеспечивать проверенный результат этой деятельности.

Фактически процедура аккредитации сводится к квалификационной проверке и оценке органом, наделенным полномочиями по аккредитации, аккредитуемого лица, в частности организации, на его соответствие требованиям по профессиональной компетентности, независимости и легитимности, т.е. на соответствие определенным уровням объективного качества (пригодности) [22. С. 108].

Несмотря на отмечаемые преимущества аккредитации перед лицензированием, на сегодняшний день этот метод регулирования имеет применение в единичных сегментах предпринимательской деятельности. Это деятельность, связанная с оказанием:

- услуг по сертификации и декларированию соответствия продукции;
- услуг в сфере обеспечения единства измерений;
- образовательных услуг;

- услуг в области охраны труда;
- услуг, связанных с обеспечением режима электронного подписи¹.

Необходимо отметить, что аккредитация имеет достаточно противоречивую правовую природу, поскольку используется еще и с тем, чтобы передать хозяйствующим субъектам часть государственных функций. Если в процессе аккредитации подтверждается способность гражданина, организации проводить работы, оказывать услуги с соблюдением установленных требований и стандартов, ему может быть предоставлено право выдачи документов государственного образца о соответствующем уровне работ, выпуска продукции и т.д. [23. Р. 336].

Согласно ст. 1 Федерального закона «Об аккредитации в национальной системе аккредитации» аккредитация применяется в отношении юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, привлекаемых органами, уполномоченными на осуществление государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля к проведению мероприятий по контролю, а также юридических лиц, индивидуальных предпринимателей в соответствии с федеральными законами «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения», «О семеноводстве», Градостроительным кодексом Российской Федерации.

Полномочия, в отношении которых юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем получена аккредитация, могут осуществляться на безвозмездной и возмездной основе: участие хозяйствующих субъектов в контрольных, санитарно-эпидемиологических мероприятиях является неоплачиваемым, а, например, работы по обязательному подтверждению соответствия подлежат оплате на основании договора с заявителем. Об этом прямо говорит ст. 23 Федерального закона «О техническом регулировании». Это обстоятельство, а также преимущественная организационно-правовая форма, некоторые иные показатели позволяют говорить об оценке соответствия как о предпринимательской деятельности.

Вместе с тем отдельные работы по подтверждению соответствия проводятся только государственными органами. Этим обуславливается существование в указанной области административных процедур, которые в контексте настоящего исследования можно рассматривать как самостоятельный вид – административные процедуры подтверждения соответствия [24. Р. 185].

Как правило, деятельность исполнительных органов по подтверждению соответствия продукции требованиям технических регламентов, документам по стандартизации представлена сертификацией, т.е. результатом административной процедуры является выдача заявителю сертификата.

Необходимость сохранения государственных полномочий в области подтверждения соответствия объясняется теми же причинами, что и в лицензировании. В большинстве случаев продукция, работы и услуги, под-

¹ В данном перечне мы не учитываем аккредитацию специалистов в определенных областях, поскольку, как правило, их деятельность является профессиональной, а не предпринимательской.

лежащие сертификации государственными органами, содержат в себе риск причинения вреда, возникновения чрезвычайной ситуации.

Административные процедуры подтверждения соответствия имеют место, в частности, в сфере допуска к эксплуатации воздушных судов. Согласно ст. 27 Воздушного кодекса Российской Федерации предусматривается обязательная сертификация гражданских воздушных судов, авиационных двигателей и воздушных винтов нового типа, беспилотных авиационных систем и их элементов.

Обязательная сертификация завершается выдачей сертификата типа, если в ходе проведения сертификации установлено, что объекты соответствуют требованиям к летной годности и к охране окружающей среды и конструкция гражданских воздушных судов, авиационных двигателей и воздушных винтов нового типа признана в качестве типовой. Гражданское воздушное судно, авиационный двигатель и воздушный винт, беспилотная авиационная система и (или) ее элемент, конструкция которых признана в качестве типовой, в процессе серийного производства проходят в установленном порядке испытания и проверки, завершающиеся выдачей гражданскому воздушному судну сертификата летной годности.

Сертификат типа и сертификат летной годности выдаются уполномоченным на то органами государства, в которых зарегистрировано воздушное судно. Указанные документы удостоверяют, что конструкции и характеристики гражданского воздушного судна, беспилотной авиационной системы и ее элемента, авиационного двигателя и воздушного винта соответствуют их типовым конструкциям, а их изготовление – необходимым требованиям.

Порядок обязательной сертификации воздушных судов, авиационных двигателей, воздушных винтов, форма сертификата летной годности и порядок его оформления устанавливаются федеральными авиационными правилами (ст.ст. 26, 27 Воздушного кодекса Российской Федерации).

Административные процедуры подтверждения соответствия применяются также в области санитарно-эпидемиологического благополучия населения, ветеринарной безопасности и др.

Качество выпускаемой хозяйствующими субъектами продукции, оказываемых услуг и выполняемых работ может обеспечиваться не только путем подтверждения соответствия, но и с использованием механизма государственной регистрации, реализуемого в соответствующих административных процедурах. Такой метод административно-правового воздействия позволяет оптимально распределять контрольную функцию между государственными органами и коммерческими организациями, возлагая на последних полномочия по проведению лабораторных испытаний, экспертизы соответствия объекта требованиям нормативных документов. Например, действующим законодательством предусмотрена государственная регистрация лекарственных средств.

В соответствии со ст. 13 Федерального закона «Об обращении лекарственных средств» допускаются производство, изготовление, хранение,

перевозка, ввоз в Российскую Федерацию, вывоз из Российской Федерации, реклама, отпуск, реализация, передача, применение, уничтожение лекарственных препаратов, если они зарегистрированы соответствующим уполномоченным федеральным органом исполнительной власти. Государственная регистрация лекарственных препаратов осуществляется по результатам экспертизы лекарственных средств, а государственная регистрация орфанных лекарственных препаратов – по результатам экспертизы нормативной документации и по результатам экспертизы лекарственных средств.

Содержание экспертизы лекарственных препаратов различается в зависимости от того, для какого применения они предназначаются – медицинского или ветеринарного. Экспертиза лекарственных препаратов для медицинского применения включает в себя: экспертизу документов, представленных для определения возможности рассматривать лекарственный препарат для медицинского применения для лечения орфанных заболеваний; экспертизу предложенных методов контроля качества лекарственного средства и качества представленных образцов лекарственного средства с использованием этих методов; экспертизу отношения ожидаемой пользы к возможному риску применения лекарственного препарата. Экспертиза лекарственных препаратов для ветеринарного применения включает в себя экспертизу качества лекарственного средства и экспертизу отношения ожидаемой пользы к возможному риску применения лекарственного препарата.

Гражданское законодательство определяет предпринимательскую деятельность как связанную с извлечением прибыли от использования имущества, подразумевая, что таковое находится в собственности предпринимателя. Вместе с тем значительный сектор предпринимательства построен на использовании природных ресурсов, доминирующей собственностью на которые обладает государство, а также окружающей среды.

В Российской Федерации разрешается пользование животным миром путем охоты, рыболовства, изъятия животных из среды обитания, а также использование экологических ресурсов путем выброса вредных веществ и отходов производства. Такое пользование не является безграничным и построено на ряде принципов, в числе которых – бережное отношение к природе, сохранение и воспроизведение природных ресурсов, обеспечение устойчивого существования и устойчивого использования окружающей среды.

В отношении природных ресурсов существует реальная опасность их истощения, ввиду чего государством вводятся специальные меры, направленные на ограничение их потребления – нормирование и квотирование.

Согласно Федеральному закону «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон об охоте) охотничьи угодья могут предоставляться в пользование юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям на основании охотхозяйственных соглашений. Для государства заключение таких соглашений означает возможность привлечения инвестиций в проведение мероприятий по сохранению охотничьих ресурсов и среды их обитания и создание охотничьей инфраструктуры, для хо-

зяйствующих субъектов – извлечение прибыли посредством добычи охотничьих ресурсов либо предоставления услуг по организации любительской охоты. В целях регулирования этой деятельности законом вводится нормирование в области охоты и сохранения охотничьих ресурсов, устанавливаются лимиты и квоты добычи охотничьих ресурсов.

Поддержание охотничьих ресурсов в состоянии, позволяющем сохранить их численность в пределах, необходимых для их расширенного воспроизводства, обеспечивается путем разработки, установления и соблюдения нормативов допустимого изъятия охотничьих ресурсов, а также нормативов численности охотничьих ресурсов в охотничьих угодьях и нормативов биотехнических мероприятий.

На основе нормативов допустимого изъятия охотничьих ресурсов исчисляется лимит их добычи, в котором также учитываются численность животных, размещение в среде обитания, динамика состояния и среды их обитания, данные статистического наблюдения и т.п. Лимит утверждается для каждого субъекта Российской Федерации его высшим должностным лицом, и в соответствии с ним определяется объем допустимой годовой добычи охотничьих ресурсов.

Квота добычи охотничьих ресурсов – часть лимита добычи охотничьих ресурсов, определяется в отношении каждого охотничьего угодья, закрепленного за юридическим лицом либо индивидуальным предпринимателем на основании охотхозяйственного соглашения. Квоты устанавливаются органами государственными власти субъектов Российской Федерации в порядке реализации переданных им федеральных полномочий по заявкам, предоставленным юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями.

Квотированием представлен детальный механизм исчисления объема изымаемых из природной среды ресурсов и их распределения между хозяйствующими субъектами. В случае, когда определение предельного объема использования ресурса является сложным с научной и технической точки зрения, законодатель использует механизм ограничения предпринимательства, выраженный в доведении до юридических лиц и индивидуальных предпринимателей нормативов хозяйственной деятельности в соответствующей сфере производства, торговли, оказания услуг.

Федеральным законом «Об охране окружающей среды» введено понятие «нормативы допустимого воздействия на окружающую среду». Это обобщенное понятие, которое включает в себя нормативы допустимого изъятия компонентов природной среды (об одном из таких нормативов мы писали выше), а также нормативы допустимых выбросов и сбросов веществ и микроорганизмов, нормативы образования отходов производства и потребления и лимиты на их размещение, нормативы допустимых физических воздействий (количество тепла, уровни шума, вибрации, ионизирующего излучения, напряженности электромагнитных полей и иных физических воздействий), нормативы допустимой антропогенной нагрузки на окружающую среду, нормативы иного допустимого воздействия на окружа-

ющую среду при осуществлении хозяйственной и иной деятельности, устанавливаемые законодательством Российской Федерации и законодательством субъектов Российской Федерации в целях охраны окружающей среды.

Ряд указанных нормативов устанавливается применительно к конкретным хозяйствующим субъектам либо к эксплуатируемым ими производственным объектам. Например, нормативы образования отходов и лимитов на их размещение разрабатываются самостоятельно юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями, в процессе хозяйственной деятельности которых образуются отходы, в соответствии с установленными методическими рекомендациями. Нормативы подлежат утверждению уполномоченным органом исполнительной власти, в целях их соблюдения хозяйствующие субъекты осуществляют производственный контроль и представляют соответствующую отчетность. Превышение нормативов влечет административную ответственность, а также гражданско-правовую ответственность вследствие причинения вреда.

Таким образом, нормирование и квотирование представляют собой определенный механизм наделения субъектов предпринимательской деятельности правом на использование природного ресурса в определенных пределах. Этот механизм, как правило, носит заявительный характер и связан с реализацией органом исполнительной власти специального полномочия по принятию решения о предоставлении такого права. Нормирование и квотирование отвечают признакам административной процедуры.

Проведенный анализ позволяет нам выделить основные виды административных процедур в предпринимательской деятельности. К ним относятся: процедуры по регистрации хозяйствующих субъектов; лицензирование и иные процедуры, связанные с предоставлением допуска к осуществлению отдельных видов деятельности; процедуры, применяемые в целях подтверждения качества выпускаемой юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями продукции, выполняемых работ, оказываемых услуг, их соответствия установленным требованиям; процедуры в сфере регулирования объема пользования природными ресурсами.

Заключение

В заключение настоящей статьи отметим, что классификация видов административных процедур не ограничивается приведенной. Можно систематизировать виды административных процедур как по их назначению, субъектам и участникам, так и по способам решения задач. Имеются в виду такие процедуры, как переговорно-согласительные, организационные, функциональные, контрольные, координационные, демократические (социальные) и т.п. [25. С. 33]. Однако при применении таких классификаций необходимо иметь в виду, что зачастую они выходят за пределы понимания административных процедур как элемента позитивной управленческой деятельности государства и включают, в частности, внутриведомственные процедуры, процедуры принятия актов управления, охранительные проце-

дуры [26. С. 206–210]. С учетом этого мы предпочли сосредоточиться на изучении лишь избранной нами классификации, считая ее более точно отражающей содержание административных процедур.

Литература

1. Wilson W. The Study of Administration // Political Science. 1887. Quarterly 2 June. URL: web.jjay.cuny.edu/~phara/WilsononAdmin.htm
2. Gaster L. Quality in Public Services. Buckingham : Open University Press, 1995. 65 p.
3. Keping Yu. Innovations and Excellence in Local Chinese Governance. Beijing : Dilban, 2002. URL: www.innovations.harvard.edu/china.html
4. Garsten C., De Montoya M.L. Transparency in a New Global Order: Unveiling Organizational Visions. Edward Elgar Publishing limited, 2008. 297 p.
5. Барциц И.Н. Приоритетные направления совершенствования административных процедур // Государство и право. 2008. № 3. С. 5–11.
6. Дегтярева Е.А. Административные процедуры : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14. Ростов н/Д, 2007. 26 с.
7. Sole P. Good Administration and administrative procedures. URL: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol12/iss2/10/>
8. Душакова Л.А. Административные процедуры в системе государственного регулирования предпринимательской деятельности // Бизнес в законе. 2013. № 6. С. 95–99.
9. Зубарев С.М. К вопросу о сущности контрольных процедур в государственном управлении // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 5. С. 118–128.
10. Spicker P. Europe risks undermining public services. URL: www.publicserviceeurope.com/article/298/europe-risks-undermining-public-services
11. Сорокин В.Д. Административно-процессуальное право : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / подг. А.И. Каплуновым. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. 576с.
12. Cavallaro M.C. Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati // Diritto amministrativo. 2015. № 1. P. 121–148.
13. Croley S.P. Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process. Colum. L. Rev. 1998. Vol. 98. URL: <https://ssrn.com/abstract=11407>
14. Galetta D.U. La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo // Rivista italiana di diritto pubblico comunitario. 2016. № 5. P. 121–134.
15. Давыдов К.В. Административная процедура: стадии возбуждения и рассмотрения административного дела // Административное право и процесс. 2017. № 8. С. 13–18.
16. Moore M. Break-through innovations and continuous improvement: Two different models of innovative processes in the public sector // Public Money and Management. 2005. № 25. P. 43–50.
17. Lynn L. Innovation and the public interest: insights from the private sector // Innovation in American government / A. Alchuler, R. Behn (eds.). Washington, DC : Brookings Institution, 1997. 130 p.
18. Разрешительная система в Российской Федерации : науч.-практ. пособие / под ред. А.Ф. Ноздрачева. М. : ИНФРА-М, 2015. 32 с.
19. Валяев Ю.К. Метод административных разрешений в механизме административно-правового регулирования // Вестник Московского университета МВД России. 2009. № 2. С. 181–184.
20. Савостин А.А. Аккредитация как метод административно-правового регулирования общественных отношений // Современное право. 2005. № 9. С. 34–36.
21. Спектор Е.И. Правовое регулирование режима аккредитации // Право и экономика. 2004. № 1. С. 3–11.

22. Купреев С.С. Аккредитация как современный метод административно-правового воздействия // *Административное право и процесс*. 2013. № 5. С. 28–30.
23. Light P. *Sustaining Innovation: Creating Non-profit and Government Organizations that Innovate Naturally*. San Francisco : Jossey-Bass, 1998. 336 p.
24. Pollitt C., Bouckaert G. *Public Management Reform: a Comparative Analysis*. Oxford : Oxford University Press, 2000. 185 p.
25. Административная реформа в России : науч.-практ. пособие / под ред. С.Е. Нарышкина, Т.Я. Хабриевой. М., 2006. 57с.
26. Ведяшкин С.В. Административные процедуры охранительной направленности // *Вестник Томского государственного университета*. 2017. № 422. С. 206–210.

Starostin Sergey A., Moscow State Law University named after O.E. Kutafin (Moscow, Russian Federation)

ACTUAL PROBLEMS OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES IN BUSINESS

Keywords: administrative procedures, administrative procedures in business activities, administrative offences, administrative responsibility.

DOI: 10.17223/22253513/36/9

Public administration in the sphere of entrepreneurship implies the development and implementation of organizational and legal mechanisms guaranteeing sustainability, transparency, security, control of such activities, and fulfillment of related obligations by economic entities. When carrying out business activities, a legal entity or an individual entrepreneur is a special subject of administrative and legal regulation. Not to assess the importance and role of administrative procedures in ensuring the implementation of business activities means to create an insurmountable barrier in the implementation of the entire market mechanism in the Russian Federation.

A set of administrative and procedural proceedings, which include a variety of relatively independent administrative procedures, is of particular importance in the current conditions. The classification of administrative procedures is extremely diverse. It is possible to systematize the types of administrative procedures both by their purpose, subjects and participants and by the way problems are solved. These include such procedures as negotiation and conciliation, organizational, functional, control, coordination, democratic (social) and other ones.

However, when applying such classifications we should remember that they often go beyond understanding administrative procedures as an element of positive management activities of the State and include, inter alia, internal procedures, procedures for the adoption of acts of administration, and protection procedures. Taking this into account, we prefer to focus on studying only the classification we have chosen, considering it more accurately reflects the content of administrative procedures.

Administrative procedures have significant specifics concerning administrative liability procedures, monitoring and supervision procedures. This specificity must necessarily be taken into account both in theoretical developments and in the practical application of the knowledge, especially in the implementation of the concept of a single administrative process.

References

1. Wilson, W. (1887) *The Study of Administration. Political Science*. 2. [Online] Available from: web.jjay.cuny.edu/~phara/WilsononAdmin.htm
2. Gaster, L. (1995) *Quality in Public Services*. Buckingham: Open University Press.
3. Keping, Yu. (2002) *Innovations and Excellence in Local Chinese Governance*. Beijing: Dilban. [Online] Available from: www.innovations.harvard.edu/china.html

4. Garsten, C. & De Montoya, M.L. (2008) *Transparency in a New Global Order: Unveiling Organizational Visions*. Edward Elgar Publishing limited.
5. Bartsits, I.N. (2008) Prioritetnye napravleniya sovershenstvovaniya administrativnykh protsedur [Priority areas for improving administrative procedures]. *Gosudarstvo i pravo – State and Law*. 3. pp. 5–11.
6. Degtyareva, E.A. (2007) *Administrativnye protsedury* [Administrative procedures]. Abstract of Law Cand. Diss. Rostov-on-the Don.
7. Sole, P. (2005) Good Administration and administrative procedures. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 12(2). [Online] Available from: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol12/iss2/10/>
8. Dushakova, L.A. (2013) Administrativnye protsedury v sisteme gosudarstvennogo regulirovaniya predprinimatel'skoy deyatel'nosti [Administrative procedures in the system of state regulation of entrepreneurial activity]. *Biznes v zakone*. 6. pp. 95–99.
9. Zubarev, S.M. (2016) To the question about the nature of control procedures in public administration. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina (MGYuA) – Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. 5. pp. 118–128. (In Russian).
10. Spicker, P. (n.d.) *Europe risks undermining public services*. [Online] Available from: www.publicserviceeurope.com/article/298/europe-risks-undermining-public-services
11. Sorokin, V.D. (2008) *Administrativno-protsessual'noe pravo* [Administrative procedural law]. 2nd ed. St. Petersburg: Yurid. tsentr Press.
12. Cavallaro, M.C. (2015) Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei private. *Diritto amministrativo*. 1. pp. 121–148.
13. Croley, S.P. (1998) Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process. *Columbia Law Review*. 98. [Online] Available from: <https://ssrn.com/abstract=11407> DOI: 10.2307/1123396
14. Galetta, D.U. (2016) La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*. 5. pp. 121–134.
15. Davydov, K.V. (2017) Administrative Procedure: Administrative Case Initiation and Review Stages. *Administrativnoe pravo i protsess – Administrative Law and Procedure*. 8. pp. 13–18. (In Russian).
16. Moore, M. (2005) Break-through innovations and continuous improvement: Two different models of innovative processes in the public sector. *Public Money and Management*. 25. pp. 43–50.
17. Lynn, L. (1997) Innovation and the public interest: insights from the private sector. In: Alchuler, A. & Behn, R. (eds) *Innovation in American government*. Washington, DC: Brookings Institution.
18. Nozdrachev, A.F. (ed.) (2015) *Razreshitel'naya sistema v Rossiyskoy Federatsii* [The licensing system in the Russian Federation]. Moscow: INFRA-M.
19. Valyaev, Yu.K. (2009) Metod administrativnykh razresheniy v mekhanizme administrativno-pravovogo regulirovaniya [Administrative permissions in the administrative and legal regulation]. *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii*. 2. pp. 181–184.
20. Savostin, A.A. (2005) Akkreditatsiya kak metod administrativno-pravovogo regulirovaniya obshchestvennykh otnosheniy [Accreditation as a method of administrative and legal regulation of public relations]. *Sovremennoe pravo*. 9. pp. 34–36.
21. Spektor, E.I. (2004) Pravovoe regulirovanie rezhima akkreditatsii [Legal regulation of the accreditation regime]. *Pravo i ekonomika*. 1. pp. 3–11.
22. Kupreev, S.S. (2013) Accreditation as a modern method of administrative-legal impact. *Administrativnoe pravo i protsess – Administrative Law and Procedure*. 5. pp. 28–30. (In Russian).
23. Light, P. (1998) *Sustaining Innovation: Creating Non-profit and Government Organizations that Innovate Naturally*. San Francisco: Jossey-Bass.

24. Pollitt, C. & Bouckaert, G. (2000) *Public Management Reform: a Comparative Analysis*. Oxford: Oxford University Press.

25. Naryshkin, S.E. & Khabrieva, T.Ya. (eds) (2006) *Administrativnaya reforma v Rossii* [Administrative Reform in Russia]. Moscow: [s.n.].

26. Vedyashkin, S.V. (2017) Administrative procedures of protective direction. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal*. 422. pp. 206–210. (In Russian). DOI: 10.17223/15617793/422/29

УДК 343.1

DOI: 10.17223/22253513/36/10

Э.В. Суслин, С.В. Назаров

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

С позиции теории права анализируется содержание понятия «судейское усмотрение» применительно к уголовно-процессуальной деятельности. Рассматриваются вопросы, касающиеся судейского усмотрения в соотношении с внутренним убеждением судьи, правосознанием и нравственностью, законом и совестью. Обосновывается необходимость разумного использования категории «усмотрение» при осуществлении правосудия.

Ключевые слова: судейское усмотрение, внутреннее убеждение, пределы полномочий, правосудие.

Достаточно продолжительное время среди ученых-правоведов идет дискуссия о правовой неопределенности и судейском усмотрении. И если с точки зрения теоретических основ философии права определены четкие воззрения на предложенные позиции, то с позиции современной юридической науки и практики правоприменения остается множество вопросов, требующих дальнейшего исследования. Однако даже полемика между Гербертом Хартом и Рональдом Дворкином, составляющая классику современной философии права, сохраняет свою значимость и по сей день [1. С. 21–27].

Актуальность обращения к данной теме в современном отечественном контексте обусловлена ее существенной спецификой, связанной с уголовной политикой, экономическими и политическими метаморфозами, влияющими на содержание целого ряда ключевых аспектов судейского усмотрения (правоприменения), как значимых для создания продвинутой правовой теории и методологии, так и влияющих на организацию эффективной юридической практики.

Необходимо отметить, что мы не рассматриваем понятия «судебное усмотрение» и «судейское усмотрение» как тождественные, несущие в себе одинаковое юридическое наполнение. Наоборот, в данных терминах содержится принципиальное различие, относящееся к субъекту, отображающему «усмотрение». В первом случае речь идет об отображении судебного усмотрения применительно к суду как органу (ветви) власти, обеспечивающему правосудие, включающему в себя судей и аппарат суда. В Российской Федерации действуют федеральные суды, конституционные (уставные) суды и мировые судьи субъектов Российской Федерации, составляющие судебную систему Российской Федерации. Суды осуществ-

ляют судебную власть самостоятельно, независимо от чьей бы то ни было воли, подчиняясь только Конституции Российской Федерации и закону, на основании чего можно утверждать, что самостоятельность судов как органов власти выражается в том числе и в изложении различных позиций по правовым вопросам (обобщения практики работы, особых мнений). К данным органам можно отнести и органы судейского сообщества, формируемые в установленном федеральным законом [2] порядке для выражения интересов судей как носителей судебной власти.

Второй термин – «судейское усмотрение» – более узок по сравнению с первым и непосредственно представляет собой правовое явление, соотносимое с деятельностью конкретного судьи либо коллегии судей.

В понимании содержания и сущности «судейского усмотрения», возникающего в процессе принятия законного решения по конкретному делу, целесообразнее говорить как раз о судебском усмотрении. Именно при выполнении судейской функции в судебном процессе судья пользуется правом выбора, когда каждый из открытых для него вариантов решения допускается с точки зрения права. В контексте нашего исследования мы будем использовать термин «судейское усмотрение».

В настоящее время законодательного определения судейского усмотрения не существует, однако отдельные нормы законодательства, и в частности действующее уголовно-процессуальное законодательство, содержат термин «усмотрение», но не дают ему определения и не раскрывают его содержания. В ряде случаев предоставление определенной свободы выбора конкретного решения вытекает из конструкции правовой нормы. В уголовно-процессуальном праве усмотрение суда рассматривается как аспект правоприменительной деятельности, в рамках которой суду предоставлены правомочия в соответствии со своим правосознанием, исходя из принципов материального и процессуального права и морали.

Так, в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации термин «усмотрение» встречается шесть раз: три раза в отношении следователя – ч. 6 ст. 115, ч. 1 ст. 191, ч. 1.1 ст. 170; три раза в отношении судьи – ч. 2 ст. 256, ч. 1 ст. 280 и ч. 5 ст. 317.1 УПК РФ. Между тем само усмотрение суда перечисленными нормами не ограничено. Понятие «убеждение» зафиксировано пять раз: в ст. 17 УПК РФ – относительно к судье, следователю и другим лицам; в ч. 7 ст. 246 – к обвинителю; в ч. 7 ст. 326 и ч. 1 ст. 332 – к присяжным заседателям; в ч. 1 ст. 464 – к выдаче лиц. Понятие «инициатива», которое также подразумевает вариативность поведения, по тексту закона встречается 34 раза. В 60 местах присутствует понятие «мнение».

Общие законодательные формулировки, которые можно соотносить с обозначенными выше категориями, в других нормах уголовно-процессуального права зачастую подвержены детализации, делающей модель правоотношений более конкретной и тем самым в какой-то степени ограничивающей сферу судейского усмотрения [3. С. 86]. Однако это еще не говорит о том, что судейское усмотрение по конкретному уголовному делу представляет собой лишь относительную свободу выбора, так как размытость границ

законодательных предписаний чревата субъективизмом при принятии решений судьей.

Отсутствие в уголовно-процессуальном законодательстве определения судебного усмотрения сопряжено с тем, что это один из сложнейших вопросов современной теории уголовного процесса. Нормативно-правовая структура современного УПК РФ, обеспечивающая формальный стандартизированный подход, тесно переплетена с морально-этическими категориями оценочного характера – справедливостью и совестью, что приводит к определенным противоречиям при применении предложенных законодателем критериев.

Предложенные ранее определения судебного усмотрения, на наш взгляд, несколько ошибочны в связи с тем, что значение слова «усмотрение» достаточно сложно выделить по причине его отсутствия в большом количестве словарей¹, из-за чего ученые рассматривали синонимы либо соотносимые понятия, хоть и близкие, но не отражающие суть изучаемого понятия, что, естественно, приводило к дисбалансу терминологического понимания. Постараемся обосновать свою позицию, так как в науке термин «понятие» должен употребляться в его точном, формально-логическом значении.

Так, некоторые авторы [4. С. 829; 5. С. 445] свою позицию основывают на выборке понятий из словаря русского языка С.И. Ожегова² и словаря русского языка под редакцией А.П. Евгеньевой³, где термин «усмотрение» определяется через ряд синонимов: решение, заключение, мнение. Далее поясняется, что «усмотреть» означает «установить, обнаружить, признать». Усмотреть – это прийти к заключению о наличии чего-либо, признать существующим. Как видим, большинство наиболее популярных толковых словарей русского языка понимает усмотрение как мнение, решение или заключение, а термин «усмотреть» означает «прийти к определенному выводу». В связи с этим авторы делают следующее умозаключение: термин «усмотреть» означает «прийти к определенному выводу».

Арон Барак отмечает: «Для меня усмотрение – это полномочие, данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя или более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна» [6. С. 13].

Другие авторы предлагают рассматривать усмотрение как «права на принятие процессуального решения» [7. С. 392; 8. С. 7].

¹ Проанализированы более десяти словарей: Большая советская энциклопедия : в 30 т. / под ред. А.М. Прохорова и др. 3-е изд. М. : Сов. энцикл., 1976. Т. 25 600 с.; Большая энциклопедия : в 62 томах. М. : ТЕРРА, 2006. Т. 53. 592 с.; Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка : современное написание : в 4 т. М. : Астрель : АСТ, 2006. Т. 4. 1146 с.; Этика : энцикл. словарь / под ред. Р.Г. Апреяна. М. : Гардарики, 2001. 671 с.; Цыганенко Г.П. Этимологический словарь русского языка. Киев : Радянська школа, 1970. 599 с.; Философский энциклопедический словарь. М. : ИНФРА-М, 2002. 576 с. и др.

² Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1972. С. 771.

³ Словарь русского языка : в 4 т. / А.П. Евгеньева [и др.]. М., 1999. Т. 4: С–Я. С. 520.

Словарь же синонимов русского языка¹ выдает сразу восемь синонимов к слову «усмотрение»: благоразумие, благоусмотрение, заключение, мнение, рассудительность, решение, суждение, усматривание, – каждый из которых осмысливается по-разному.

Анализ приведенных точек зрения свидетельствует о том, что авторы пытались обосновать приводимые законодателем формулировки, «подтянуть» и оправдать их применение. Хотя на проверку содержание данного термина, приводимые трактовки и их смысловое содержание вызывают сомнения в правильности.

В десяти изученных нами словарях слово «усмотрение» вообще отсутствует, в других словарях это слово несет совсем другую понятийную нагрузку, например:

«Усмотрение: 1. Действие по гл. «усмотреть» в 3 «знач.» (книжн.). Нельзя действовать всегда по трафарету, надо по усмотрению; когда так, когда иначе. || Заключение, мнение, решение (офиц.). Оставляю это на ваше усмотрение. Он действовал по своему усмотрению.

2. Действие, решение или склонность действовать, решать по собственному желанию, а не по закону, произвол. Действовать по усмотрению»².

«Усмотрение: I ср. 1. Процесс действия по гл. усматривать; 2. Результат такого действия; заключение, мнение, решение.

II ср. Единоличное решение должностного лица, имеющего власть (на основании собственного мнения, а не по закону)»³.

«Усматривать, усмотреть: 1. что-либо, увидеть, увидеть, узреть очами, открыть и распознать, заметить. || Убедиться в чем умственно. Усматриваю в этом деле один только обман. || Улучить, подстеречь.

2. действ. по глаг. Он сделал это по своему усмотренью, как счел за лучшее»⁴.

Даже из содержания приведенных определений из трех уважаемых изданий можно сделать вывод, что смысл термина «усмотрение» состоит во внутреннем убеждении (уверенности) лица действовать либо склонности субъекта к принятию решения по своему желанию (возможно, не по закону). При этом заключение или решение как результат мыслительного процесса может быть сформулировано как самостоятельно, так и вследствие воздействия на него лиц, склоняющих к конкретному результату. Но в любом варианте усмотрение не воспринимается как решение в готовом виде. Причем усмотрение формируется на основе ценностных морально-

¹ <https://sinonim.org/s/%D1%83%D1%81%D0%BC%D0%BE%D1%82%D1%80%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5#f>

² Толковый словарь русского языка / под ред. Д.Н. Ушакова : в 4 т. М. : Сов. энцикл. ; ОГИЗ ; Гос. изд-во иностр. и нац. слов., 1935–1940. URL: <http://enc.biblioclub.ru/Encyclopedia/117>

³ Ефремова Т.Ф. Новый словарь русского языка. Толково-образовательный : в 2 т. М. : Рус. яз., 2000. 1209 с. URL: <http://ru-dict.ru/slovar-efremovoy.html>

⁴ Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. / сост. В.И. Даль. 1863–1866. URL: <https://www.slovardalja.net/word.php?wordid=41631>

нравственных установок, зачастую далеких от идеальных, что неизбежно приводит если не к произволу, то к своеволию, т.е. поступать по своему желанию, как счел нужным, самостоятельно в обиду другим.

Исходя из сказанного, содержание понятия «усмотрение» представляет собой процесс субъективной мыслительной деятельности человека на основе имеющихся знаний и информации, полученной извне, без принуждения, в результате которого формируется собственный (индивидуальный) взгляд, появляется уверенность в правоте выбора и желание действия.

В свою очередь, необходимо привести наиболее точное, на наш взгляд, определение понятия «убеждение», от которого мы будем отталкиваться в своих дальнейших рассуждениях, в том числе и по причине его наличия в уголовно-процессуальном законодательстве. Убеждение – осознанная потребность личности, побуждающая ее действовать в соответствии со своими ценностными ориентациями. Содержание потребностей, выступающих в форме убеждения, отражает определенное понимание природы и общества. Образую упорядоченную систему взглядов (политических, философских, эстетических и др.), совокупность убеждений выступает как мировоззрение человека¹. В этом значении убеждение выступает как высший уровень личности, подчиняющий себе процессуально ее познавательные, эмоциональные и волевые свойства. Если позволительно в двух словах определить сущность обоих понятий, то убеждение несет в себе мировоззрение человека, а усмотрение содержит формирование субъективной позиции. Таким образом, содержание данных понятий разное, не подменяющее друг друга, но взаимодополняющее и необходимое при формировании комплексной характеристики личности.

Возвращаясь к определению, сделанному выше, многие могут возразить, что именно в контексте со вторым словом, термином «судейское», необходимо определяться в содержании понятия «усмотрение». И будут правы.

Следует отметить, что отдельные авторы указывают в своих работах, что произошла подмена понятия «внутреннее убеждение» термином «судейское усмотрение». На их взгляд, эта подмена произошла в связи с тем, что после выхода работы А. Барака отечественные ученые использовали механистический подход для изучения обсуждаемого явления, т.е. они просто взяли и перенесли новое для нас понятие «судейское усмотрение» из системы общего права на нашу правовую почву, что и привело к его слиянию с уже известным российской науке и разработанным понятием внутреннего убеждения [5. С. 452]. На наш взгляд, данный довод не совсем корректен в связи с тем, что уже уголовно-процессуальном кодексе 1922 г. эти понятия встречаются. В подтверждение этого приведем статистику:

– УПК РСФСР 1922 г.: усмотрение – 11 раз; убеждение – 3 раза; инициатива – 12 раз; мнение (сомнение) – 9 раз;

– УПК РСФСР 1960 г.: усмотрение – 6 раз; убеждение – 5 раз; инициатива – 16 раз; мнение (сомнение) – 41 раз;

¹ Большая энциклопедия : в 62 томах. М. : ТЕРРА, 2006. Т. 52. С. 511.

– УПК РФ 2001 г.: усмотрение – 6 раз; убеждение – 5 раз; инициатива – 34 раза; мнение (сомнение) – 60 раз.

Таким образом, можно убедиться, что и до выхода труда А. Барака в законодательстве все упомянутые термины применялись достаточно часто. Необходимо акцентировать внимание и на том факте, что с принятием каждого нового кодекса резко увеличивалось количество норм, в которых субъектам уголовно-процессуальных взаимоотношений предоставлялось право в той или иной степени поступать сообразно собственным взглядам.

Как мы ранее определились, термин «судейское» соотносим исключительно с действиями конкретного должностного лица – судьи, либо с коллегиальными действиями нескольких судей по разрешению уголовного дела. У нас появляется субъект, наделяющий усмотрение индивидуальными признаками, присущими исключительно лицу, осуществляющему правосудие.

Судьи в контексте нашего исследования выступают в двух основных ипостасях: правовой – как должностные лица, наделенные законом полномочиями осуществлять правосудие, призванные объективно, в соответствии с законодательными придписаниями, независимо выполнять свою работу, и нравственной – как граждане, соответственно, с человеческими проблемами и заботами, подверженные нормам морали, обычаям, корпоративными и даже религиозными нормам.

Рассматривая первую ипостась, необходимо отметить, что нормы права постоянно совершенствуются, предоставляя судьям возможность выбирать единственно правильный вариант ответа на любой юридический вопрос, возникающий в уголовном процессе. Суд в соответствии с законом обязан принять решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими наибольшую юридическую силу, которое будет отвечать требованиям законности, обоснованности и мотивированности. Качество принимаемых решений в первую очередь зависит от профессионализма, знания закона и практики правоприменения. Это обязывает судей обосновывать надлежащие решения по делу на основе имеющихся нормативных предписаний, подкрепляя легитимность и силу официального правопорядка. В нормы права законодателем уже заложены принципы законности и справедливости, а также позитивные последствия их применения. В качестве одного из признаков судейского усмотрения А.И. Рарог и Ю.В. Грачёва выделяют следующий: все решения, из которых правоприменитель может выбрать любое, в равной мере являются законными и обоснованными [9. С. 94]. Конечно, выбор любого варианта из зафиксированных в законе в качестве альтернативы друг другу, является законным. В частности, суд может применить либо домашний арест, либо заключение под стражу. Нет никаких сомнений, что судья сможет обосновать применение и той и другой меры пресечения, но задача судейского усмотрения состоит именно в том, чтобы в конкретной ситуации, в конкретном рассматриваемом деле не только сформировать собственный (индивидуальный) взгляд, уверенность в праве выбора, но и выбранный вариант решения должен быть оптимальным.

Правовая составляющая судебного усмотрения состоит в том, что оптимальная судебская позиция, оптимальный вариант возможного решения могут и должны формироваться лишь на основе объективной оценки материалов конкретного дела с позиции закона.

В свою очередь, Р. Дворкин говорит о том, что судья может вынести любое решение, какое он посчитает наилучшим, невозможно говорить о праве той или иной из сторон притязать на вынесение решения [10. С. 107]. В условиях современных правовых систем судья при достаточном знании и квалификации всегда может найти доводы в пользу того или иного решения, защиты прав той или иной стороны в процессе, исходя из чего уменьшение вариативности выбора для судебного усмотрения позволит приблизить правоприменение к высшему уровню справедливости, заложенному законодателем в юридическую норму.

Вторая составляющая судебного усмотрения – выбор судьей варианта разрешения уголовного дела, основанного на его субъективном восприятии обстоятельств дела и его индивидуальном толковании правовых норм. Субъективизм при судебском усмотрении неизбежно присутствует в процессе рассмотрения и разрешения судом любого правового вопроса, поскольку это обусловлено самой природой человека. Поэтому любой вывод судьи относительно обстоятельств дела или варианта его разрешения несет отпечаток его мировоззрения, жизненного опыта, других характеристик.

На наш взгляд, в своей работе А. Барак судебское усмотрение как раз и рассматривает с практической, правоприменительной точки зрения, с большой долей субъективизма. Зачастую его подход не совсем корректен с позиции объективных стандартов применения законодательных норм. Так, он пишет, что «мы определили судебское усмотрение как власть, данную судье для того, чтобы он выбрал решение из ряда законных вариантов. Какие это варианты? В принципе, они могут относиться к трем вопросам. Первый – это факты. Судейское усмотрение выбирает из совокупности фактов те, которые кажутся необходимыми для разрешения конфликта» [6. С. 20]. С позиции закона судья не должен делать выборку подходящих фактов, распоряжаясь ими по своему усмотрению, а должен проверить изучить, сопоставить все представленные ему доказательства с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – с точки зрения достаточности для разрешения уголовного дела, и с учетом всего комплекса информации, полученной из различных законных источников, вынести обоснованное решение.

Таким образом, А. Барак, исследуя проблемы судебного усмотрения при рассмотрении дел, связывает этот процесс с опытом, интуицией и правовым мировоззрением судьи [Там же. С. 298], включает в усмотрение и выделяет в качестве основного элемента субъективизм, т.е. убеждение, при выборе судьей истинного решения.

В настоящее время судьи как должностные лица судебной системы получили значительные полномочия, которые продолжают расширяться. Замещение должности судьи, отстранение от должности, привлечение к

дисциплинарной или, тем более, уголовной ответственности судей – все это в руках судейского сообщества, которое, естественно, будет защищать свои корпоративные интересы. Однако на этом фоне сложнейшим вопросом современной теории уголовного процесса остается проблема морально-нравственных категорий оценочного характера (справедливости и совести) в уголовно-процессуальной деятельности судьи. Это особенно актуально, так как представления судей о справедливости, совести и морали могут значительно отличаться, оставаясь в границах общественного правосознания. Хотя УПК РФ прямо и предусматривает судейское усмотрение, внутреннее убеждение, лежащее в том числе в основе оценки доказательств, в ст. 17 УПК РФ, однако качество морально-нравственных характеристик должностных лиц судебной системы не позволяет сделать вывод о правильности включения их в уголовно-процессуальные нормы. Морально-нравственные категории и характеристики, не поддающиеся точным оценкам и прогнозам, несущие внутреннее психологическое отношение к познаваемому, индивидуальное мировоззрение человека, внедренные в логическую структуру юридической нормы, создают дисбаланс. Формально-логическое противоречие становится угрозой эффективности правового регулирования. Более того, законодатель сам шаг за шагом отдает некоторые полномочия суду, расширяя его усмотрение порой даже там, где это вредит эффективности и единообразию политики борьбы с преступностью. Увеличение норм права с возможностью реализации судебного усмотрения на руку лишь лицам, осуществляющим правосудие, появление большой вариативности влечет за собой возможность использования коррупционных схем поведения и других негативных латентных процессов.

Особенный интерес вызывает то обстоятельство, что согласно ст. 17 УПК РФ оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению сначала дознаватель, затем следователь, потом прокурор, заинтересованные в доведении разбирательства до обвинительного приговора, у которых превалирует обвинительный уклон, в связи с чем и формируемые ими доказательства подобраны под определенный трафарет уголовно-правовой нормы, а в заключение оценку дает судья, включенный в ту же схему государственной власти. И на все это накладывается способность человека критически оценивать свои поступки, мысли, желания, осознавать и переживать свое несоответствие должному как собственное несовершенство, т.е. совесть.

В идеале от личности судьи в правосудии не должно многое зависеть, а главное – существо принимаемого решения, его законность и справедливость. Влияние «личности судьи» в судебной системе необходимо максимально минимизировать путем усиления влияния закона и ослабления произвола и нравственной деформации в судейском усмотрении.

Устранить опасность субъективизма и произвола возможно только путем заключения судейского усмотрения в рамки определенных правовых ограничений, установленных законом пределов. Проблема таких пределов сводится к поиску оптимального соотношения между связанностью правоприменителя жесткими рамками правовой нормы и свободой выбора одно-

го из законных решений. Предоставление правоприменителю слишком широких рамок усмотрения может поколебать уверенность в законности принятых решений. Напротив, чрезмерное ограничение усмотрения (или его полное исключение) не позволило бы судье учесть индивидуальные особенности совершенного деяния, тем самым был бы нарушен принцип справедливости. Пределы данного выбора необходимо прописывать в нормах, по возможности сузив границы вариативности.

Резюмируя вышесказанное, необходимо отметить, что судебское усмотрение обусловлено рядом положительных факторов:

- быстротой социальных изменений, происходящих в обществе;
- динамичностью изменения норм права;
- гибкостью, отсутствием возможности предусмотреть разнообразие жизненных ситуаций в нормах права;
- невозможностью четкого детализированного формулирования всех структурных элементов правовой нормы.

В то же время отрицательными факторами судебного усмотрения являются:

- вынесение различных (противоположных) решений по похожим делам;
- произвол, принятие решения по своему желанию;
- нерегламентированность процедуры осуществления усмотрения;
- предвзятость при рассмотрении доказательств, как итог – отсутствие справедливого решения.

Мы полагаем, что судебское усмотрение является вынужденной мерой в связи с несовершенством закона. Идеальным вариантом был бы полный отказ от субъективизма при принятии процессуального решения, однако на сегодняшнем этапе развития общества достаточно сложно обойтись без него при осуществлении правосудия. Поскольку термин «судейское усмотрение» предполагает формирование основанного на законе итогового решения по результатам мыслительного процесса, предлагается отказаться от термина «внутреннее убеждение» в УПК РФ и связанного с ним морально-нравственного понятия совести.

На основании проведенного анализа и представленных аргументов приводим авторское определение судебного усмотрения: это формирование собственного взгляда как проблема избрания одного из возможных вариантов, который с точки зрения права является справедливым, в результате чего появляется уверенность в правоте выбора, обоснованного с точки зрения юридических норм (закона) как единственно правильное решение.

Литература

1. Касаткин С.Н. Проблема судебного усмотрения в полемике Г. Харта и Р. Дворкина: очерк основных позиций // Вектор науки ТГУ. Сер. Юридические науки. 2018. № 4 (35). С. 21–27.

2. О судебной системе Российской Федерации : Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ (ред. от 30.10.2018; с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_12834/

3. Грачёва Ю.В. Судейское усмотрение в применении уголовно-правовых норм: проблемы и пути их решения / ред. А.И. Чучаев, Ю.В. Грачева. М. : Проспект, 2015. 373 с. URL: <https://tucont.ru/efd/667609>
4. Машинникова Н.О. Роль усмотрения суда в уголовном судопроизводстве // Вестник Удмуртского университета. Экономика и право. 2018. Т. 28, вып. 6. С. 828–834.
5. Иванова О.Г. К вопросу понятия судейского усмотрения // Правовая модернизация как фактор развития общества и государства / Сиб. федер. ун-т. Красноярск, 2010. С. 445–452.
6. Барак А. Судейское усмотрение : пер. с англ. М. : Норма, 1999. 376 с.
7. Трухачев В.В. Судейское усмотрение в уголовном процессе Российской Федерации // Вестник Воронежского государственного университета. Уголовное право. Уголовный процесс. Криминалистика. 2013. № 2. С. 389–397.
8. Пивоварова А.А. Правосознание и усмотрение судьи: соотношение понятий, роль при назначении наказания : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Самара, 2009. 20 с.
9. Рапог А.И., Грачёва Ю.В. Понятие, основание, признаки и значение судейского усмотрения в уголовном праве // Государство и право. 2001. № 11. С. 90–98.
10. Чурносов И.М. Правовая концепция Рональда Дворкина : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. М., 2014. 254 с.

Suslin Edward V., Nazarov Sergey V., Saint Petersburg Law Academy (Saint Petersburg, Russian Federation)

THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS OF JUDICIAL DISCRETION IN THE CRIMINAL TRIAL

Keywords: judicial discretion, internal conviction, limits of authority, justice.

DOI: 10.17223/22253513/36/10

The article deals with the problem of using the term "judicial discretion" in criminal procedure legislation. The understanding of the content and essence of the legal phenomenon under consideration taking into account its broad interpretation and the legislative increase of powers granted to judges is relevant and requires a modern interpretation. The lack of a formal enshrining of the concept of "judicial discretion" gives rise to too a free assessment of the actions of judges, which often contradicts the law.

The analysis of the views presented in the study shows that some authors do not properly interpret the concept of the legal phenomenon under study; they are believed to borrow the term and substitute the concept of "conviction" by the one of "discretion".

However, the analysis of the provisions of the Russian criminal procedure legislation refutes the arguments about borrowing and shows that these terms have been mentioned in the rules of law for a long time. The authors of the present article substantiate their position that the term discretion comprises the internal belief (confidence) of the person to act, or the propensity of the subject to decide at his wish, but in any variant, discretion is not perceived as a decision, conclusion or the authority of the judge as most authors state. When comparing the concepts of discretion and persuasion, we conclude that their content differs, since persuasion acts as the highest level of the individual who procedurally gets the best of his cognitive, emotional and strong-willed properties. Thus, the content of these concepts is different; they do not substitute each other, but complementary and necessary in the formation of a complex character of the personality.

In our research, judges act in two main capacities. First, in their legal capacity as officials with the power to administer justice, they are called to do their work objectively and independently, under legislative writings. Second, they act in their moral capacity as citizens who are subject to the standards of morality, customs, corporate and even religious norms.

Because of the analysis and presented evidence the authors give their definition of judicial discretion as one's own opinion, the problem of selecting from the options of what is fair from the law that gives rise to confidence in the rightness of choice and is justified from the point of view of legal norms (law) as the only correct solution.

The authors of the article conclude that judicial discretion is a forced measure for the imperfection of the law. A complete renunciation of subjectivism in the making of a procedural decision would be an ideal option, but at this stage of society's development, it is difficult to do without it in implementing justice. It is proposed to abandon the term "internal conviction" in the CPC of the Russian Federation and the associated moral concept of conscience.

References

1. Kasatkin, S.N. (2018) The problem of judicial discretion in hart-dworkin debate: an overveiw of main positions. *Vektor nauki TGU. Ser. Yuridicheskie nauki – Science Vector of Togliatti State University. Series: Legal Sciences*. 4(35). pp. 21–27. (In Russian).
2. The Russian Federation. (1996) *O sudebnoy sisteme Rossiyskoy Federatsii: Federal'nyy konstitutsionnyy zakon ot 31.12.1996 № 1-FKZ (red. ot 30.10.2018; s izm. i dop., vstup. v silu s 01.01.2019)* [On the judicial system of the Russian Federation: Federal Constitutional Law No. 1-FKZ of December 31, 1996 (as amended on October 30, 2018; as amended and supplemented, entered into force on January 1, 2019)]. [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_12834/
3. Gracheva, Yu.V. (2015) *Sudeyskoe usmotrenie v primenenii ugovolno-pravovykh norm: problemy i puti ikh resheniya* [Judicial discretion in the application of criminal law: problems and solutions]. Moscow: Prospekt. [Online] Available from: <https://rucont.ru/efd/667609>
4. Mashinnikova, N.O. (2018) Rol' usmotreniya suda v ugovolnom sudoproizvodstve // *Vestnik Udmurtskogo universiteta* [The role of court discretion in criminal proceedings]. *Ekonomika i pravo*. 28(6). pp. 828–834.
5. Ivanova, O.G. (2010) K voprosu ponyatiya sudeyskogo usmotreniya [On the concept of judicial discretion]. In: Pavelieva, E. A. & Sidorova, T.Yu. (eds) *Pravovaya modernizatsiya kak faktor razvitiya obshchestva i gosudarstva* [Legal modernization as a factor in the development of society and the state]. Krasnoyarsk: Siberian Federal University. pp. 445–452.
6. Barak, A. (1999) *Sudeyskoe usmotrenie* [Judicial discretion]. Translated from English. Moscow: Norma.
7. Trukhachev, V.V. (2013) *Sudeyskoe usmotrenie v ugovolnom protsesse Rossiyskoy Federatsii* [Judicial discretion in the criminal process of the Russian Federation]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Ugolovnoe pravo. Ugolovnyy protsess. Kriminalistika*. 2. pp. 389–397.
8. Pivovarova, A.A. (2009) *Pravosoznanie i usmotrenie sud'i: sootnoshenie ponyatiy, rol' pri naznachenii nakazaniya* [Justice and discretion of a judge: correlation of concepts, role in sentencing]. Abstract of Law Cand. Diss. Samara.
9. Rarog, A.I. & Gracheva, Yu.V. (2001) Ponyatie, osnovanie, priznaki i znachenie sudeyskogo usmotreniya v ugovolnom prave [The concept, basis, signs and significance of judicial discretion in criminal law]. *Gosudarstvo i pravo – State and Law*. 11. pp. 90–98.
10. Churnosov, I.M. (2014) *Pravovaya kontseptsiya Ronal'da Dvorkina* [The legal concept of Ronald Dworkin]. Law Cand. Diss. Moscow.

УДК 343.2

DOI: 10.17223/22253513/36/11

Т.Г. Черненко

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ИСЧИСЛЕНИЯ СРОКОВ СУДИМОСТИ

Рассмотрены проблемные вопросы исчисления сроков судимости при наличии основного и дополнительного наказаний, при условном осуждении с назначением дополнительного наказания, при условно-досрочном освобождении от наказания. Отмечено, что нельзя искусственно разделять судимость за одно и то же преступление на судимость по основному наказанию и судимость по дополнительному наказанию. Обоснованы выводы относительно исчисления сроков судимости при указанных ситуациях.

Ключевые слова: судимость, исчисление сроков судимости, дополнительные наказания, условное осуждение.

Совершившее преступление лицо, в отношении которого вынесен обвинительный приговор с назначением наказания, от отбывания которого лицо не было безусловно освобождено, считается судимым, т.е. находится в особом правовом положении, заключающемся в возможности наступления для него ряда неблагоприятных последствий правового характера. Продолжительность такого правового положения зависит от ряда факторов. Если лицо реально отбывало наказание, то оно является судимым в течение всего периода отбывания наказания, а также в течение определенного периода после освобождения от отбывания наказания в соответствии с предписаниями ст. 86 УК РФ. Если лицо осуждалось условно, то оно считается судимым во время испытательного срока. Если к лицу применялась отсрочка отбывания наказания, то состояние судимости распространяется на весь период отсрочки.

Общие правила исчисления судимости после отбытия (исполнения) наказания предусмотрены в ст. 86 УК РФ. Они зависят от вида назначенного наказания (лишение свободы или более мягкий, чем лишение свободы, вид наказания), от категории преступлений (при осуждении к наказанию в виде лишения свободы), от условного осуждения.

В отношении лиц, которым было назначено более мягкое наказание, чем лишение свободы, судимость погашается по истечении одного года после отбытия или исполнения наказания.

Применительно к лицам, осужденным к наказанию в виде лишения свободы, дифференцированные сроки погашения судимости установлены законодателем в зависимости от категорий совершенных преступлений.

Если лицу было назначено только основное наказание, и это наказание отбыто (исполнено), то проблем с исчислением сроков погашения судимо-

сти не возникает. Однако нередко суд за совершенное лицом преступление назначает не только основное, но и дополнительное наказание. При этом возможна ситуация, при которой основное наказание лицом отбыто, а дополнительное наказание начинает или продолжает исполняться. Возникает вопрос: каким образом и с какого момента исчислять срок погашения судимости такому лицу? Одно из суждений по данному вопросу сводится к тому, что срок погашения судимости исчисляется с момента отбытия основного наказания, в связи с чем обращается внимание на то, что возможны ситуации, когда основное наказание отбыто, срок погашения судимости, предусмотренный ч. 3 ст. 86 УК РФ, истек, а дополнительное наказание продолжает отбываться или исполняться, хотя оно поглощается сроком судимости [1].

Чтобы избежать указанного положения, сторонниками приведенной точки зрения на начальный момент отсчета срока погашения судимости при наличии основного и дополнительного наказаний предлагается закрепить в ст. 86 УК РФ «возможность самостоятельного течения сроков судимости по основному и дополнительному видам наказания» (предусмотрев сроки погашения судимости по дополнительным наказаниям) «и считать судимость погашенной по истечении того срока, который является более продолжительным... либо, что более правильно, считать судимость погашенной сразу по истечении срока дополнительного наказания или с момента выплаты всей суммы штрафа» [1; 2. С. 2].

В связи с изложенной позицией необходимо отметить, что лицо считается судимым *за преступление*, поэтому нельзя искусственно разделять судимость за одно и то же преступление на судимость по основному наказанию и судимость по дополнительному наказанию. Кроме того, если следовать первому из предложенных вариантов и считать судимость погашенной по истечении более продолжительного срока, то не исключаются ситуации, при которых срок погашения судимости, исчисляемый от основного наказания, истечет ранее, чем истечет срок отбывания дополнительного наказания, в связи с чем дополнительное наказание окажется частично не подлежащим отбытию, что далеко не всегда может быть признано целесообразным. Основное и дополнительное наказания, назначенные в конкретном случае, образуют единое целое, единое совокупное наказание, состоящее из двух неотъемлемых частей. Дополнительное наказание по сравнению с основным «является вспомогательным средством принудительного воздействия на осужденного, применяемым тогда, когда возникает необходимость добиться с помощью применения наказания такого эффекта, достичь которого назначением лишь основного наказания оказывается затруднительным или вовсе невозможным» [3. С. 18]. В связи с изложенным не может быть признано целесообразным искусственное сокращение срока дополнительного наказания на том основании, что истечет срок погашения судимости, исчисляемый от основного наказания.

Не представляется удачным и вариант, в соответствии с которым предлагается считать судимость погашенной сразу по истечении срока допол-

нительного наказания. Основное социальное назначение института судимости – предупреждение повторного совершения преступлений. Нельзя не согласиться с В.Д. Филимоновым, который отмечает, что назначение судимости состоит в осуществлении двух функций – криминологической и уголовно-правовой. Криминологическая функция «заключается в том, что, предусматривая для виновного ряд правовых ограничений, судимость создает условия для закрепления результатов его исправления, препятствует совершению им новых преступных действий и играет, таким образом, профилактическую роль. Уголовно-правовая функция выражается в установлении срока, в течение которого совершенное лицом преступление может служить обстоятельством, влияющим на содержание и размер уголовной ответственности и наказания» [4. С. 204–205]. Указанные функции не могут реализоваться в полном объеме, если судимость считать погашенной сразу же после отбытия (исполнения) дополнительного наказания. Кроме того, лицо, которому назначалось наряду с основным дополнительное наказание, может оказаться в более благоприятных условиях, нежели лицо, осуждавшееся за аналогичное преступление только к основному наказанию. Допустим, два лица осуждены за особо тяжкие преступления к одинаковому сроку лишения свободы, но одному из них назначено дополнительное наказание в виде лишения права заниматься определенной деятельностью сроком на два года. Срок погашения судимости после отбытия наказания у этого лица будет составлять два года после отбытия основного наказания, в то время как у другого – десять лет. Безусловно, в данном случае налицо нарушение принципа справедливости.

Для того чтобы могли реализоваться криминологическая и уголовно-правовая функции судимости, следует исчислять срок погашения судимости, установленный п.п. «б», «в», «г» «д» ч. 2 ст. 86 УК РФ, с момента отбытия (исполнения) основного и дополнительного наказаний. Указанное правило следует закрепить в ст. 86 УК РФ. Законодательное предписание об исчислении срока погашения судимости с момента отбытия основного и дополнительного наказаний содержится в уголовных кодексах ряда государств СНГ, с которыми Россия долгое время находилась в одном правовом поле, в частности в ст. 97 УК Республики Беларусь, ст. 79 УК Республики Казахстан.

При условном осуждении в соответствии с п. «а» ч. 2 ст. 86 УК РФ судимость погашается по истечении испытательного срока. Поскольку лицам, осужденным условно, может быть назначено дополнительное наказание, не исключаются ситуации, при которых установленный судом испытательный срок истекает раньше, чем отбыто (исполнено) дополнительное наказание. Возникает вопрос о порядке исчисления судимости в данном случае. Существует мнение, что в подобной ситуации возможно двойное течение судимости, при котором осужденный будет считаться не имеющим судимости, когда истечет наиболее продолжительный срок: либо испытательный срок, либо один год после отбытия или исполнения дополнительного наказания. При этом отмечается, что *судимость за дополни-*

тельное наказание (курсив мой. – Т.Ч.) может погаситься во время, после или одновременно с истечением испытательного срока [5. С. 4–9]. Как уже было отмечено выше, не может быть судимости за дополнительное наказание. Судимость у лица имеется не за наказание, а за преступление, которое повлекло назначение лицу уголовного наказания. Наказание (лишение свободы и наказание, более мягкое, чем лишение свободы) учтено законодателем при установлении сроков погашения судимости за совершенные преступления. При условном осуждении с назначением дополнительного наказания осужденное лицо находится в состоянии судимости в течение всего периода испытательного срока и отбывания (исполнения) дополнительного наказания.

Поскольку для условно осужденных как категории лиц, представляющих меньшую общественную опасность, нежели лица, осужденные к реальному отбыванию наказания, установлены более мягкие правила погашения судимости, чем для лиц, к которым условное осуждение не применялось, то определенные льготы применительно к погашению судимости должны распространяться и на тех условно осужденных, которым было назначено дополнительное наказание. Если срок дополнительного наказания превышает установленный судом испытательный срок для условно осужденного, то судимость должна погашаться сразу после отбытия дополнительного наказания. Ни о каком годичном сроке судимости после отбытия дополнительного наказания не должно идти речи. Полагаем, что в ст. 86 УК РФ следует ввести дополнение, в соответствии с которым судимость у условно осужденных, которым назначалось дополнительное наказание, в случае превышения дополнительным наказанием периода испытательного срока погашается после отбытия (исполнения) дополнительного наказания.

Взаимосвязь судимости при условном осуждении с отбытием дополнительного наказания подчеркнута в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 2011 г. № 21 (ред. от 18.12.2018) «О практике применения судами законодательства об исполнении приговора», в п.12 которого отмечается, что «при рассмотрении вопроса, указанного в п. 7 ст. 397 УПК РФ, когда условно осужденному назначен дополнительный вид наказания и до истечения испытательного срока он своим поведением доказал свое исправление, суд принимает решение об отмене условного осуждения и о снятии с осужденного судимости (ч. 1 ст. 74 УК РФ) *лишь после отбытия им дополнительного наказания*» (курсив мой. – Т.Ч.) [6].

Некоторые вопросы возникают относительно момента начала исчисления срока погашения судимости у лиц, условно-досрочно освобожденных от отбывания наказания. Частью 4 ст. 86 УК РФ установлено, что для лиц, условно-досрочно освобожденных от отбывания наказания, «срок погашения судимости исчисляется исходя из фактически отбытого срока наказания с момента освобождения от отбывания основного и дополнительного видов наказания». Возникает вопрос: как понимать положение, в соответствии с которым срок погашения судимости, т.е. его продолжительность,

исчисляется, исходя из фактически отбытого срока наказания? Грамматическое толкование приведенной нормы приводит к выводу о том, что продолжительность срока погашения судимости у условно-досрочно освобожденных от дальнейшего отбывания наказания зависит от фактически отбытого ими срока наказания. Однако сроки погашения судимости, предусмотренные ч. 3 ст. 86 УК РФ, связаны с условным осуждением, с осуждением к более мягким наказаниям, чем лишение свободы, и с категорией преступлений. Отбытие осужденным лишь части назначенного наказания в виде, например, лишения свободы, не может повлечь изменения категории преступления на менее тяжкую, поскольку такое изменение не предусмотрено для стадии исполнения приговора. Видимо, фраза «исходя из фактически отбытого срока наказания» перекочевала из ст. 57 УК РСФСР 1960 г. Однако в ст. 57 УК РСФСР 1960 г. величина срока погашения судимости для лиц, осужденных к лишению свободы, была установлена и дифференцирована с учетом назначаемого виновному лицу срока лишения свободы. И определенную логику можно было усмотреть в том, чтобы, если фактически отбытый осужденным срок относился к сроку, при осуждении к которому срок судимости, установленный ст. 57 УК РСФСР, был меньше, исчислять срок погашения судимости такому лицу при условно-досрочном освобождении от наказания по более льготным правилам. Однако в ст. 86 УК РФ не предусмотрено никакой зависимости между сроками назначаемого по приговору суда наказания и сроками погашения судимости, поэтому фраза в ч. 4 ст. 86 УК РФ «исходя из фактически отбытого срока наказания» представляется излишней, в связи с чем было бы целесообразным исключить ее из редакции указанной статьи УК РФ.

Срок погашения судимости у лиц, условно-досрочно освобожденных от наказания, должен начинать исчисляться, в соответствии с ч. 4 ст. 86 УК РФ, с момента освобождения от отбывания основного и дополнительного видов наказания. В доктрине уголовного права и правоприменительной практике неоднозначно решается вопрос о том, что считать моментом освобождения от наказания: момент освобождения от реального отбывания наказания или момент истечения неотбытой части наказания. Рассмотрим ситуацию, при которой осужденный условно-досрочно освобождался от отбывания наказания (дополнительное наказание ему не назначалось). Некоторые исследователи полагают, что моментом освобождения от наказания, который служит отправной точкой для начала исчисления судимости, следует считать момент истечения неотбытой части наказания. Так, по мнению Ю.В. Грачёвой, соавтора одного из комментариев к Уголовному кодексу Российской Федерации, срок погашения судимости у лиц, досрочно освобожденных от наказания, «исчисляется с момента истечения фактически неотбытой части наказания» [7]. Аналогичное мнение при комментировании ст. 86 УК РФ высказано и А.А. Ашиным [8]. При таком подходе не учитывается, что применяемое к осужденному условно-досрочное освобождение от наказания, являющееся весьма весомым поощрением за его позитивное поведение во время отбывания наказания,

должно влечь и более раннее прекращение уголовного правоотношения между ним и государством вследствие погашения судимости по сравнению с лицом, осужденным на такой же срок за аналогичное по тяжести преступление, отрицательно характеризовавшимся во время отбывания наказания, вследствие чего отбывшим полностью срок назначенного наказания. Если срок погашения судимости исчислять не с момента условно-досрочного освобождения от наказания, а с момента истечения срока неотбытой части наказания, то у осужденных, степень опасности личности которых столь существенно различается, судимость по общему правилу будет погашаться одновременно, что противоречит принципу справедливости.

В связи с изложенным представляется обоснованной позиция исследователей, полагающих, что исчисление срока погашения судимости должно начинаться с момента условно-досрочного освобождения от наказания, т.е. с момента фактического освобождения осужденного из исправительного учреждения [9. С. 15; 10–12].

В настоящее время судебная практика по анализируемому вопросу после некоторых колебаний устоялась и исходит из того, что исчисление срока погашения судимости должно начинаться с момента условно-досрочного освобождения осужденного от наказания, т.е. со дня освобождения осужденного из исправительного учреждения (см., напр.: [13]).

В правоприменительной практике возможны ситуации, когда срок погашения судимости истечет раньше, чем срок неотбытой части наказания. В связи с этим возникает вопрос: до какого момента лицо должно считаться судимым – до истечения неотбытой части наказания или до истечения срока, установленного ст. 86 УК РФ? Существует мнение, что при решении указанного вопроса приоритет должны иметь правила погашения судимости (ст. 86 УК РФ) [14]. Не соглашаясь с данной позицией, отметим, что следует исходить из того, что во время течения всего периода неотбытой части наказания сохраняется уголовно-правовое отношение между условно-досрочно освобожденным от наказания и государством. Освобожденное от дальнейшего отбывания наказания лицо продолжает оставаться осужденным. На то, что у условно-досрочно освобожденного от отбывания наказания лица сохраняется статус осужденного, обратил внимание Конституционный Суд Российской Федерации [15]. В период неотбытой части наказания к поведению данного лица предъявляются установленные законом требования, несоблюдение которых влечет неблагоприятные последствия для освобожденного от наказания лица, вплоть до отмены условно-досрочного освобождения и направления осужденного для отбывания неотбытой части наказания. Такая отмена возможна в течение всей оставшейся неотбытой части наказания (никаких исключений из этого правила ч. 7 ст. 79 УК РФ не предусматривает). Если же судимость у условно-досрочно освобожденного от наказания лица погашалась бы раньше, чем истечет срок неотбытой части наказания, то отмена условно-досрочного освобождения после погашения судимости, но до истечения периода неотбытой части наказания, была бы невозможной. Это, безусловно, противоречит предписа-

ниям ч. 7 ст. 79 УК РФ. В рассмотренном случае налицо конкуренция общей и специальной норм: ст.ст. 79 и 86 УК РФ. Предпочтение должно быть отдано специальной норме, предусмотренной ст. 79 УК РФ. Осужденный должен считаться судимым до истечения срока неотбытой части наказания. Указанное мнение разделяют многие исследователи [9–11; 16. С. 39].

Еще одна проблемная ситуация с определением срока погашения судимости касается случаев, когда лицам, осужденным за особо тяжкие преступления, назначается более мягкое наказание, чем лишение свободы. В п. «б» ч. 3 ст. 86 УК РФ установлено, что в отношении лиц, осужденных к более мягким наказаниям, чем лишение свободы, судимость погашается по истечении одного года после отбытия или исполнения наказания. А п. «д» ч. 3 указанной статьи гласит, что в отношении лиц, осужденных за особо тяжкие преступления, судимость погашается по истечении десяти лет после отбытия наказания (указание на осуждение к какому-либо наказанию в данном пункте отсутствует). Какая из приведенных норм должна применяться к лицу, осужденному за особо тяжкое преступление к более мягкому наказанию, чем лишение свободы? По мнению Л.В. Иногамовой-Хегай, не усматривающей противоречий в приведенных выше нормах, срок погашения судимости при отбытии любого более мягкого наказания, чем лишение свободы, назначенного за преступление любой категории, всегда равен году (поскольку в п. «д» ч. 3 ст. 86 УК РФ нет ссылки на категории преступлений) [11]. Однако наказание в виде лишения свободы связано с категорией преступлений лишь в п.п. «в» и «г» ч. 3 ст. 86 УК РФ. В п. «д» ч. 3 ст. 86 УК РФ, где речь идет о сроке судимости для лиц, осужденных за особо тяжкое преступление, наказание в виде лишения свободы не предусмотрено. Л.В. Хегай, пытаясь обосновать, что в п. «д» ч. 3 ст. 86 УК РФ наказание в виде лишения свободы хотя и не предусмотрено, но подразумевается, пишет, что «согласно ч. 5 ст. 15 УК особо тяжкими признаются преступления, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше десяти лет или более строгое наказание. Таким образом, в п. «д» имеется в виду лишение свободы» [Там же]. Для такого однозначного вывода нет оснований. Автор не учитывает того, что в ч. 5 ст. 15 УК РФ речь идет о лишении свободы, которое *предусмотрено* (курсив мой. – Т.Ч.) за преступление (содержится в санкции соответствующей нормы), а не о лишении свободы, которое назначается при осуждении лица за преступление. А в п. «д» ч. 3 ст. 86 УК РФ говорится о лицах, именно осужденных за особо тяжкое преступление. Наказание же даже за особо тяжкое преступление иногда может быть назначено более мягким, чем лишение свободы (например, по основаниям, предусмотренным ст. 64 УК РФ). Категория преступления от этого не изменится.

В связи с изложенным следует сделать вывод, что применительно к лицам, осужденным за особо тяжкое преступление, срок погашения судимости должен составлять десять лет, независимо от того, к какому виду наказания (лишению свободы или более мягкому, чем лишение свободы) лицо, виновное в совершении преступления, было осуждено.

Литература

1. Скобелин С. Соотношение сроков дополнительных видов наказаний и сроков погашения судимости // Уголовное право. 2014. № 2. С. 69–73.
2. Кафиатулина А. Погашение судимости аннулирует последствия // ЭЖ-Юрист. 2015. № 33. С. 2.
3. Цветинович А.Л. Дополнительные наказания. Куйбышев : Изд-во Саратов. ун-та, Куйбышев. филиал, 1989. 190 с.
4. Филимонов В.Д. Криминологические основы уголовного права. Томск : Изд-во Том. ун-та, 1981. 213 с.
5. Габдрахманов Ф. Проблемы судебной практики, связанные с погашением или снятием судимости при условном осуждении // Уголовное право. 2013. № 2. С. 4–9.
6. О практике применения судами законодательства об исполнении приговора : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.2011 № 21 (ред. от 18.12.2018) // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 12.03.2020).
7. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). 7-е изд., перераб. и доп. /под ред. Г.А. Есакова. М. : Проспект, 2017. 736 с.
8. Комментарий к Уголовному кодексу российской Федерации (постатейный) / под ред. А.И. Чучаева. М. : Контракт, 2013. 672 с.
9. Улицкий С. Условно-досрочное освобождение от наказания // Законность. 2003. № 3. С. 14–15.
10. Габдрахманов Ф. Погашение и снятие судимости при условно-досрочном освобождении от отбывания наказания: проблемы правоприменения // Уголовное право. 2010. № 6. С. 17–26.
11. Иногамова-Хегай Л.В. Концептуальные основы конкуренции уголовно-правовых норм. М. : Норма ; ИНФРА-М, 2015. 288 с.
12. Кургина Т.В. Снятие судимости с лица в период условно-досрочного освобождения от отбывания наказания: практика против теории // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2018. № 3. С. 18–22.
13. Определение Верховного Суда РФ от 13 декабря 2018 г. № 36-УД18-6 по кассационной жалобе осужденной Чепуштановой Т.С. // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 12.03.2020).
14. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации : в 2 т. (постатейный). 2-е изд. / под ред. А.В. Бриллиантова. М. : Проспект, 2015. Т. 1. 792 с.
15. По делу о проверке конституционности подпункта 4 статьи 15 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» в связи с жалобами граждан В.Ф. Алдошиной и Т.С.-М. Идалова : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 08.12.2009 № 19-П // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 12.03.2020).
16. Ткачевский Ю.М. Судимость // Уголовное право. 2000. № 3. С. 36–39.

Chernenko Tamara G., Kemerovo State University (Kemerovo, Russian Federation)

SOME PROBLEMATIC ISSUES OF CALCULATING THE TERMS OF CRIMINAL RECORD

Keywords: criminal record, calculation of the terms of criminal record, additional punishments, probation.

DOI: 10.17223/22253513/36/11

Sometimes the court imposes not only the main but additional punishment for the committed crime. At the same time, it is possible that a person has served his main punishment and starts or is serving the additional one. The question arises: how and when to calculate the

term for cancellation of a criminal record for such a person. Criticizing the position of the researchers proposing to establish the possibility for the terms of criminal records according to the main and additional types of punishment, the author notes that the person is considered to be convicted not for punishment, but for the crime, so it is impossible to divide the criminal record for the same crime into the criminal record on the main punishment and an additional one artificially. The author substantiates the conclusion that to implement the criminological and criminal-legal function of the criminal record, it is necessary to calculate term for cancellation of a criminal record set by Items, "б", "в", "г" and "д" Part 2, Article 86 of the Criminal Code of the Russian Federation, from the moment of serving (execution) of the main and additional punishments.

In the event of probation with additional punishment, the convict is in the state of a criminal record for the entire period of probation and serving (execution) of the additional sentence. For probationary convicts, as a category of persons who make up less public danger than those sentenced to an actual serving of the sentence, there are more lenient rules for cancellation of a criminal record than for the persons to whom probation was not applied. Certain benefits for the cancellation of a criminal record should also apply to those probationary convicts who have been given additional punishment. The article substantiates the conclusion that if the period of additional punishment exceeds the court's probationary period for the probationary convict, the criminal record should be cancelled immediately after serving an additional sentence.

Analyzing the issues of calculating the terms of criminal records of persons on parole, the author concludes that these persons should be considered having criminal records during the period of the unserved part of the sentence and in those situations where the cancellation of the criminal record provided for in Article 86 of the Criminal Code of the Russian Federation, less than the unserved part of the punishment. During the entire period of the unserved part of the sentence, the criminal-legal relationship between the person on parole and the state remains.

One of the problematic situations with the determination of the terms for cancellation of a criminal record is connected with the cases where persons convicted of particularly serious crimes are given a lighter sentence than imprisonment. The author believes that in this case the term for cancellation of the criminal record should be determined by the category of crime and be ten years, regardless the punishment (imprisonment or a more lenient than deprivation of liberty) to which the person liable for the crime has been convicted.

References

1. Skobelin, S. (2014) Correlation of Terms of Additional Types of Penalties and Terms of Criminal Record Expiration. *Ugolovnoe pravo*. 2. pp. 69–73. (In Russian).
2. Kafiutulina, A. (2015) Pogashenie sudimosti annulliruet posledstviya [Redemption of a conviction nullifies the consequences]. *EZh-Yurist*. 33. pp. 2.
3. Tsvetnovich, A.L. (1989) *Dopolnitel'nye nakazaniya* [Additional punishments]. Kuybyshev: Saratov University.
4. Filimonov, V.D. (1981) *Kriminologicheskie osnovy ugolovnogo prava* [Criminological foundations of criminal law]. Tomsk: Tomsk State University.
5. Gabdrakhmanov, F. (2013) The problems of court practice related to cancellation and clearing of conviction under suspended sentence. *Ugolovnoe pravo*. 2. pp. 4–9. (In Russian).
6. The Supreme Court of the Russian Federation. (2011) *O praktike primeneniya sudami zakonodatel'stva ob ispolnenii prigovora: postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda RF ot 20.12.2011 № 21 (red. ot 18.12.2018)* [On the practice of court application of legislation on the sentence enforcement: Resolution No. 21 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated December 20, 2011]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/> (Accessed: 12th March 2020).

7. Esakov, G.A. (ed.) (2017) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (postateynyy)* [Commentary on the Criminal Code of the Russian Federation (by articles)]. 7th ed. Moscow: Prospekt.

8. Chuchaev, A.I. (ed.) (2013) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu rossiyskoy Federatsii (postateynyy)* [Commentary on the Criminal Code of the Russian Federation (itemby articles)]. Moscow: Kontrakt.

9. Ulitsky, S. (2003) *Uslovno-dosrochnoe osvobozhdenie ot nakazaniya [Parole]. Zakonnost'*. 3. pp. 14–15.

10. Gabdrakhmanov, F. (2010) Cancellation and clearing of conviction under grant of parole from service of sentence: problems of law enforcement. *Ugolovnoe pravo*. 6. pp. 17–26. (In Russian).

11. Inogamova-Khegay, L.V. (2015) *Kontseptual'nye osnovy konkurentsii ugolovno-pravovykh norm* [The conceptual basis of competition of criminal law]. Moscow: Norma; INFRA-M.

12. Kurgina, T.V. (2018) Expungement of Person's Conviction within the Parole Period: Practice vs. Theory. *Ugolovno-ispolnitel'naya sistema: pravo, ekonomika, upravlenie – Criminal-Executory System: law, economy, management*. 3. pp. 18–22. (In Russian).

13. The Supreme Court of the Russian Federation. (2018) *Opreделение Verkhovnogo Suda RF ot 13 dekabrya 2018 g. № 36-UD18-6 po kassatsionnoy zhalobe osuzhdennoy Chepushtanovoy T.S.* [Decision No. 36-UD18-6 of the Supreme Court of the Russian Federation of December 13, 2018, on the cassation appeal of convict T.S. Chepushtanova]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/> (Accessed: 12th March 2020).

14. Brilliantov, A.V. (ed.) (2015) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii: v 2 t. (postateynyy)* [Commentary on the Criminal Code of the Russian Federation: in 2 volumes (by articles)]. 2nd ed. Vol. 1. Moscow: Prospekt.

15. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2009) *Po delu o proverke konstitutsionnosti podpunkta 4 stat'i 15 Federal'nogo zakona "O poryadke vyezda iz Rossiyskoy Federatsii i v"ezda v Rossiyskuyu Federatsiyu" v svyazi s zhalobami grazhdan V.F. Aldoshinoy i T.S.-M. Idalova: postanovlenie Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii ot 08.12.2009 № 19-P* [On verification of the constitutionality of Subparagraph 4 of Article 15 of the Federal Law "On the Procedure for Departure from the Russian Federation and Entry into the Russian Federation" in connection with complaints by citizens V.F. Aldoshina and T.S.-M. Idalov: Decision No. 19-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of December 8, 2009]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/> (Accessed: 12th March 2020).

16. Tkachevsky, Yu.M. (2000) *Sudimost'* [Criminal record]. *Ugolovnoe pravo*. 3. pp. 36–39.

УДК 343.346.52

DOI: 10.17223/22253513/36/12

Е.О. Яковлева

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ В ЭПОХУ МАССОВОЙ РОБОТИЗАЦИИ ТРАНСПОРТНЫХ СРЕДСТВ

Рассматриваются проблемы обеспечения транспортной безопасности и недопущения необоснованного обвинения личности в условиях развития научно-технического прогресса, связанного с этапной роботизацией источников повышенной опасности. На основе анализа доктринальных источников автором обозначены основные перспективы современных научных исследований при подготовке законодательной «почвы» к меняющимся условиям, вызванным развитием искусственного интеллекта.

Ключевые слова: роботизация, транспорт, преступность, уголовная политика.

Ознаменованные стратегией развития государства задачи по решению перспективных проблем социально-экономического и демографического характера вынуждают законодателя и исследователей научного профиля непрерывно работать над выработкой предложений и практических рекомендаций по наиболее важным вопросам современного общества, продиктованным не только необходимостью обеспечения личной безопасности граждан, но и тенденциями современного развития уголовной политики. К одной из таких проблем, широко освещаемых как в России, так и во всем мире, относится обеспечение транспортной безопасности.

Несмотря на активные «вливания» денежных средств в реализацию профилактических мероприятий по предупреждению автодорожной преступности, степень аварийности на дорогах остается на крайне высоком уровне, о чем свидетельствуют данные статистики. Хотя 2018 г. стал более благополучным для водителей, и количество аварий снизилось на 2,5% в сравнении с предыдущим годом, статистика дорожно-транспортных происшествий (далее – ДТП) по-прежнему остается пугающей¹. По данным Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ; WHO), являющейся направляющей и координирующей инстанцией в области здравоохранения в рамках системы Объединенных Наций, Российская Федерация занимает второе место в мировом рейтинге по показателям смертей, произошедших в результате ДТП на 100 тыс. человек населения [2]. В своем последнем докладе ВОЗ отмечает, что смертность в результате ДТП продолжает расти, составляя 1,35 млн случаев в год, а травмы в результате ДТП являются основной причиной смерти детей и молодых людей в возрасте

¹ Так, за 2018 г. общее число дорожно-транспортных преступлений составило 151 291, а число погибших в них – 16 412 человек [1].

от 5 до 29 лет¹. Проблема безопасности дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, приобрела особую остроту в связи с ростом количества автотранспортных средств. «По оценкам специалистов, потери, связанные с аварийностью, в несколько раз превышают ущерб от железнодорожных катастроф, пожаров и других видов несчастных случаев. Каждые сутки на улицах городов и дорогах Российской Федерации совершается более 430 дорожно-транспортных происшествий, в которых погибают и получают травмы различной тяжести около 600 человек» [4].

Проблематика безопасности дорожного движения и эксплуатации транспортных средств выдвигает целый ряд сложностей социально-экономического, административно-правового, уголовно-правового характера, которые негативно влияют на последствия автомобилизации общества. «Несомненно, рост автомобилизации облегчает перемещение граждан, сокращает их силы и время, способствует развитию экономики, ее финансовой привлекательности для инвесторов, а также сказывается на имидже страны». [5. С. 3]. Однако, как утверждают некоторые авторы, в России «величина социально-экономического ущерба от дорожно-транспортных происшествий и их последствий в 2000 г. составила 191,7 млрд руб., за 2004–2010 гг. – 7 326,3 млрд руб., в 2015 г. – 20,0 млрд руб. За последние пять лет совокупные потери экономики от дорожно-транспортных происшествий составляют 5,5 трлн руб., что сопоставимо со всеми расходами на здравоохранение за тот же период и составляет 2,8% валового внутреннего продукта страны» [6. С. 170–174].

Актуализация проблемы неосторожных преступлений связана с насыщением производственной сферы источниками повышенной опасности, возрастанием парка высокоскоростных транспортных средств, увеличением числа участников процесса дорожного движения, выражающих попустительское отношение к требуемым правилам безопасности. «Прогнозные тенденции свидетельствуют о том, что если не будут предприняты меры для снижения количества дорожно-транспортных происшествий и травматизма, то эта причина станет пятой по значимости причиной смерти к 2030 г.» [7. С. 1661–1665].

Действительно, в современных условиях, когда лидерство в научных исследованиях и разработках, ускорение освоения новых знаний и внедрение результатов инновационной деятельности являются ключевыми сегментами, характеризующими конкурентоспособность страны и высокую эффективность стратегии ее национальной безопасности, на первый план выходит проблема несогласованности приоритетов и правовых инструментов будущей поддержки научно-технологического развития.

Научно-технический прогресс, набирающий активные обороты в эпоху современной действительности, выраженный в создании и внедрении новых информационных технологий и процессов, несомненно, призван ре-

¹ «Эти случаи смерти являются недопустимой платой за мобильность, – заявил Генеральный директор ВОЗ д-р Тедрос Адханом Гебрейесус [3].

шать наиболее актуальные социально-экономические задачи общества. Однако вопреки общему предназначению внедряемых результатов интеллектуальной деятельности, в том числе связанных с роботизацией процессов в автомобильной промышленности, появляется и обратный тренд, выраженный в нарастании негативных последствий от использования их человеком или возможности такого использования в будущем. В частности, имеется в виду причиняемый вред имущественным и личным интересам граждан, общества, государства. В том числе приобретает актуальность вопрос преодоления последствий от атак вредоносных программ, которые вызывают серьезные нарушения работы систем диспетчерского управления и сбора данных (SCADA) и других компьютерных систем, используемых для управления технологическими процессами, машинами, механизмами и другим промышленным оборудованием [8. С. 6834]. Как известно, такие вредоносные программы сегодня широко распространены, причем их использование возможно применить к автотранспортным средствам как, к примеру, при их угоне, так и при непосредственном вмешательстве в процесс управления, когда при высокой скорости движения последствия атаки от столкновения будут иметь еще более ужасающий характер. Поэтому доминирующим фактом в юридической доктрине становится обсуждение и решение вопросов, напрямую связанных с правовой оценкой рисков от использования человеком достижений научно-технического прогресса.

Одним из наиболее ярких примеров обозначенной проблематики являются создание и выпуск в эксплуатацию автомобилей, снабженных искусственным интеллектом, позволяющим водителю переходить в режим самоуправления при движении. Польза такого вида транспорта очевидна, однако остается невыясненным и не получившим ныне законодательного оформления ответ на вопрос об уголовной ответственности за совершение автодорожного преступления водителем при использовании роботизированного источника повышенной опасности. Грядущие перемены, связанные с внедрением беспилотных автомобилей на основе искусственного интеллекта, должны уже находить варианты уголовно-правовой реакции законодателя, однако до сих пор рассматриваемые достижения науки находятся в плоскости традиционного понимания механизма преступного поведения и, собственно говоря, самого субъекта преступления.

Не менее важной в такой ситуации является правовая позиция разработчиков алгоритмов действия искусственного интеллекта и компаний-изготовителей автомобилей как возможных предполагаемых носителей ответственности за неправомерные деяния своих «творений». Сегодня не решены проблемы, скорее, сводящиеся к моральной и этической стороне вопроса: Как должна повести себя автоматизированная система при неизбежной аварийной ситуации? Расставит ли машина верные приоритеты между жизнью человека и причинением значительного имущественного вреда или, к примеру, между сохранением жизни водителя или пешехода? Таким образом, предназначение роботизированных авто выходит далеко за границы ожидаемых технических результатов, порождая сомнения о прин-

ципиальных возможностях сочетания в них одновременно понятий справедливости, объективности и разумности.

Пока что современные виды автотранспорта не обеспечивают полного безучастия водителя при осуществлении маневрирования. Поэтому возникают вполне оправданные вопросы доказуемости момента его нахождения за рулем в режиме самоуправления, что, как представляется, может сыграть важную роль при вынесении судом справедливого решения, когда водитель способен своими показаниями вводить следствие в заблуждение. Это суждение подчеркивает особую, не теряющую и сегодня своей значимости роль исследования личности неосторожного преступника, виновного в совершении автодорожного преступления, а также защиты водителя от необоснованного обвинения. Несмотря на огромное число проводимых фундаментальных исследований, до сих пор не найдена «точка соприкосновения» между результатами, полученными в теории криминологии и уголовного права и общей и прикладной (транспортной) психологии, что является следствием «отсутствия в профилактических мероприятиях органов власти необходимых “рычагов” воздействия на причину совершения автодорожного преступления – действия водителя транспортного средства» [9. С. 54–61; 10. С. 115–127]. Поэтому ключевым звеном в цепочке «водитель – транспортное средство – робот – среда – дорога» должно стать раскрытие содержания процесса взаимодействия личности и аварийной ситуации, где роль провоцирующих условий зависит от влияния такой ситуации на личность субъекта преступления. Однако исследования в данной сфере недостаточны и требуют дополнения с учетом тщательного анализа психологии личности водителя, а также определения основных факторов, оказывающих влияние на развитие когнитивных систем. Этот вопрос однозначно носит дискуссионный характер, но он также должен являться приоритетным как для следственной и судебной практики, так и для развития концепции современной уголовной политики государства.

Бесспорно, угроза этапной роботизации состоит в непременной трансформации сложившихся устоев общественного сознания и действующей правовой системы, которая в новых условиях станет малоэффективной или вовсе противоречивой. Поэтому уже сегодня так важна правильная расстановка приоритетов в уголовно-правовой оценке системы взаимодействий «водитель – транспортное средство – робот – среда – дорога». Совершенно оправданно полагать, что для этого необходим тщательный анализ правовой оценки рисков от использования роботизированных автомобилей водителями с последующей выработкой концепции уголовно-правового регулирования и уголовной политики, а также предложений совершенствования действующего законодательства. Для достижения рассматриваемой цели необходимо решить комплекс задач, к которым по праву должны быть отнесены: рассмотрение правовых понятий «транспортное средство», «искусственный интеллект», «робот», определение их особых отличительных характеристик; анализ общественных отношений, связанных с обеспечением безопасности дорожного движения как объекта уголовно-

правовой охраны; рассмотрение исторического аспекта становления ответственности за преступления в области обеспечения безопасности дорожного движения; анализ действующего нормативно-правового регулирования ответственности за совершение автодорожных преступлений; оценка современного состояния автодорожной преступности в России и мире на основе сравнительного анализа основных показателей аварийности и дорожно-транспортного травматизма; сравнительный анализ норм отечественного уголовного законодательства и законодательства зарубежных государств, предусматривающих ответственность за совершение автодорожных преступлений; анализ современных мировых тенденций по введению ответственности за рассматриваемые преступления, совершенные водителем с использованием роботизированных авто, снабженных искусственным интеллектом; установление особенностей уголовно-правовой оценки объективных и субъективных признаков автодорожных преступлений в эпоху роботизации; выявление потенциально новых общественно опасных деяний в рассматриваемой сфере, оценка уголовно-правовых рисков; рассмотрение уголовно-политических проблем привлечения к ответственности лиц, совершивших автодорожные преступления с использованием роботизированных транспортных средств, снабженных искусственным интеллектом, с точки зрения имеющихся социальных потребностей в применении к ним мер уголовно-правового воздействия; разработка мер уголовно-правового воздействия, специально ориентированных на данную категорию преступников, с учетом исследования эволюции метакогнитивных схем их личности; разработка предложений по совершенствованию законодательства в формате поиска оптимального соотношения степени и видов уголовной ответственности в условиях предстоящего масштабного внедрения роботизированных транспортных средств в эксплуатацию; выработка новых подходов к гармонизации и комплексному регулированию отношений, возникающих в результате научно-технического прогресса автомобильной промышленности, в целях обеспечения благоприятного правового режима развития современных информационных технологий.

Содержанием современных научных исследований, определяющих основной вектор развития уголовной политики России, должен стать поиск концептуальных решений следующих новых проблем обеспечения безопасности дорожного движения в эпоху грядущей массовой роботизации:

1. Полное отсутствие нормативно-правового регулирования и нормативно-технического регулирования основ и условий разработки и запуска в эксплуатацию, контроля за результатом деятельности искусственного интеллекта, а равно созданных на его основе роботизированных транспортных средств.

2. Отсутствие единообразного подхода к разработке правового обеспечения использования и развития систем искусственного интеллекта в автомобильной промышленности, а также ничтожная оценка рисков и неопределенностей, возникающих в условиях автодорожных преступлений,

что имеет существенное значение для формирования уголовного законодательства в этой области.

3. Несбалансированность интересов личности, общества и государства, а также организаций в случае ненадлежащего обеспечения безопасности дорожного движения и защиты отдельных прав, вызванных бурным развитием инновационных процессов.

4. Отсутствие оптимальной модели правового регулирования, определяющей баланс норм права, техники, морали и справедливости, продиктованных серьезными вызовами масштабной автомобилизации в условиях научно-технического прогресса.

5. Возрастающее число угроз трансграничного характера, вызывающих необходимость в переосмыслении новых источников повышенной опасности, что требует более ответственного и декларативного обеспечения международной и национальной безопасности.

6. Невозможность современной уголовно-правовой системы работать «с опережением» или «на перспективу» криминальных замыслов, обуславливающая необходимость выработки концептуальных положений, прогнозистически подкрепленных подходов к формированию системы правового обеспечения в эпоху роботизации.

7. Отсутствие разработки терминологического аппарата (соотношение понятий «робот», «транспортное средство», «искусственный интеллект», их юридическая неполнота).

8. Недостаточная профессиональная подготовка водителей, лишенных навыков оперативного реагирования на стрессовые аварийные ситуации, в том числе при управлении новыми источниками повышенной опасности, снабженными искусственным интеллектом.

9. Невозможность применения традиционных форм уголовной ответственности за автодорожные преступления при расчете рисков к новым деяниям, совершаемым с использованием инновационных источников повышенной опасности, ввиду неспособности такой правовой базы работать в условиях усложнения технических разработок, порождаемых развитием искусственного интеллекта.

10. Законодательно не урегулированный вопрос об ответственности за причинение вреда жизни и здоровью физических лиц роботизированными транспортными средствами, когда они были созданы несколькими разработчиками, ответственными каждый за свою часть работы.

11. Отсутствие оптимального сочетания и эффективного применения научно-технического, интеллектуального и технического потенциала страны в обеспечении безопасности дорожного движения.

В число ожидаемых результатов современных исследований должны входить новые теоретические положения, касающиеся уголовно-правового регулирования ответственности за автодорожные преступления, совершенные с использованием роботизированных транспортных средств, снабженных искусственным интеллектом, а также конкретные предложения по внесению изменений в действующее законодательство. В частности,

вектор развития уголовной политики государства должен быть направлен: на расширение теоретических знаний относительно рисков использования роботизированных транспортных средств в условиях широкомасштабной автомобилизации; получение новых научных данных о современном состоянии автодорожной преступности, социально-демографических чертах личности водителя, виновного в ДТП, а также об оценке общественного интереса к вопросу последствий внедрения современных достижений научно-технического прогресса в автомобильную промышленность; получение новых научных данных о правовой природе, механизме совершения и структуре автодорожной преступности в эпоху роботизации, закономерностях ситуационного подхода к исследованию данной проблематики; теоретическое обоснование модернизации отечественного уголовного законодательства в области обеспечения безопасности дорожного движения, а также современных подходов к профилактическим мероприятиям предупреждения автодорожной преступности в России; открытие новых путей использования результатов исследования при создании разработчиками алгоритмов действия модели этического выбора роботизированных транспортных средств в провоцирующих условиях; разработку новых копинг-стратегий как средств самоконтроля водителя в стрессовых ситуациях на основе открытия новых знаний о процессе эволюции метакогнитивных схем личности автодорожного преступника и средового влияния на них; разработку новой методики профессиональной подготовки водителей наряду с использованием в ней средств информатизации и технического контроля.

Несомненно, это крайне сложная задача, стоящая перед юридической наукой, требующая комплексного научного подхода, сопряженного с правовой оценкой рисков от использования автомобилей, снабженных искусственным интеллектом. А с учетом сложившейся неблагоприятной динамики дорожно-транспортного травматизма в России и недостаточной эффективности проводимых профилактических мероприятий органами власти (вопреки значительным финансовым государственным затратам) решение данной проблемы приобретает особую значимость. Поэтому современные научные исследования должны полностью укладываться в понимание цели обеспечения независимости и конкурентоспособности страны за счет наращивания и наиболее полного использования интеллектуального потенциала нации, обозначенной в Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации [11].

Литература

1. Показатели состояния безопасности дорожного движения. URL: <http://stat.gibdd.ru> (дата обращения: 04.02.2019).
2. Портал правовой статистики Генеральной Прокуратуры Российской Федерации. URL: http://crimestat.ru/world_ranking_road_traffic_deaths (дата обращения: 04.02.2019).
3. В новом докладе ВОЗ отмечается недостаточный прогресс в области обеспечения безопасности дорожного движения в мире. URL: <https://www.who.int/ru/news->

room/detail/07-12-2018-new-who-report-highlights-insufficient-progress-to-tackle-lack-of-safety-on-the-world's-roads (дата обращения: 04.02.2019).

4. О состоянии безопасности дорожного движения в РФ : государственный доклад МВД РФ. URL: <http://docs.cntd.ru/document/902068002> (дата обращения: 12.06.2017).

5. Яковлева Е.О. Личность водителя и ситуация в механизме совершения дорожно-транспортных преступлений / под ред. Ю.М. Антоняна. М. : Юрлитинформ, 2016. 192 с.

6. Баженова Д.Н. Социально-экономические потери от дорожно-транспортных происшествий // Евразийский научный журнал. 2016. № 4. С. 170–174.

7. Овчаренко М.С. Анализ и прогноз состояния и уровня аварийности на дорогах Российской Федерации и пути по ее снижению // Концепт : науч.-метод. электрон. журнал. 2016. Т. 15. С. 1661–1665. URL: <https://e-koncept.ru/2016/96251.htm> (дата обращения: 04.02.2019).

8. Grebenkov A.A., Yakovleva E.O. The state of modern malicious software: foundations of study on cyber-armaments // International Journal of Applied Engineering Research. 2016. T. 11, № 9. С. 6832–6834.

9. Байбарин А.А., Ефимова Е.О. Роль личности и ситуации при совершении дорожно-транспортных преступлений // Известия Юго-Западного государственного университета. Сер. История и право. 2013. № 4. С. 54–61.

10. Яковлева Е.О. Необходимость исследований эволюции метакогнитивных схем личности водителей в аварийных условиях // Lex Russica. 2018. № 3 (136). С. 115–127.

11. О Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации : Указ Президента РФ от 01.12.2016 № 642 // СПС «Консультант Плюс».

Yakovleva Elena O., Southwestern State University (Kursk, Russian Federation)

TRENDS IN THE DEVELOPMENT OF CRIMINAL POLICY IN THE ERA OF MASS ROBOTIZATION OF VEHICLES

Keywords: robotics, transport, crime, criminal policy.

DOI: 10.17223/22253513/36/12

The problem of road safety and vehicle operation raises a number of complexities of a socio-economic, administrative, and criminal nature. Therefore, the provisions considered in this article are mainly aimed at defining the problematic issues facing modern society in the era of active development of scientific and technological progress and ensuring transport security.

The upcoming changes related to the mass introduction of driverless vehicles should already find options for the criminal law reaction of the legislator. However, until now, the scientific achievements under consideration are in the plane of the traditional understanding of the mechanism of criminal behavior. The threat of stage-by-stage robotization consists in the inevitable transformation of the existing foundations of public consciousness and the current legal system, which in the new conditions will become ineffective or even contradictory. It is completely justified to believe that to prevent such a development of events, a comprehensive analysis and legal assessment of the risks from the use of robotic cars is necessary, followed by the development of a unified concept of criminal policy, as well as proposals for improving the current legislation.

The author refers to the main vectors of development of the criminal policy of the state:

- expanding theoretical knowledge about the risks of using robotic vehicles;
- obtaining new scientific data on the current state of road crime, socio-demographic and psychophysiological personality traits of the driver responsible for an accident.
- obtaining new scientific data on the legal nature, mechanism of Commission and structure of road crime in the era of robotization, regularities of situational approach to the study of this problem.
- theoretical justification of the modernization of domestic criminal legislation in the field of road safety, as well as modern approaches to preventive measures to prevent road crime.

- development of new coping strategies as a means of self-control of the driver in stressful situations based on the discovery of new knowledge about the evolution of metacognitive patterns of the road criminal's personality and environmental influence on them.
- development of a new methodology for professional driver training, along with the use of Informatization and technical control tools.
- discovery of new ways to use the results of the research when developers create algorithms for the ethical choice model of robotic vehicles in provocative conditions.

References

1. The State Road Safety Inspection of the Russian Federation. (n.d.) *Pokazateli sostoyaniya bezopasnosti dorozhnogo dvizheniya* [Indicators of road safety]. [Online] Available from: <http://stat.gibdd.ru> (Accessed: 4th February 2019).
2. The General Prosecutor's Office of the Russian Federation. (n.d.) *Legal statistics*. [Online] Available from: http://crimestat.ru/world_ranking_road_traffic_deaths (Accessed: 4th February 2019).
3. WHO. (2018) *V novom doklade VOZ otmechaetsya nedostatochnyy progress v oblasti obespecheniya bezopasnosti dorozhnogo dvizheniya v mire* [The new WHO report notes insufficient progress in road safety in the world]. [Online] Available from: <https://www.who.int/ru/news-room/detail/07-12-2018-new-who-report-highlights-insufficient-progress-to-tackle-lack-of-safety-on-the-world's-roads> (Accessed: 4th February 2019).
4. The Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. (2000) *O sostoyanii bezopasnosti dorozhnogo dvizheniya v RF* [On the state of road safety in the Russian Federation]. [Online] Available from: <http://docs.cntd.ru/document/902068002> (Accessed: 12th June 2017).
5. Yakovleva, E.O. (2016) *Lichnost' voditelya i situatsiya v mekhanizme soversheniya dorozhno-transportnykh prestupleniy* [The identity of the driver and the situation in the mechanism for committing traffic crimes]. Moscow: Yurlitinform.
6. Bazhenova, D.N. (2016) *Sotsial'no-ekonomicheskie poteri ot dorozhno-transportnykh proissheshtviy* [Socio-economic losses from road traffic accidents]. *Evraziyskiy nauchnyy zhurnal*. 4. pp. 170–174.
7. Ovcharenko, M.S. (2016) *Analiz i prognoz sostoyaniya i urovnya avariynosti na dorogakh Rossiyskoy Federatsii i puti po ee snizheniyu* [Analysis and forecast of the state and accident rate on the roads of the Russian Federation and ways to reduce it]. *Kontsept*. 15. pp. 1661–1665. [Online] Available from: <https://e-koncept.ru/2016/96251.htm> (Accessed: 04.02.2019).
8. Grebenkov, A.A. & Yakovleva, E.O. (2016) The state of modern malicious software: foundations of study on cyber-armaments. *International Journal of Applied Engineering Research*. 11(9). pp. 6832–6834.
9. Baybarin, A.A. & Efimova, E.O. (2013) Role of the personality of individual and of the situation in the commission of road traffic offenses. *Izvestiya Yugo-Zapadnogo gosudarstvennogo universiteta. Ser. Istoriya i pravo – Proceedings of South-West State University. Series History and Law*. 4. pp. 54–61. (In Russian).
10. Yakovleva, E.O. (2018) Necessity to Research the Evolution of Meta-Cognitive Aspects of Individual Drivers in Emergencies. *Lex Russica*. 3(136). pp. 115–127. (In Russian). DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.115-127
11. The Russian Federation. (2016) *O Strategii nauchno-tehnologicheskogo razvitiya Rossiyskoy Federatsii: Ukaz Prezidenta RF ot 01.12.2016 № 642* [On the Strategy for the scientific and technological development of the Russian Federation: Decree No. 642 of the President of the Russian Federation dated December 1, 2016]. [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_207967/

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО ПРАВА

УДК 34.096

DOI: 10.17223/22253513/36/13

Е.Н. Афанасьева

НОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ В ОБЛАСТИ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА БРОСАЮТ ВЫЗОВ ОСНОВАМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

В апреле 2019 г. независимой экспертной группой Европейской комиссии по вопросам искусственного интеллекта был издан новый вариант руководящих этических принципов благонадежности искусственного интеллекта вместе с документом, содержащим детальное определение искусственного интеллекта. Данное определение ставит перед юристами массу серьезных вопросов, ответить на которые, используя сложившийся теоретический инструментарий, чрезвычайно сложно.

Ключевые слова: искусственный интеллект, новые технологии, программные системы, юридические факты, правовой статус.

Техника со временем достигнет такого совершенства,
что человек сможет обходиться и без самого себя.

Ежи Лец

Тема искусственного интеллекта все чаще обсуждается учеными всего мира. Развитие в области робототехники идет стремительными темпами, которые, помимо азарта и восхищения, не могут не вызывать определенной паники. Как сказал Франсуа Вольтер, «прогресс – закон природы». Тем не менее современное человечество, создавая «сверхумные машины» по своему образу и подобию, ставит перед собой огромное количество нетривиальных вопросов, игнорировать которые не представляется возможным. Некоторые из этих вопросов предстоит решать и юристам.

Правовой статус «машины, наделенной искусственным интеллектом» (англ. – Artificial Intelligence; AI) по сей день является неопределенным. Учеными из разных стран на протяжении последних десятилетий предлагались различные варианты: придать роботам статус юридического лица, изобрести новое понятие – электронное лицо, некоторые даже осмеливались сравнивать их с человеком. Иные и вовсе высказывались об опасности наделения роботов каким-либо правовым статусом.

Прежде чем вступать в научную дискуссию по данному вопросу, необходимо обратиться к существующим на данный момент нормам права в данной области.

В число стран, более или менее основательно занимающихся вопросами робототехники на законодательном уровне, входят Соединенные Штаты Америки, Китай, Япония, Южная Корея, ОАЭ, Сингапур, Канада, Тайвань, Великобритания, Германия, Новая Зеландия, Нидерланды, Эстония, Франция, а также Европейский Союз. Данная работа не преследует цель дать исчерпывающий анализ всех существующих норм в интересующей нас области, поэтому обратимся к основным из них.

Одной из центральных юрисдикций, в которой вопросы регулирования робототехники и искусственного интеллекта проработаны наиболее подробно, является Европейский Союз. Проведен целый ряд правовых исследований по данной проблематике, разработаны концепции развития рассматриваемых отраслей, существуют проекты нормативных актов.

В апреле 2018 г. двадцатью пятью государствами – членами Европейского Союза подписана Декларация о сотрудничестве в области искусственного интеллекта – Declaration of cooperation on Artificial Intelligence [1]. Предполагается совместная деятельность по ряду направлений, среди которых:

- повышение технологического и производственного потенциала Европы в области искусственного интеллекта;
- применение искусственного интеллекта и решение социально-экономических проблем, с этим связанных;
- преобразование рынков труда и модернизация систем образования и обучения в Европе, включая повышение квалификации и переквалификацию граждан ЕС;
- обеспечение надлежащих правовых и этических норм, в основе которых лежат основные права и ценности ЕС, включая неприкосновенность частной жизни и защиту персональных данных, а также такие принципы, как прозрачность и подотчетность и пр.

В июне 2018 г. в рамках стратегии по вопросам искусственного интеллекта, объявленной ранее в том же году, Европейской комиссией была создана экспертная группа – The High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG).

В декабре 2018 г. AI HLEG представила первый проект Руководящих этических принципов надежного искусственного интеллекта – The Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence. В ходе последующих обсуждений с заинтересованными сторонами и встреч с представителями государств-членов руководящие принципы были пересмотрены и опубликованы в апреле 2019 г. [2].

Опираясь на основы права и этические принципы, в рассматриваемом документе перечислено семь ключевых требований, которым должны соответствовать системы искусственного интеллекта, чтобы быть надежными:

- человеческое управление и надзор (human agency and oversight);
- техническая надежность и безопасность (technical robustness and safety);
- конфиденциальность и управление данными (privacy and data governance);

- прозрачность (transparency);
- многообразие, недискриминация и справедливость (diversity, non-discrimination and fairness);
- социальное и экологическое благополучие (social and environmental well-being);
- подотчетность (accountability).

По мнению экспертной группы, разрабатывавшей Руководящие этические принципы надежного искусственного интеллекта, все перечисленные требования имеют одинаковое значение, поддерживают друг друга и должны быть реализованы и оценены на протяжении всего жизненного цикла системы. Однако остановимся подробнее на первом требовании. Представляется, что последующие требования включают элементы, которые так или иначе уже отражены в действующем законодательстве и, по сути, являются производными от первого.

Итак, кто главнее: человек или машина? На практике нам об этом поведаст время, а пока обратимся к теории, предлагаемой ЕС.

В соответствии с рассматриваемыми этическими принципами системы искусственного интеллекта должны поддерживать автономию человека и процесс принятия им решений, как это предписано принципом уважения автономии человека. Данное требование позволяет системам искусственного интеллекта выступать в качестве факторов, способствующих созданию демократического, процветающего и справедливого общества, оказывая поддержку пользователям и поощряя основные права, а также обеспечивая надзор со стороны человека. Как и многие технологии, системы искусственного интеллекта могут в равной степени обеспечивать и ограничивать основные права. Они могут приносить пользу людям, например помогая им отслеживать свои личные данные или увеличивая доступность образования, тем самым поддерживая их право на образование. Однако, учитывая охват и возможности рассматриваемых систем, они могут также негативно сказываться на основных правах. В ситуациях, когда риски существуют, по мнению экспертной группы AI HLEG, следует проводить оценку такого воздействия на фундаментальные права. Подобный анализ должен быть осуществлен до внедрения конкретной системы, включая и оценку того, могут ли эти риски быть уменьшены или оправданы в случае необходимости в демократическом обществе в целях уважения прав и свобод других. Кроме того, следует создать механизмы для получения внешней обратной связи в отношении систем искусственного интеллекта, которые потенциально грозят нарушением основных прав.

Обращаясь к вопросу о человеческом управлении, AI HLEG отмечает, что пользователи должны иметь возможность принимать обоснованные автономные решения относительно систем искусственного интеллекта. Людям следует предоставить знания и инструменты для удовлетворительного понимания и взаимодействия с такими системами и, где это возможно, позволить разумно самостоятельно оценить или оспорить действия системы. Задача искусственного интеллекта – поддерживать людей в принятии

лучших, более информированных решений в соответствии с их целями. Системы искусственного интеллекта иногда могут быть использованы для влияния на поведение человека с помощью механизмов, которые трудно обнаружить, поскольку они могут использовать подсознательные процессы, включая различные формы несправедливых манипуляций, обмана, слежки и понуждения¹, способные угрожать индивидуальной автономии. Итоговый принцип автономии пользователей должен быть центральным для функциональности системы. Ключом к этому является право не подчиняться решению, основанному исключительно на автоматизированной обработке, когда это создает правовые последствия для пользователей или аналогичным образом существенно влияет на них.

Концепция человеческого надзора, по заверениям AI HLEG, помогает гарантировать, что система не подорвет автономию человека или не вызовет других негативных последствий. Надзор может быть обеспечен с помощью таких механизмов управления, как *human-in-the-loop* (HITL), *human-on-the-loop* (HOTL) или *human-in-command* (HIC). HITL относится к способности человека вмешиваться в каждый цикл принятия решений системы, что во многих случаях невозможно и нежелательно. HOTL обеспечивает возможность вмешательства человека во время цикла проектирования системы и мониторинга ее работы. HIC означает способность контролировать общую деятельность системы искусственного интеллекта (включая ее более широкие экономические, социальные, правовые и этические последствия) и решать, когда и как использовать систему в любой конкретной ситуации. Это может включать в себя решение не использовать систему в конкретной ситуации, установить уровни дискреции человека во время использования системы или обеспечить возможность переопределения решения, принятого системой. Кроме того, необходимо обеспечить, чтобы государственные органы имели возможность осуществлять контроль в соответствии с их полномочиями. Механизмы надзора могут потребоваться в различной степени для поддержки других мер безопасности и контроля в зависимости от области применения системы и потенциального риска. При прочих равных условиях чем меньше контроля человек может осуществлять над системой искусственного интеллекта, тем более обширное тестирование и более строгое управление требуются.

На первый взгляд, принципы вполне разумные, однако их реализация на практике может оказаться весьма затруднительной. В целях решения данной проблемы в Руководящих принципах представлен оценочный перечень, содержащий руководящие указания по практическому осуществлению каждого требования. Этот оценочный список еще будет проходить

¹ Последние два термина переведены мною не вполне точно по причине неблагозвучности. Если выражение «herding and conditioning», использованное в докладе независимой экспертной группы Европейской комиссии AI HLEG переводить дословно, то получается, что системы искусственного интеллекта могут осуществлять «выпас» (как в случае со скотом) и «воздействие на условные рефлексы» человека.

доработку, в которой могут участвовать все заинтересованные стороны, с тем чтобы получить обратную связь для его улучшения (ведь документ вышел совсем недавно – 8 апреля 2019 г.). Под заинтересованными сторонами, участвующими в жизненном цикле систем искусственного интеллекта, AI HLEG понимает разработчиков (developers), администраторов размещения (deployers) и конечных пользователей (end-users), а также общество в целом. Под разработчиками экспертная группа Еврокомиссии подразумевает тех, кто занимается исследованиями, проектированием и / или разработкой систем искусственного интеллекта. Администраторы размещения – это государственные или частные организации, которые используют системы искусственного интеллекта в своих бизнес-процессах и предлагают продукты и услуги другим. Конечными пользователями являются те, кто прямо или косвенно взаимодействует с системой искусственного интеллекта. Каждая из перечисленных заинтересованных сторон играет свою роль в обеспечении соблюдения требований:

- разработчики должны внедрять и применять требования к процессам проектирования и разработки;

- администраторы размещения должны обеспечивать, чтобы используемые ими системы, а также предлагаемые ими продукты и услуги отвечали требованиям;

- конечные пользователи и общество в целом должны быть информированы об этих требованиях и иметь возможность требовать их соблюдения.

Непосредственно решение задачи по обеспечению соблюдения требований, обозначенных AI HLEG, ложится на плечи юристов и правоприменителей. Подобная задача представляется весьма непростой, учитывая отсутствие сложившейся практики и соответствующей законодательной базы. Фактически ее только предстоит создать и внедрить, причем в соответствии с уже существующими нормами. Сделать это, не имея четкого понимания, что есть искусственный интеллект и каков его правовой статус, практически невозможно.

Полагая начало выполнению данной задачи, параллельно с приведенными выше этическими принципами надежного искусственного интеллекта AI HLEG также подготовила пересмотренный документ, в котором подробно излагается определение искусственного интеллекта.

Вот как выглядит это определение:

“Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behavior by analysing how the environment is affected by their previous actions...” [3].

«Системы искусственного интеллекта (AI) – это программные (и, возможно, также аппаратные) системы, разработанные людьми, которые, учи-

тывая сложную цель, *действуют* в физическом или цифровом измерении, воспринимая свою среду посредством сбора данных, интерпретируя собранные структурированные или неструктурированные данные, рассуждая о знаниях или обрабатывая информацию, полученную из этих данных, и *принимая решение* о наилучших действиях для достижения данной цели. Системы AI могут либо использовать символические правила, либо изучать числовую модель, а также адаптировать свое поведение, анализируя, как на окружающую среду влияют их предыдущие действия...» (перевод мой. – Е.А.).

Данное определение, безусловно, достойно самого подробного изучения и анализа, который, вероятно будет осуществлен в последующих работах. Тем не менее ключевой момент, на который необходимо обратить пристальное внимание уже сейчас, – это то, что системы искусственного интеллекта *«действуют... принимая решения...»*

Подобная формулировка ставит под угрозу рассмотренное выше фундаментальное требование о человеческом управлении и надзоре. Безусловно, впоследствии данное определение обрстет бесчисленным количеством технических подробностей и формулировок, через которые «простому смертному юристу» будет крайне сложно добраться до сути. А суть, как видно из приведенного определения, над которым не один год работали далеко не случайные люди, в том, что искусственный интеллект наделяется волевыми признаками.

Как известно еще из теории права, жизненные обстоятельства, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение или прекращение правоотношений, называются юридическими фактами, которые по волевому признаку принято делить на события и действия. События – это обстоятельства, которые объективно не зависят от воли и сознания людей (например, стихийные бедствия). Они могут быть уникальными и периодическими, моментальными и продолжительными, абсолютными (полностью независимыми от воли людей) и относительными (вызванными деятельностью людей, но в данном правоотношении независимыми от породивших их причин). Действия – это факты, которые зависят от воли людей, поскольку совершаются ими.

В свете сказанного выше встает резонный вопрос: какое место в системе юридических фактов следует отвести действиям, совершенным по воле искусственного интеллекта (т.е. на основе принятых им решений)? Ведь действия до недавнего времени были прерогативой людей. Даже если собака, кусая соседа, *действовала* по своему усмотрению, отвечать за последствия будет ее хозяин, поскольку с точки зрения права собака, какой бы дрессированной она ни была, считается вещью.

Остаются «события», которые объективно не зависят от воли и сознания людей. Действительно, если система искусственного интеллекта, пусть даже созданная и запрограммированная человеком, самостоятельно принимает решения о своих действиях в каждой конкретной ситуации, то воля и сознание человека здесь совершенно не причем. На данном этапе остает-

ся лишь констатировать, что с правовой точки зрения самостоятельные действия систем искусственного интеллекта формально подпадают под признаки стихийных бедствий.

Так или иначе, становится очевидным, что помимо преобразования рынков труда, модернизации систем образования и переквалификации граждан, которыми так озабочен Евросоюз, юристам всего мира придется подстраивать основы теории права под этот меняющийся со скоростью звука «безумный, безумный, безумный, безумный мир». Если только искусственный интеллект не сделает это за них.

Литература

1. EU Member States sign up to cooperate on Artificial Intelligence // European Commission. URL: <https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/humaint/news/eu-member-states-sign-cooperate-artificial-intelligence> (accessed: 22.04.2019).

2. Requirements of Trustworthy AI // European Commission. URL: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines/1#well-being> (accessed: 22.04.2019).

3. Ethics Guidelines for Trustworthy AI // European Commission. URL: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation> (accessed: 22.04.2019).

Afanasyeva Ekaterina N., Turin University; JALANNA FASHION GROUP (Turin, Italy)

NEW TECHNOLOGIES IN THE FIELD OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE CHALLENGE THE FOUNDATIONS OF CIVIL LAW

Keywords: artificial intelligence, new technologies, software systems, legal facts, legal status.

DOI: 10.17223/22253513/36/13

The legal status of the "machine endowed with artificial intelligence" is still uncertain. Over the past decades, scientists from different countries have proposed different options: to give robots the status of a legal entity, to invent a novel concept - an electronic person, some even dared to compare them with a person. Others spoke about the danger of giving robots any legal status. In April last year, the independent European Commission High- Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG) published a new version of the Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence, along with a document defining artificial intelligence. This definition raises a lot of serious questions for lawyers and it is extremely difficult to answer them even using the existing theoretical instrumentarium. The immediate task of enforcing the AI HLEG requirements falls on the shoulders of lawyers. Such a task is not an easy one, taking into account the lack of established practice and appropriate legislative framework. It has to be created and implemented under the existing norms. It is almost impossible to do this without having a clear understanding of artificial intelligence and its legal status.

The key point in the definition proposed by AI HLEG is that artificial intelligence "acts... by deciding...". Such a wording jeopardizes the fundamental requirement for human governance and oversight. As we know from the theory of law, the life circumstances with which the law binds the emergence, change or termination of legal relations are called legal facts (events and actions). In the light of the above, there is a reasonable question about the place of actions taken at the discretion of artificial intelligence (i.e. based on the decisions it made) in the system of legal facts, until recently actions were the prerogative of people. Thus, we have "events" that do not objectively depend on the will and consciousness of people. Indeed, if even created and programmed by man the artificial intelligence system independently decides about its actions in each situation, then the will and consciousness of men have absolutely

nothing to do with it. At this stage, we have to state that from a legal point of view, the independent actions of artificial intelligence systems formally fall under the signs of natural disasters.

Anyway, it has become obvious that in addition to the transformation of labor markets, modernization of education systems and retraining of citizens (the things the European Union much concerned with), lawyers around the world will have to adapt the foundations of the theory of law to this changing at the velocity of sound “mad, insane, crazy world”. Unless artificial intelligence does it for them.

References

1. EU. (n.d.) *EU Member States sign up to cooperate on Artificial Intelligence*. [Online] Available from: <https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/humaint/news/eu-member-states-sign-cooperate-artificial-intelligence> (Accessed: 22nd April 2019).

2. EU. (n.d.) *Requirements of Trustworthy AI*. [Online] Available from: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines/1#well-being> (Accessed: 22nd April 2019).

3. EU. (n.d.) *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. [Online] Available from: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation> (Accessed: 22nd April 2019).

УДК 331.108.64

DOI: 10.17223/22253513/36/14

Е.Р. Воронкова

ФОРМИРОВАНИЕ ДОБРОСОВЕСТНОГО ОТНОШЕНИЯ РАБОТНИКА К ТРУДУ КАК ОСНОВНАЯ ЦЕЛЬ ДИСЦИПЛИНАРНОГО ПРОИЗВОДСТВА

Обосновывается, что в рамках дисциплинарного производства реализуется единый способ воздействия работодателя на правосознание работника, органично объединяющий в себе и метод убеждения, и метод принуждения. Делается вывод о необходимости установления в локальных нормативных правовых актах четкой процедуры применения к работникам мер дисциплинарного взыскания, а также законодательного закрепления правового статуса работника, подлежащего дисциплинарной ответственности.

Ключевые слова: принуждение, дисциплинарная ответственность, дисциплинарное производство, добросовестное отношение к труду.

Работодатель привлекает работников к дисциплинарной ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение трудовых обязанностей (ст. 192 ТК РФ). В процессе дисциплинарного производства он применяет такой способ обеспечения дисциплины труда, как принуждение, связанное с ограничением правового положения работника путем применения мер материального, морального, организационного характера [1. С. 162].

С данной трактовкой принуждения можно было бы согласиться, если считать целью дисциплинарного производства только «справедливое возмездие» за совершенный работником дисциплинарный проступок. Однако процедура привлечения к дисциплинарной ответственности должна позволять работодателю достигать и иных, более значимых для обеспечения дисциплины труда, целей: корректировки поведения работника в соответствии с установленным внутренним трудовым распорядком, а также формирования его осознанного добросовестного отношения к труду. Под добросовестным отношением к труду можно понимать такое отношение работника, когда он заинтересован как в процессе, так и результате своего труда, относится с должной степенью заботливости и осмотрительности к осуществлению своих трудовых обязанностей, готов сделать больше, чем от него ожидает работодатель. Оно не сводится только к формальному согласованию работником своего поведения с правилами, установленными работодателем, а подразумевает их осознанное принятие и эффективную реализацию в трудовой деятельности. В конечном счете добросовестность работника можно рассматривать как показатель, непосредственно коррелирующий с производительностью его труда.

Применение метода принуждения в классическом его понимании в дисциплинарном производстве в настоящее время нуждается в переосмыслении. Нельзя согласиться, что методы обеспечения дисциплины труда в организации применяются независимо друг от друга либо последовательно друг за другом (убеждение, стимулирование (поощрение), принуждение, контроль).

Основанием возникновения дисциплинарного производства является правоприменительное решение работодателя в связи с обнаружением совершенного работником дисциплинарного проступка. Дисциплинарное производство представляет собой единое процедурное правоотношение, т.е. последовательную систему правовых действий работодателя информационного (разъяснительного), воспитательного и принудительного характера. В его рамках реализуется единый способ воздействия работодателя на правосознание работника, органично объединяющий и метод убеждения, и метод принуждения. Он представляет собой синтез информационных (разъяснительных) действий и вспомогательных мероприятий, направленных на коррективку поведения работника в процессе труда, на улучшение выполнения им своих трудовых обязанностей под потенциальной угрозой наступления невыгодных последствий материального, морального, организационного характера.

Субъектами дисциплинарного производства являются работодатель и работник, а его содержанием – реализация ими своих прав и обязанностей. Изучение дисциплинарной практики в организации показывает, что работник, подлежащий дисциплинарной ответственности, не является его субъектом. Изменение роли работника в процессе дисциплинарного производства будет способствовать достижению его целей по следующим причинам. Во-первых, работник понимает, что инициированное дисциплинарное производство не имеет своей единственной целью применение к нему мер дисциплинарного взыскания. Дисциплинарное производство направлено на преодоление конфликтной ситуации в организации, оно должно побуждать стороны к осознанию и оценке своего поведения. Во-вторых, наличие соответствующих дисциплинарных прав у работника позволит ему отстаивать свою позицию в процессе дисциплинарного производства, что будет способствовать установлению объективности при оценке обстоятельств совершения дисциплинарного проступка для принятия справедливого дисциплинарного решения.

Таким образом, для эффективного дисциплинарного производства необходимо:

- 1) установить четкую процедуру привлечения недобросовестных работников к дисциплинарной ответственности;
- 2) законодательно закрепить правовой статус работника, подлежащего дисциплинарной ответственности.

Применение к работнику мер дисциплинарного взыскания всегда затрагивает его честь и достоинство, в связи с чем гарантии объективности дисциплинарного производства должны быть детально проработаны и закреплены

в нормах права. Положительным примером нормативного регулирования порядка привлечения работников к дисциплинарной ответственности может быть трудовое законодательство Великобритании, в частности Процедурный кодекс Консультативной службы примирения и арбитража № 1 «Порядок привлечения к дисциплинарной ответственности и процедура обжалования действий работодателя» [2]. Он разработан в соответствии со ст. 199 Консолидированного закона «О профсоюзах и трудовых отношениях» 1992 г., представлен на утверждение обеих палат парламента 16 января 2015 г. и введен в действие приказом Государственного Секретаря 11 марта 2015 г.

Анализ и обобщение практики применения трудового законодательства России и Великобритании позволили сделать вывод, что процедура привлечения работника к дисциплинарной ответственности может быть опосредована локальными нормативными правовыми актами, например правилами внутреннего трудового распорядка организации. Она должна включать обязательные стадии:

1. Возбуждение дисциплинарного производства и расследование работодателем обстоятельств дисциплинарного проступка.

2. Вынесение работодателем (его представителем) решения о необходимости привлечения работника к дисциплинарной ответственности и выборе применяемой меры ответственности или об отсутствии такой необходимости.

3. Предварительное согласование избранной работодателем меры ответственности с компетентным органом в случаях, предусмотренных законодательством.

4. Издание приказа (распоряжения) о привлечении работника к дисциплинарной ответственности.

5. Обжалование работником привлечения к дисциплинарной ответственности в государственную инспекцию труда и (или) органы по рассмотрению индивидуальных трудовых споров.

После обнаружения неисполнения или ненадлежащего исполнения работником трудовых обязанностей работодатель может инициировать проведение расследования для установления факта дисциплинарного проступка и обстоятельств, при которых он был совершен. Для этого работодатель формирует комиссию. Целью работы комиссии должны стать сбор, исследование и оценка доказательств по факту дисциплинарного проступка. Комиссии следует составить план проведения служебного расследования, определить круг фактов и обстоятельств, подлежащих проверке, доступные источники сбора доказательств. В процессе дисциплинарного расследования работодатель вправе проводить проверки, изучать материалы о дисциплинарном проступке, полученные от других работников, в том числе и от непосредственного руководителя работника, привлекающегося к дисциплинарной ответственности, опрашивать свидетелей (очевидцев) проступка.

Содержание дисциплинарного расследования должно носить конфиденциальный характер, что позволит снизить внешнее негативное влияние

на работника, в отношении которого оно проводится, избежать возникновения конфликтных ситуаций в коллективе, снизить риск достижения договоренностей между свидетелями о том, какими должны быть их показания.

Одновременно с изданием приказа о проведении дисциплинарного расследования и формировании комиссии работник должен быть письменно уведомлен об этом. Уведомление должно содержать достаточно подробные сведения о предполагаемом дисциплинарном проступке, требовании к работнику предоставить письменные объяснения по факту неисполнения или ненадлежащего исполнения трудовых обязанностей, а также информацию о процедуре привлечения к дисциплинарной ответственности, месте и времени проведения заседаний комиссии по расследованию и дисциплинарной комиссии, правах работника на каждом этапе дисциплинарного производства.

Согласно ст. 193 ТК РФ работодатель обязан затребовать от работника письменное объяснение. Если по истечении двух рабочих дней указанное объяснение работником не предоставляется, то работодатель должен составить соответствующий акт. Такой акт позволяет работодателю использовать свидетельские показания лиц, подписавших его, для подтверждения состоявшегося отказа. Работодатель должен составлять акт только по истечении указанного срока, даже в случае изначального категорического отказа работника предоставить письменные объяснения. Таким образом, работнику гарантируется возможность изменить свое решение, стать активным участником расследования совершенного дисциплинарного проступка¹. Отказ работника дать объяснение в письменной форме не является препятствием для проведения расследования дисциплинарного проступка.

В Великобритании в рамках дисциплинарного производства в исключительных случаях предусматривается возможность отстранения работника от работы для проведения дисциплинарного расследования. Например, это является допустимым если: есть разумные основания полагать, что работник может попытаться подделать или уничтожить доказательства, повлиять на свидетелей и / или повлиять на ход проведения дисциплинарного расследования; действия работника дают повод работодателю полагать, что его пребывание на рабочем месте может повлечь за собой порчу или гибель имущества работодателя (в том числе имущества третьих лиц, находящегося у работодателя, если работодатель несет ответственность за сохранность этого имущества) либо создать угрозу жизни и здоровью людей; работник является объектом уголовного преследования, что влияет на возможность осуществления им трудовой функции [3]. Право отстранять работника от работы во время дисциплинарного расследования закрепляется в трудовом договоре с работником и обычно предполагает сохранение за ним среднего заработка и льгот на период отстранения. Отстранение должно носить кратковременный и объективно обусловленный характер,

¹ Представляется, что Определение Верховного суда от 30 июля 2008 г. № 36-В08-23 в связи с этим отражает не совсем обоснованную позицию по применению ст. 193 ТК РФ.

иначе у работника возникает право требовать от работодателя возмещения причиненного ущерба в связи с существенными нарушениями трудового договора.

Трудовой кодекс РФ не предусматривает подобной возможности, поскольку ст. 76 ТК РФ закрепляет закрытый перечень оснований отстранения работника. Однако данное право работодателя в рамках дисциплинарного производства в пределах, строго ограниченных ТК РФ, могло бы способствовать объективному расследованию совершенных дисциплинарных проступков и своевременному принятию справедливых решений о применении мер дисциплинарного взыскания.

Дисциплинарное расследование завершается принятием акта комиссии о проведении дисциплинарного расследования, в котором отражаются факты и обстоятельства, нашедшие подтверждение в ходе разбирательства, доказательства приведенных фактов и обстоятельств, ссылки на их источники. Работодатель обязан ознакомить работника с актом дисциплинарного расследования, а также со всеми документами, полученными или составленными в его процессе.

Принятие дисциплинарного решения должно осуществляться специальной дисциплинарной комиссией, создаваемой работодателем. Заседание дисциплинарной комиссии должно быть проведено в разумные сроки без необоснованных задержек. В уведомлении работника о проведении заседания дисциплинарной комиссии должны быть указаны дата, время и место заседания, состав дисциплинарной комиссии, ее цели и задачи, основание для проведения заседания дисциплинарной комиссии, права работника, подлежащего привлечению к дисциплинарной ответственности, сроки для предоставления возражений по организационным вопросам проведения дисциплинарной комиссии, а также последствия неявки на ее заседание.

На заседании работодатель (его представитель) должен объяснить существо дисциплинарного проступка, представить доказательства, которые были собраны, а работник вправе изложить свое видение проступка, ответить на сформулированные обвинения. Работнику должна быть предоставлена разумная возможность задавать вопросы, представлять доказательства, вызывать соответствующих свидетелей (о своем намерении ему необходимо сообщить работодателю заранее). Как подчеркивается в рекомендациях по применению Процедурного Кодекса № 1, правильно проведенное заседание дисциплинарной комиссии – двусторонний процесс, в котором работнику должна быть отведена активная роль [4].

Согласно законодательству Великобритании на этой стадии работник имеет право на сопровождение представителем (коллегой, представителем профсоюза или должностным лицом, нанятым профсоюзом). Возможность участия представителя в заседании дисциплинарной комиссии должна быть реальной. Если представитель работника не может присутствовать на заседании, работодатель обязан отложить заседание, но не более чем на пять рабочих дней. Представитель имеет право излагать суть дела, обращаться к дисциплинарной комиссии с ходатайствами, совещаться с работ-

ником во время слушания, отвечать от имени работника на любые вопросы, поставленные на заседании, давать оценку представленным доказательствам, подводить итоги от имени работника по окончании заседания дисциплинарной комиссии.

Отсутствие подобной возможности для работников в российском законодательстве значительно снижает уровень защищенности работников, подлежащих дисциплинарной ответственности. Предоставление указанного права работнику является обоснованным, поскольку:

1) язык, на котором ведется заседание, может быть неродным для работника, и у него могут возникать трудности перевода, которые в состоянии устранить его представитель;

2) наличие представителя позволяет работнику чувствовать себя более комфортно и уверенно отвечать на поставленные вопросы;

3) представитель при наличии определенного опыта может скорректировать действия работника и помочь выстроить линию защиты;

4) процедура, позволяющая работнику привлекать представителя, вселяет в него большее доверие к процессу дисциплинарного производства;

5) такая возможность позволяет работнику уклониться от активного участия в заседании дисциплинарной комиссии, поскольку в любом случае ее проведение сопряжено со значительными психологическими и эмоциональными переживаниями.

Решение дисциплинарной комиссии должно оформляться протоколом, в котором обосновывается решение о необходимости привлечения работника к дисциплинарной ответственности или прекращения дисциплинарного производства. Согласно ст. 193 ТК РФ при наложении дисциплинарного взыскания должны учитываться тяжесть совершенного проступка и обстоятельства, при которых он был совершен. Если в процессе разбирательства не установлены факты грубого и злостного неисполнения трудовых обязанностей, нежелания работника реагировать на обоснованные требования работодателя, дисциплинарной комиссии следует решить вопрос о возможном отказе от привлечения работника к дисциплинарной ответственности. При этом для реализации целей исправления поведения работника и формирования добросовестного отношения к труду как при привлечении работника к дисциплинарной ответственности, так и при прекращении дисциплинарного производства дисциплинарная комиссия должна составлять план повышения эффективности исполнения им трудовых обязанностей.

Если учесть дисциплинарную практику англосаксонских стран, то данный план должен включать в себя: описание проблем при выполнении работником трудовых обязанностей; необходимые действия, которые обязан выполнить работник, чтобы повысить качество выполняемой работы; сроки выполнения предлагаемых мероприятий; форму отчетности по результатам выполнения плана; меры, оказываемые работодателем по содействию достижения требуемых результатов, включая проведение повышения квалификации, дополнительного обучения, стажировок; последствия невыполнения плана повышения эффективности. Копия плана повышения

эффективности должна храниться и использоваться в качестве основы для мониторинга и анализа результативности в течение определенного периода (например, шести месяцев). Его внедрение в России встретит вполне понятное сопротивление работодателей и потребует серьезной перестройки в работе профсоюзных организаций.

Работник должен быть письменно под роспись ознакомлен с решением дисциплинарной комиссии, последствиями привлечения его к дисциплинарной ответственности и невыполнения плана повышения эффективности, а также с правом на обжалование решения работодателя.

Согласно ст. 373 ТК РФ при принятии решения о возможном расторжении трудового договора в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 81 ТК РФ с работником, являющимся членом профессионального союза, работодатель обязан учесть мотивированное мнение выборного органа первичной профсоюзной организации. При этом работодатель направляет в выборный орган соответствующей первичной профсоюзной организации проект приказа, а также копии документов, являющихся основанием для принятия указанного решения. В случае рассмотрения трудового спора в суде работодателю надлежит, в частности, представить доказательства того, что проект приказа и копии документов, являющихся основанием для принятия решения об увольнении, направлялись в выборный орган соответствующей первичной профсоюзной организации, что работодатель провел дополнительные консультации с выборным органом первичной профсоюзной организации в тех случаях, когда выборный орган первичной профсоюзной организации выразил несогласие с предполагаемым увольнением работника, а также что был соблюден месячный срок для расторжения трудового договора, исчисляемый со дня получения работодателем мотивированного мнения выборного органа первичной профсоюзной организации [5].

Таким образом, закон устанавливает формальные процедурные требования к работодателю, тем самым фактически отстраняя представителей трудового коллектива от участия в решении вопросов о наличии в действиях работника состава дисциплинарного проступка и его вины. В ст. 373 ТК РФ должна быть установлена обязанность работодателя направлять выборному органу первичной профсоюзной организации акт дисциплинарного расследования и материалы к нему для составления мотивированного мнения, а также приглашать представителей профсоюзного органа для участия в заседании дисциплинарной комиссии. Данные положения законодательства о труде России в конечном итоге будут способствовать своевременному выражению мнения профсоюзным органом, положительно скажутся на справедливости и законности принимаемого работодателем решения.

Дисциплинарное взыскание применяется не позднее одного месяца со дня обнаружения проступка, не считая времени болезни работника, пребывания его в отпуске, а также времени, необходимого на учет мнения представительного органа работников. Дисциплинарное взыскание, за исключением дисциплинарного взыскания за несоблюдение ограничений и запретов, неисполнение обязанностей, установленных законодательством

Российской Федерации о противодействии коррупции, не может быть применено позднее шести месяцев со дня совершения проступка, а по результатам ревизии, проверки финансово-хозяйственной деятельности или аудиторской проверки – позднее двух лет со дня его совершения. Дисциплинарное взыскание за несоблюдение ограничений и запретов, неисполнение обязанностей, установленных законодательством Российской Федерации о противодействии коррупции, не может быть применено позднее трех лет со дня совершения проступка. В указанные сроки не включается время производства по уголовному делу.

Приказ (распоряжение) работодателя о применении дисциплинарного взыскания объявляется работнику под роспись в течение трех рабочих дней со дня его издания, не считая времени отсутствия работника на работе. Если работник отказывается ознакомиться с указанным приказом (распоряжением) под роспись, то составляется соответствующий акт.

Как уже отмечалось ранее, для достижения целей дисциплинарного производства необходимо законодательно закрепить статус работника, подлежащего дисциплинарной ответственности. Так, в ст. 193 ТК РФ должны найти отражение следующие права работника:

1) право на письменное уведомление о возбуждении дисциплинарного производства, о сути предполагаемого дисциплинарного проступка, разъяснение работнику под роспись правил и процедур его проведения, а также прав работника в процессе привлечения с дисциплинарной ответственности (о даче объяснения, ознакомления с документами и т.д., о последствиях отказа от этих прав);

2) право на объяснение по факту дисциплинарного проступка и обстоятельствам, при которых он был совершен;

3) право на письменное уведомление работника о проведении проверок, заседаний комиссии по служебному расследованию и / или дисциплинарной комиссии, право на непосредственное участие в их заседаниях;

4) право на ознакомление работника со всеми материалами проверок, документами, полученными или составленными в ходе расследования;

5) право на сохранение конфиденциальности информации, полученной и представленной работодателем в рамках дисциплинарного производства;

6) право работника действовать через своего представителя для защиты прав и интересов в ходе дисциплинарного производства;

7) право требовать от работодателя полного и всестороннего расследования факта дисциплинарного проступка и обстоятельств, при которых он был совершен, до принятия мер дисциплинарного взыскания;

8) право на получение разъяснения по вопросам реализации мероприятий по повышению эффективности исполнения трудовых обязанностей работником, подлежавшим дисциплинарному преследованию, способов и сроков проверки выполнения мероприятий, последствий отказа от выполнения предписаний дисциплинарной комиссии, а также мер содействия, оказываемых работодателем для достижения требуемых результатов, включая проведение повышения квалификации, дополнительного обучения, стажировок;

9) право на обжалование привлечения к дисциплинарной ответственности в государственную инспекцию труда и (или) органы по рассмотрению индивидуальных трудовых споров.

Таким образом, в рамках дисциплинарного производства реализуется особый единый способ воздействия работодателя на правосознание работника, органично объединяющий в себе и метод убеждения, и метод принуждения. Он позволяет корректировать поведение работника в соответствии с установленным внутренним трудовым распорядком, а также формировать добросовестное отношение его к труду. Достижение указанных целей дисциплинарного производства возможно при наличии дисциплинарной политики у работодателя и детально установленных правил привлечения работников к дисциплинарной ответственности, предусмотренных локальными нормативными актами организации, а также предоставления возможности лицу, привлекаемому к дисциплинарной ответственности, реализовывать права в процессе дисциплинарного производства. Это позволит работнику стать его активным участником, обеспечить открытость, своего рода прозрачность дисциплинарных процедур, объективность расследования совершенных дисциплинарных проступков и справедливость принимаемых работодателем решений о применении мер дисциплинарного взыскания.

Литература

1. Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части. Томск : Том. гос. пед. ун-т, 1998. 184 с.
2. Acas Code of Practice 1 Disciplinary and grievance procedures. URL: http://www.acas.org.uk/media/pdf/p/f/11287_CoP1_Disciplinary_Procedures_v1__Accessible.pdf (accessed: 17.01.2019).
3. Conducting workplace investigations : the ACAS Guidance. February, 2019. URL: http://www.acas.org.uk/media/pdf/e/h/Conducting_Workplace_Investigations_Feb_191.pdf (accessed: 19.03.2019).
4. Discipline and grievances at work: the Acas guide. February, 2019. URL: http://www.acas.org.uk/media/pdf/p/3/DG_Guide_Feb_2019.pdf (accessed: 19.03.2019).
5. О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 // Рос. газ. 2004. 08 апр. № 72.

Voronkova Ekaterina R., Novosibirsk State University (Novosibirsk, Russian Federation)

FORMATION OF A CONSCIENTIOUS ATTITUDE OF AN EMPLOYEE TO WORK AS THE MAIN GOAL OF DISCIPLINARY PROCEEDINGS

Keywords: coercion, disciplinary responsibility, disciplinary proceedings, conscientious attitude to work.

DOI: 10.17223/22253513/36/14

The use of the method of coercion in the process of bringing an employee to disciplinary responsibility needs to be rethought. Disciplinary proceedings are a single procedural legal relationship, i.e. a consistent system of legal actions of the employer of informational (explanatory), educational and compulsory nature. It implements a single method of influencing the employer's legal awareness of the employee, which organically combines both the method of persuasion and the method of coercion. It is a synthesis of informational (explanatory)

actions and auxiliary measures aimed at correcting the employee's behavior in the course of work, to improve the performance of their work duties under the potential threat of unfavorable consequences of a material, moral, organizational nature. The application of disciplinary measures to an employee always affects his honor and dignity, so the guarantees of objectivity of disciplinary proceedings must be elaborated in detail and enshrined in the law. Thus, for effective disciplinary proceedings, it is necessary: 1) establish a clear procedure for bringing dishonest employees to disciplinary responsibility; 2) legislate the legal status of an employee subject to disciplinary responsibility.

Article 193 of the Labor Code of the Russian Federation should reflect the following rights of an employee:

1) the employee's right to a written notification of the initiation of disciplinary proceedings, the essence of the alleged disciplinary offense, explanation to the employee under the signature of the rules and procedures for its conduct, as well as the rights of the employee in the process of bringing disciplinary responsibility;

2) the right to an explanation of the fact of disciplinary misconduct and the circumstances under which it was committed;

3) the right to notify the employee in writing about inspections, meetings of the Commission for internal investigation and / or disciplinary Commission, the right to participate directly in their meeting;

4) the right to familiarize the employee with all inspection materials, documents received or compiled in the course of the investigation;

5) the right to maintain the confidentiality of information received and submitted by the employer in the course of disciplinary proceedings;

6) the right of the employee to act through his representative to protect the rights and interests in the course of disciplinary proceedings;

7) the right to demand from the employer a full and comprehensive investigation of the fact of disciplinary misconduct and the circumstances under which it was committed, before taking disciplinary action;

8) the right to receive clarification on the implementation of measures to improve the performance of labor duties by an employee who was subject to disciplinary prosecution;

9) the right to appeal against disciplinary liability.

References

1. Lebedev, V.M. (1998) *Trudovoe pravo: problemy obshchey chasti* [Labor law: problems of the General Part]. Tomsk: Tomsk State Pedagogical University.

2. The UK. (n.d.) *Acas Code of Practice on disciplinary and grievance procedures*. [Online] Available from: http://www.acas.org.uk/media/pdf/p/f/11287_CoP1_Disciplinary_Procedures_v1_Accessible.pdf (Accessed: 17th January 2019).

3. The UK. (2019a) *Conducting workplace investigations: the ACAS Guidance*. February, 2019. [Online] Available from: http://www.acas.org.uk/media/pdf/e/h/Conducting_Workplace_Investigations_Feb_191.pdf (Accessed: 19th March 2019).

4. The UK. (2019b) *Discipline and grievances at work: the Acas guide*. February, 2019. [Online] Available from: http://www.acas.org.uk/media/pdf/p/3/DG_Guide_Feb_2019.pdf (Accessed: 19th March 2019).

5. The Supreme Court of the Russian Federation. (2004) O primeneniі sudami Rossiyskoy Federatsii Trudovogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii: postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda RF ot 17.03.2004 № 2 [On the application by the courts of the Russian Federation of the Labor Code of the Russian Federation: Resolution No. 2 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of March 17, 2004]. *Rossiyskaya gazeta*. 8th April.

УДК 347.44

DOI: 10.17223/22253513/36/15

Х.В. Идрисов

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРА В ЭЛЕКТРОННОЙ ФОРМЕ И ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ЕГО УСЛОВИЙ

Современный век информационных технологий, век сети Интернет оказывает огромное влияние на процессы, происходящие в разных областях человеческой жизни. Немалый эффект такого воздействия наблюдается и в сфере договорного института гражданского права. Исходя из этого, подробно рассматривается правовая регламентация вопросов заключения договоров в электронной форме, ответственности сторон за их неисполнение, приводится анализ судебной практики. Формулируются предложения о внесении соответствующих изменений в Гражданский кодекс РФ. Обозначается, что развитие информационных технологий неизбежно оказывает влияние в том числе и на форму фиксации договорных правоотношений. От того, насколько адекватной будет правовая регламентация указанных вопросов, зависит и эффективность регулирования в указанной сфере.

Ключевые слова: оферта, акцепт, договор, сеть Интернет, электронная форма договора, ответственность.

Сеть Интернет, образующий ее контент рассматриваются уже не только как инструмент общения, связующая нить между людьми и целыми континентами, эта сеть давно уже вышла за границы изначально предполагаемой сферы применения – военно-промышленного комплекса (первоначально Интернет был создан в середине прошлого века Министерством обороны США и использовался для военных закупок).

Электронная коммерция, дистанционная торговля, электронные торговые площадки стали нормой жизни и простого человека, и крупных корпораций. Сегодня не столь важно, где геолокационно находятся субъекты договорных отношений. Интернет-коммуникация стирает все географические, пространственно-временные границы, и в связи с этим наряду с привычной формой заключения договоров появилась и получила широкое распространение электронная форма фиксации договорных отношений.

В доктрине гражданского права различаются договоры «между присутствующими и отсутствующими» [1]. Признаком дифференциации таких договоров является наличие пространственно-временного промежутка между выражением воли одной стороны и ее согласованием с волей другой стороны. На практике оформление этих волеизъявлений выражается в стадиях заключения договора: оферте и акцепте.

Договор «между присутствующими» характеризуется тем, что субъекты вступают в правоотношения непосредственно, и говорить о каком-то временном и пространственном разрыве как таковом в этом процессе не приходится в принципе. Что же касается договоров «между отсутствующими», то в них, наоборот, субъекты не вступают в правоотношения непосредственно, из-за того что между ними существует пространственно-временное несоответствие, и это влияет на согласование условий между субъектами по принципу «здесь и сейчас».

Применение современных информационных технологий, в том числе и в договорных отношениях, стирает границы дифференциации между двумя обозначенными выше видами договоров. Выражается это в преодолении «проблемного» пространственно-временного фактора при согласовании волеизъявления заинтересованных сторон. Сегодня субъекты правоотношений могут находиться в абсолютно разных геолокациях и при этом в режиме онлайн провести переговоры и достичь согласия по всем существенным условиям договора, оформить его, а затем моментально обменяться подписанными экземплярами договоров посредством сети Интернет.

Международное право занимает достаточно последовательные позиции в отношении вопроса о признании электронной формы договора юридически состоятельной наряду с классическими формами фиксации договорных отношений [2–5].

Что касается правовой стороны регулирования указанных отношений в российском праве, то по общему правилу Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ) в соответствии со ст. 158 разделяет формы сделок на устные и письменные. Об электронной форме сделки как таковой в указанной норме ГК РФ, во всяком случае на сегодняшний день, речи не идет. Вместе с тем для разновидности сделок – договоров – законодателем сделана оговорка. Как установлено п. 2 ст. 434 ГК РФ, «договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору» [6]. То есть приведенная норма допускает, что договор может быть заключен в электронной форме. Важно то, что данное положение содержится в пункте, разъясняющем письменную форму договора, и законодатель, по сути, приравнивает две эти формы: письменную и электронную. Похожее мнение разделяет и А.И. Савельев, отмечая, что «закон не регламентирует, как должен составляться письменный документ, отражающий содержание сделки: он может быть написан от руки, напечатан на компьютере или воспроизведен иным способом» [7].

Данный тезис закрепляет и судебная практика. Суды при рассмотрении дел приравнивают электронную форму договора к письменной, при этом принимают такую форму как вид доказательств по рассматриваемому делу. К примеру, постановлением Арбитражного суда Центрального округа по делу «О взыскании задолженности за услуги по перевозке грузов, не-

устойки» было установлено, что «подписание договора на организацию перевозки грузов автомобильным транспортом от 03.06.2015 № 03062015, договоров-заявок на перевозку № 1253/1, № 1253, актов оказанных услуг от 04.08.2015 № 269, № 269/1 осуществлялось сторонами путем обмена электронными документами в порядке, предусмотренном пунктом 8.5 договора. Имеющиеся в деле копии указанных документов подписаны уполномоченным лицом со стороны ООО «К.С.И.», подпись которого удостоверена печатью Общества» [8].

В другом деле по требованию о взыскании задолженности по контракту, процентов за пользование чужими денежными средствами, убытков, причиненных неисполнением обязательств по контракту в виде упущенной выгоды, постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа определена следующая позиция в отношении электронной формы договора: «С учетом изложенного судебные инстанции обоснованно отклонили довод Компании о том, что контракт, подписанный посредством обмена электронной почтой, не может считаться заключенным как не соответствующий правовым нормам и обстоятельствам дела. Полученный посредством электронной почты контракт, содержащий все существенные условия договора поставки, подписан сторонами и не свидетельствует о неопределенности в предмете обязательства с учетом оформленного к нему приложения (инвойса)» [9].

И наконец, весьма интересна позиция суда, который по делу о взыскании договорной неустойки по договору поставки указал следующий момент, имеющий отношение к форме договора: «Суды первой и апелляционной инстанций, учитывая содержание пункта 9.7 договора, аналогичное содержанию пункта 9.7 проекта договора, размещенного на электронной площадке, согласно условиям которого в день подписания договора со стороны поставщика поставщик обязан направить покупателю на электронный адрес в формате файла *.pdf скан копию подписанного договора (со всеми приложениями к нему) с последующим направлением оригинала договора, сделали правильный вывод о том, что договор заключен путем обмена документами в электронном виде» [10].

Из приведенной судебной практики можно однозначно заключить, что электронная форма договоров приравнивается судами к письменной форме и принимается ими при рассмотрении дел как вид доказательства по экономическим спорам.

Вместе с тем установлен ряд требований к электронной форме договоров. Заключаются они в том, что порой требуется подписание самого договора и прилагаемых к нему документов электронной подписью. Согласно ст. 2 Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи» под электронной подписью подразумевается «информация в электронной форме, которая присоединена к другой информации в электронной форме (подписываемой информации) или иным образом связана с такой информацией и которая используется для определения лица, подписывающего информацию» [11].

При этом существуют разновидности электронной подписи:

- 1) простая электронная подпись;
- 2) усиленная электронная подпись.

В свою очередь, усиленная электронная подпись классифицируется на:

- 1) усиленную неквалифицированную электронную подпись;
- 2) усиленную квалифицированную электронную подпись.

Несоблюдение вида подписи приравнивается к несоблюдению письменной формы договора и лишает стороны возможности ссылаться на документ, подписанный без соблюдения указанных в законе требований, как на документ, который судом при рассмотрении дела будет приниматься как вещественное доказательство.

Кроме того, в некоторых случаях законодательством может быть установлено не только право, но и обязанность подписать сторонами договор усиленной квалифицированной электронной подписью. К примеру, в соответствии с ч. 3, 6 и 7 ст. 83.2 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» только электронной подписью можно подписать контракт на поставку товара для государственных или муниципальных нужд, если он заключается по результатам проведения электронной процедуры [12]. При этом датой заключения такого контракта будет считаться момент размещения его электронного варианта, подписанного сторонами электронной подписью, на официальном сайте Единой информационной системы в сфере закупок <http://zakupki.gov.ru> [Там же].

В ракурсе рассматриваемой проблематики интерес представляет весьма распространенная на сегодняшний день возможность покупки товаров, не выходя из дома, т.е. так называемый «магазин на диване», «онлайн интернет-магазин». Компании, которые оказывают услуги в данной сфере, плодятся, как грибы после дождя. Всем известны такие крупные мировые интернет-магазины, как «Озон», «Али-экспресс» и т.п.

По результатам анализа мирового рынка интернет-торговли, проведенного журналом «Forbes», был составлен список из пяти крупнейших мировых интернет-магазинов в зависимости от совокупной выручки, в который вошли:

- 1) Amazon.com;
- 2) Itunes.com;
- 3) Zappos.com;
- 4) Ebay.com;
- 5) Officedepot.com [13].

Общий совокупный объем продаж указанных интернет-магазинов за один календарный год составил более 40 млрд долл. США, даже без учета объема продаж такого крупного интернет-магазина как Itunes.com корпорации Apple.

Российский рынок электронной коммерции только относительно недавно стал набирать обороты. По результатам проведенного исследования

за 2015 г. в первую пятерку ТОП-100 крупнейших интернет-магазинов России по объему онлайн продаж вошли:

- 1) Exist (торговля автозапчастями) – 35 700 млн руб.;
- 2) Юлмарт (универсальные товары) – 15 900 млн руб.;
- 3) Wildberries (одежда, обувь и аксессуары) – 14 000 млн руб.;
- 4) Ситилинк (универсальные товары) – 9 900 млн руб.;
- 5) Lamoda (одежда, обувь и аксессуары) – 9 000 млн руб. [14].

А вот по результатам 2018 г. по объему онлайн-продаж первая пятерка крупнейших интернет-магазинов России выглядит уже следующим образом:

- 1) Wildberries – 111 200 млн руб.;
- 2) Ситилинк – 73 200 млн руб.;
- 3) М.Видео – 52 800 млн руб.;
- 4) Озон – 41 770 млн руб.;
- 5) DNS – 38 810 млн руб. [15].

Данная статистика показывает, что с каждым годом объем интернет-торговли увеличивается: если в 2015 г. лидер рейтинга имел объем продаж немногим меньше 36 млрд руб., то буквально за три последующих года объем онлайн-продаж для лидера данного рейтинга достиг более 111 млрд руб., т.е. наблюдается огромный прирост в 317%. Приведенные цифры наглядно показывают тенденцию «электронификации» формы договорных отношений, т.е. на смену классической письменной форме договора «с присутствием» пришла новая электронно-цифровая дистанционная форма заключения и фиксации договорных отношений – договоры «с отсутствующими».

Схема заключения договора дистанционным способом и покупки товара практически одинакова: покупатель заходит на сайт интернет-магазина в сети Интернет, выбирает товар, исходя из характеристик и цены, указанных на сайте, помещает выбранный товар в корзину для покупки и впоследствии оплачивает купленный товар все так же – электронным образом (Киви-кошелек, Яндекс-деньги, интернет-банк и т.д.), а через определенное время получает товар (доставку осуществляют «Почта России», система доставки – постаматы «Pickpoint», транспортные компании и т.п.).

Само собой, новые формы фиксации правоотношений порождают и новые проблемы, связанные с этим. Общие положения об ответственности лиц, состоящих в договорных отношениях, регулируются гл. 25 ГК РФ «Ответственность за нарушение обязательств». В равной степени эти правила распространяются и на договоры, заключенные в электронной форме.

Помимо ГК РФ данную сферу отношений регулируют и другие нормативно-правовые акты. Одним из них является Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей», содержащий ст. 26.1, которая посвящена дистанционному способу продажи товаров. В соответствии с п. 4 данной статьи «потребитель вправе отказаться от товара в любое время до его передачи, а после передачи товара – в течение семи дней» [16].

Возврат товара возможен в том числе и из-за его надлежащего качества. В таком случае сторона договора имеет следующие права:

«1) потребовать замены на товар этой же марки (этих же модели и (или) артикула);

2) потребовать замены на такой же товар другой марки (модели, артикула) с соответствующим перерасчетом покупной цены;

3) потребовать соразмерного уменьшения покупной цены;

4) потребовать незамедлительного безвозмездного устранения недостатков товара или возмещения расходов на их исправление потребителем или третьим лицом;

5) отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар суммы» [16].

Возможность отказа от исполнения договора и требования возврата уплаченной за товар суммы, а также право требования полного возмещения убытков, причиненных покупателю вследствие продажи товара ненадлежащего качества предусмотрены и специальными правилами продажи товаров дистанционным способом [17].

При возврате товара ненадлежащего качества отсутствие у покупателя документа, подтверждающего факт и условия покупки товара, в том числе если товар куплен дистанционным способом, не лишает его возможности ссылаться на другие доказательства приобретения товара у продавца.

Когда же ситуация изначально складывается так, что продавец отказывается передать товар в принципе, закон дает возможность покупателю отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных таким неисполнением убытков.

Отдельного внимания заслуживают и проблемные вопросы, возникающие в сфере ведения переговоров о заключении договора. В соответствии со ст. 434.1 ГК РФ недобросовестное ведение переговоров о заключении договора либо недобросовестное их прерывание предусматривает возможность привлечения к преддоговорной ответственности в форме возмещения убытков [6]. То есть можно однозначно утверждать, исходя из содержания данной статьи, что ее положения в полной мере распространяются и на ведение переговоров о заключении договора в электронной форме. Во всяком случае, отдельных исключений в указанной статье по данному контексту не приводится.

Разъяснения относительно правоприменения положений ст. 434.1 ГК РФ содержатся и в актах высших судебных органов. К примеру, как полагает Верховный Суд РФ, добросовестность участников переговоров о заключении договора презюмируется, а случае недобросовестного ведения одной из сторон переговоров, результатом которых стали причиненные убытки, предполагается, что в результате их возмещения «потерпевший должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным контрагентом. Например, ему могут быть возмещены расходы, понесенные в связи с ведением переговоров, расходы по приготовлению к заключению договора, а также убытки, понесенные в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом» [18].

Считаем, что применительно к электронным формам ведения переговоров и заключения договора доказывание недобросовестного поведения одной из сторон представляется довольно проблематичным, ибо в этом процессе важной составляющей являются реальные действия заинтересованных сторон «здесь и сейчас» путем, например, собственноручного подписания договора, свидетельствующего о добросовестном поведении сторон договора. Следует согласиться с мнением А.И. Савельева касательно того, «что традиционные способы идентификации лица, принятые в офлайн-мире (собственноручная подпись, печать организации, бумажные документы, выданные государственными органами), даже будучи переведенными в цифровой вид, не будут иметь в электронной среде того же эффекта, что и в обычной жизни, так как отсутствует возможность их верификации путем соотнесения с реальной личностью. Бумажная подпись так или иначе несет в себе отпечаток личности исполнившего ее лица, что обуславливает возможность проведения почерковедческой экспертизы для решения вопроса о ее подлинности. В условиях электронного обмена данными подлинник сообщения неотличим от копии, не имеет собственноручной подписи и не является бумажным документом. Действия, совершаемые в Интернете, не имеют столь явно выраженной привязки к конкретной личности и могут быть совершены кем угодно» [4]. Эти обстоятельства являются главным недостатком дистанционной формы ведения переговоров и заключения договоров в электронной форме.

Однако, несмотря на это, происходящие процессы в сфере электронной коммерции, электронного документооборота, в том числе переход к заключению договоров в дистанционной форме, свидетельствуют о том, что данная форма фиксации договорных отношений в дальнейшем все в большем масштабе повсеместно будет применяться сторонами на практике вместо простой «рукописной» формы. Несомненно, главный плюс данного метода состоит в возможности дистанционно вести переговоры и заключать по их итогам договоры. Как справедливо отмечает по этому поводу А.И. Савельев, при заключении договоров в электронной форме «не предполагается подписания традиционных бумажных договоров с проставлением подписей обеих сторон, в противном случае преимущества, предоставляемые сетью Интернет, были бы в значительной степени утрачены» [Там же]. Можно в этом плане даже провести некую аналогию с рукописными письмами, пересылаемыми по почте, которые практически утратили свою востребованность, даже в некотором смысле относятся к архаичному способу передачи информации на расстояние из-за того, что их вытеснило универсальное, высокоскоростное, общедоступное средство передачи информации – электронная почта, e-mail.

Учитывая обозначенные особенности электронной формы договоров, приведем на первый взгляд несложное, но при этом охватывающее, как нам кажется, основные проблемные аспекты, определение договора в электронной форме: им является соглашение двух или более лиц, заключенное в форме электронного документа, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Считаем необходимым законодательно отразить электронную форму как отдельную форму (не письменная и не устная) заключения сделки (договора) и легально закрепить понятие договора в электронной форме путем внесения соответствующих изменений в ГК РФ, а именно:

1) в ст. 158 пункт 1 изложить в следующей редакции:

«1. Сделки совершаются в устной и письменной (простой или нотариальной) формах, а также в электронной форме».

2) в ст. 434 пункт 2 дополнить новым абзацем следующего содержания:

«Договор в электронной форме – это соглашение двух или более лиц, заключенное в форме электронного документа, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей».

Исходя из обозначенных в настоящей статье положений и проблемных моментов их реализации, можно заключить, что развитие такого важного института гражданского права, как институт договора и преддоговорных отношений, при неизбежном влиянии на него процессов информатизации и компьютеризации (сеть Интернет, дистанционные соглашения, интернет-магазины и т.д.) должно происходить при адекватной правоприменительной составляющей и на фоне актуального и непротиворечивого законодательного регулирования данного процесса.

Литература

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М. : Статут, 2011. Кн. 1: Общие положения. 847 с.

2. Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных сделках : принята резолюцией 60/21 Генеральной Ассамблеи от 23.11.2005. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/elect_com.shtml (дата обращения: 25.03.2020).

3. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле : (принят ЮНСИТРАЛ 12.06.1996. URL: <https://base.garant.ru/2555780/> (дата обращения: 25.03.2020).

4. Uniform Electronic transactions Act (1999) URL: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf> (accessed: 25.03.2020).

5. Директива 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности, об электронной коммерции (Директива об электронной коммерции)» (вместе с «Исключениями из статьи 3») : (принята в г. Люксембурге 08.06.2000). URL: [http://www.eurasiancommission.org/ru/act/txnreg/depsanmer/consumer_rights/Documents/Директива 2000 31 ЕС Об электронной тторговле.pdf](http://www.eurasiancommission.org/ru/act/txnreg/depsanmer/consumer_rights/Documents/Директива%202000%2031%20ЕС%20Об%20электронной%20торговле.pdf) (дата обращения: 25.03.2020).

6. Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

7. Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 25.03.2020).

8. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 28.06.2017 № Ф10-2073/2017 по делу № А09-8872/2016 // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 25.03.2020).

9. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 10.05.2016 по делу № А21-493/2015 // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 25.03.2020).

10. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.09.2017 № Ф04-3890/2017 по делу № А70-14620/2016 // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 25.03.2020).

11. Об электронной подписи : Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ (ред. от 23.06.2016) // Собрание законодательства РФ. 2011. № 15. Ст. 2036.

12. О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд : Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 30.10.2018) // Собрание законодательства РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

13. Пять крупнейших мировых интернет-магазинов (по статистическим данным 2010 года). URL: <http://www.forbes.ru/svoi-biznes/49310-5-krupneishih-mirovyh-internet-magazinov> (дата обращения: 25.03.2020).

14. Рейтинг ТОП-100 интернет-магазинов России 2015. URL: <http://www.ruward.ru/ecommerce-index-2015/> (дата обращения: 25.03.2020).

15. Рейтинг ТОП-100 крупнейших интернет-магазинов России 2018. URL: <https://www.top100.datainsight.ru> (дата обращения: 25.03.2020).

16. О защите прав потребителей : Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-I // СПС «Гарант». URL: www.garant.ru (дата обращения: 25.03.2020).

17. Об утверждении Правил продажи товаров дистанционным способом : постановление Правительства РФ от 27.09.2007 № 612 (ред. от 04.10.2012) // СПС «Гарант». URL: www.garant.ru (дата обращения: 25.03.2020).

18. О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 (ред. от 07.02.2017) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 5.

Idrisov Hussein V., Chechen State University (Grozny, Russian Federation)

SOME OF THE FEATURES OF THE CONCLUSION OF CIVIL-LAW CONTRACTS IN ELECTRONIC FORM AND THE PROBLEMATIC ASPECTS OF LIABILITY FOR BREACH OF ITS TERMS

Keywords: offer, acceptance, contract, Internet, electronic form of contract, responsibility.

DOI: 10.17223/22253513/36/15

The article deals with issues that are currently relevant to conclude contracts in electronic form. As you know, until recently, transactions were concluded between subjects of civil law relations only in the classically established forms: oral and written. However, the global development of information technologies, primarily the Internet, has a certain impact on legal institutions, including the Institute of contract law. One of the manifestations of this influence is the ability to conclude transactions in electronic form.

The electronic form of a transaction in Russian civil circulation has recently been recognized as a form of securing contractual relations. At the same time, the analysis of Russian civil legislation shows that despite its practical recognition and application by legal entities, the electronic form of recording contractual relations has not yet found its legislative consolidation. The norms of the Civil code of the Russian Federation operate only in oral and written forms of transactions. However, judicial practice recognizes documents (including contracts) concluded in electronic form as a source of evidence in disputed cases. Such legal conflicts naturally have a negative impact on law enforcement practice.

From a practical point of view, the possibility of concluding an agreement in electronic form, of course, has a number of advantages, the main of which is the ability to reach an agreement on its essential terms and formalize it remotely, that is, without the need for personal presence of the parties to the agreement according to the formula "here and now". And this advantage naturally affects the demand for this form. We believe that in the future, this

form of fixing contractual relations will not only be widely used in the practice of subjects of civil legal relations, but will also replace the other main one – the usual written one.

In the final part of the article, the author formulates a number of conclusions and offers practical recommendations for making the electronic form of contract conclusion official and normative, that is, fixing it in the norms of the Civil code of the Russian Federation. In particular, it is proposed to amend article 158 and 434 of the RF Civil code, that is to legally enshrine the notion of the contract in electronic form and the electronic form itself, as one of the varieties of forms of transactions in the civil law of the Russian Federation.

References

1. Braginsky, M.I. & Vitryansky, V.V. (2011) *Dogovornoe pravo* [Contract law]. Vol. 1. Moscow: Statut.
2. UNO. (2005) *Konventsia OON ob ispol'zovanii elektronnykh soobshcheniy v mezhdunarodnykh sdelkakh : prinyata rezolyutsiei 60/21 General'noy Assamblei ot 23.11.2005* [UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Transactions: adopted by General Assembly resolution 60/21 of November 23, 2005]. [Online] Available from: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/elect_com.shtml (Accessed: 25th March 2020).
3. UNCITRAL. (1996) *Tipovoy zakon UNCITRAL ob elektronnoy trgovle: (prinyat YuNISTRAL 12.06.1996* [The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce: (adopted by UNISTRAL of June 12, 1996)]. [Online] Available from: <https://base.garant.ru/2555780/> (Accessed: 25th March 2020).
4. Carnegie Mellon University. (1999) *Uniform Electronic transactions Act (1999)* [Online] Available from: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf> (Accessed: 25th March 2020).
5. EU. (2000) *Direktiva 2000/31/ES Evropeyskogo parlamenta i Soveta Evropeyskogo Soyuza "O nekotorykh pravovykh aspektakh informatsionnykh uslug na vnutrennem rynke, v chastnosti, ob elektronnoy kommertsii (Direktiva ob elektronnoy kommertsii)" (vmeste s "Isklyucheniymi iz stat'i 3")*: (prinyata v g. Lyuksemburge 08.06.2000) [Directive 2000/31/EU of the European Parliament and of the Council of the European Union "On certain legal aspects of information services in the domestic market, in particular, on electronic commerce (Directive on electronic commerce)" (with "Exceptions to Article 3"): (adopted in Luxembourg on June 8, 2000)]. [Online] Available from: http://www.eurasiancommission.org/ru/act/textrereg/depsanmer/consumer_rights/Documents/Direktiva_2000_31_ES_Ob_elektronnoy_torgovle.pdf (Accessed: 25th March 2020).
6. The Russian Federation. (1994) *Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii (Chast' pervaya) ot 30.11.1994 № 51-FZ* [Civil Code of the Russian Federation (Part One) of November 30, 1994 No. 51-FZ]. *Sobranie zakonodatel'stva RF – The Legislative Bulletin of the Russian Federation*. 32. Art. 3301.
7. Saveliev, A.I. (n.d.) *Elektronnaya kommertsiya v Rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie* [E-commerce in Russia and abroad: legal regulation]. 2nd ed. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru> (Accessed: 25th March 2020).
8. The Arbitration Court of the Central District. (2017) *Postanovlenie Arbitrazhnogo suda Tsentral'nogo okruga ot 28.06.2017 № F10-2073/2017 po delu № A09-8872/2016* [Resolution No. F10-2073/2017 of the Arbitration Court of the Central District dated June 28, 2017, in Case No. A09-8872/2016]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru> (Accessed: 25th March 2020).
9. The Arbitration Court of the North-Western District. (2016) *Postanovlenie Arbitrazhnogo suda Severo-Zapadnogo okruga ot 10.05.2016 po delu № A21-493/2015* [Decision of the Arbitration Court of the North-Western District on May 10, 2016, in Case No. A21-493/2015]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru> (Accessed: 25th March 2020).

10. The Arbitration Court of the West Siberian District. (2017) *Postanovlenie Arbitrazhnogo suda Zapadno-Sibirskogo okruga ot 26.09.2017 № F04-3890/2017 po delu № A70-14620/2016* [Decision No. F04-3890/2017 of the Arbitration Court of the West Siberian District of September 26, 2017, in Case No. A70-14620 / 2016]. [Online] Available from: <http://www.consultant.ru> (Accessed: 25th March 2020).

11. The Russian Federation. (2011) *Ob elektronnoy podpisi: Federal'nyy zakon ot 06.04.2011 № 63-FZ (red. ot 23.06.2016)* [On electronic signatures: Federal Law No. 63-FZ dated April 6, 2011 (as amended on June 23, 2016)]. *Sobranie zakonodatel'stva RF – The Legislative Bulletin of the Russian Federation*. 15. Art. 2036.

12. The Russian Federation. (2013) *O kontraktnoy sisteme v sfere zakupok tovarov, rabot, uslug dlya obespecheniya gosudarstvennykh i munitsipal'nykh nuzhd : Federal'nyy zakon ot 05.04.2013 № 44-FZ (red. ot 30.10.2018)* [On the contract system in the field of procurement of goods, works, services to meet state and municipal needs: Federal Law No. 44-FZ dated April 5, 2013 (as amended on October 30, 2018)]. *Sobranie zakonodatel'stva RF – The Legislative Bulletin of the Russian Federation*. 14. Art. 1652.

13. Forbes.ru. (n.d.) *Pyat' krupneyshikh mirovykh internet-magazinov (po statisticheskim dannym 2010 goda)* [The five largest world online stores (according to 2010 statistics)]. [Online] Available from: <http://www.forbes.ru/svoi-biznes/49310-5-krupneishih-mirovyh-internet-magazinov> (Accessed: 25th March 2020).

14. Ruward.ru. (2015) *Reyting TOP-100 internet-magazinov Rossii 2015* [TOP-100 of online stores in Russia in 2015]. [Online] Available from: <http://www.ruward.ru/ecommerce-index-2015/> (Accessed: 25th March 2020).

15. Datainsight.ru. (n.d.) *Reyting TOP-100 krupneyshikh internet-magazinov Rossii 2018* [Rating TOP-100 of the largest online stores in Russia 2018]. [Online] Available from: <https://www.top100.datainsight.ru> (Accessed: 25th March 2020).

16. The Russian Federation. (1992) *O zashchite prav potrebiteley: Zakon RF ot 07.02.1992 № 2300-I* [On the protection of consumer rights: Law No. 2300-I of the Russian Federation of February 7, 1992]. [Online] Available from: www.garant.ru (Accessed: 25th March 2020).

17. The Government of the Russian Federation. (2012) *Ob utverzhdenii Pravil prodazhi tovarov distantsionnym sposobom: postanovlenie Pravitel'stva RF ot 27.09.2007 № 612 (red. ot 04.10.2012)* [On approval of the Rules for the Sale of Goods by Remote Means: Decree No. 612 of the Government of the Russian Federation of September 27, 2007 (as amended on October 4, 2012)]. [Online] Available from: www.garant.ru (Accessed: 25th March 2020).

18. The Supreme Court of the Russian Federation. (2016) *O primenении sudami nekotorykh polozheniy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii ob otvetstvennosti za narushenie obyazatel'stv: postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda RF ot 24.03.2016 № 7 (red. ot 07.02.2017)* [On the application by courts of certain provisions of the Civil Code of the Russian Federation on liability for violation of obligations: Resolution No. 7 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated March 24, 2016 (as amended on February 7, 2017)]. *Byulleten' Verkhovnogo Suda RF*. 5.

УДК 346.9+349.6

DOI: 10.17223/22253513/36/16

В.В. Кванина, Т.И. Макарова

ПУБЛИЧНЫЕ И ЧАСТНОПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА МИНИМИЗАЦИИ ЭКОЛОГИЧЕСКИХ РИСКОВ: ТЕОРЕТИКО-ИНСТРУМЕНТАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Изучены публичные институты экологического права для выявления их эффективности в деле предупреждения экологических рисков. Предлагается расширить меры минимизации таких рисков за счет внедрения экологического комплаенса и негосударственных форм контроля, предусмотренных законопроектом о контрольно-надзорной деятельности. Установлены дефекты экологического законодательства в виде отсутствия единого подхода к систематизации природоохранных мер и наличия не показавших свою эффективность средств.

Ключевые слова: государственный экологический надзор, экологический контроль, экологический риск, экологический комплаенс, реформа контрольно-надзорной деятельности, правовой механизм охраны окружающей среды.

Сырьевой характер экономики Российской Федерации, изношенность производственных мощностей хозяйствующих субъектов неизбежно приводят к возрастанию экологических рисков. В Федеральном законе «Об охране окружающей среды» от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ (далее – Закон об охране окружающей среды) под экологическим риском понимается вероятность наступления события, имеющего неблагоприятные последствия для природной среды и вызванного негативным воздействием хозяйственной и иной деятельности, чрезвычайными ситуациями природного и техногенного характера. Наряду с экологическим риском в юридической литературе выделяют также и эколого-правовой риск, под которым предложено понимать вероятность наступления негативных юридических последствий для субъекта права (государства, юридических и физических лиц) в процессе планирования и осуществления хозяйственной деятельности [1]. Признавая значимость для лиц, ведущих хозяйственную деятельность, правовых последствий несоблюдения экологического законодательства в виде, например, возмещения вреда, уплаты штрафов и даже прекращения деятельности в порядке положений гл. XIV Закона об охране окружающей среды, мы видим *приоритет минимизации экологических рисков*, в силу того что их предупреждение ведет к неоявлению и рисков эколого-правовых.

Наличие такого рода рисков неизбежно ставит вопрос об их минимизации, которая в условиях действующего законодательства возможна при использовании различных видов правовых средств, а значит, и об их эффективности в деле охраны окружающей среды. В системе природоохранных мер выделяют, например, такие административно-правовые механизмы,

как экологические контроль, лицензирование, экспертиза, нормирование, мониторинг, а также оценка воздействия на окружающую среду и др. [2].

В рамках данной статьи остановимся на таких эколого-правовых инструментах, сочетание которых, на наш взгляд, в большей мере способствует минимизации экологических рисков, а именно – государственном экологическом надзоре и производственном экологическом контроле, а также иных, связанных с ними, средствах охраны окружающей среды, имеющих, как нам представляется, инновационный характер. Мы предлагаем взгляд на проблему минимизации экологических рисков с позиции теории правового инструментализма, которая предлагает рассмотрение научных правовых категорий и отдельных институтов в качестве инструментов понимания и толкования права [3; 4], что позволяет выявлять «формальные и структурные требования к законодательству и минимизировать возможные несовершенства создаваемых норм и институтов, выделять приоритетные направления совершенствования национального законодательства, используя для этого наиболее подходящие соответствующие нормотворческие инструменты и методы» [5. С. 11]. Применительно к настоящему исследованию мы используем эту методологию как в ее традиционном понимании – для анализа и толкования институтов права, так и по принципу «от обратного» – для выявления на основе знания о способах охраны окружающей среды инновационных природоохранных форм [6]. В данном исследовании инструментальному анализу подлежат наиболее значимые природоохранные меры, которые, как представляется, составляют основу того, что в доктрине экологического права принято определять категорией «правовой механизм охраны окружающей среды» [7].

Охрана окружающей среды согласно ст. 1 Закона об охране окружающей среды представляет собой деятельность, направленную на сохранение и восстановление природной среды, рациональное использование и воспроизводство природных ресурсов, предотвращение негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду и ликвидацию ее последствий. Предотвращение, предупреждение и выявление вредного воздействия на окружающую среду – это цель государственного экологического надзора. Его формами выступают организация и проведение проверок, принятие мер по пресечению и (или) устранению последствий выявленных нарушений, систематическое наблюдение за исполнением обязательных требований, анализ и прогнозирование состояния обязательных требований при осуществлении подконтрольными лицами своей деятельности (ст. 65 Закона об охране окружающей среды). Экологический контроль законодатель предлагает рассматривать в качестве *системы мер*, также направленной на предотвращение, выявление и пресечение нарушения законодательства в области охраны окружающей среды (ст. 1 Закона об охране окружающей среды).

В научной литературе эколого-правового содержания понятия «экологический контроль» и «экологический надзор» зачастую рассматриваются как синонимичные [8]. Однако Закон об охране окружающей среды демон-

стрирует четкое разграничение данных природоохранных инструментов, принимая в качестве критерия *круг субъектов, уполномоченных на их проведение*. Так, государственный экологический надзор в порядке п. 4 ст. 65 Закона об охране окружающей среды «осуществляется уполномоченными федеральными органами исполнительной власти (федеральный государственный экологический надзор) и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации (региональный государственный экологический надзор)». В отношении экологического контроля его вид (производственный или общественный) также обусловлен кругом субъектов, которые либо вправе (общественный контроль), либо обязаны (производственный контроль) его осуществлять. Для производственного контроля такими субъектами являются юридические лица и индивидуальные предприниматели (ст. 67 Закона об охране окружающей среды), для общественного экологического контроля – общественные объединения и иные некоммерческие организации, а также граждане, «изъявившие желание оказывать органам государственного надзора содействие в природоохранной деятельности на добровольной и безвозмездной основе» в качестве *общественных инспекторов по охране окружающей среды* (ст. 68 Закона об охране окружающей среды).

При этом мы полагаем неслучайным размещение в одном разделе Закона об охране окружающей среды (гл. XI) и государственного экологического надзора, и экологического контроля в формах производственного и общественного. Сходство между этими эколого-правовыми инструментами состоит в том, что они нацелены на *сопоставление разрешенного формата*, установленного техническим нормативным правовым актом либо документом разрешительного характера (например, комплексным экологическим разрешением) *с фактическим результатом в виде реального воздействия на окружающую среду*. Такого рода задача среди иных природоохранных мер возлагается только на контрольно-надзорную деятельность. Понимание этого, а также анализ содержания гл. XI Закона об охране окружающей среды позволяют представить экологическую контрольно-надзорную деятельность в широком и узком содержании термина. В широком смысле эта деятельность образует *систему мер, направленную* на предотвращение, выявление и пресечение нарушения законодательства об охране окружающей среды, которая включает государственный экологический надзор (ст. 65), производственный экологический контроль (ст. 67) и общественный экологический контроль (ст. 68); в узком понимании каждый их названных элементов обеспечивает соответствующую его содержанию задачу.

Так, согласно ч. 5 ст. 65 Закона об охране окружающей среды к отношениям, связанным с осуществлением государственного экологического надзора, организацией и проведением проверок юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (далее – хозяйствующих субъектов), применяются положения Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государ-

ственного контроля (надзора) и муниципального контроля» от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ (далее – Закон о государственном надзоре) с учетом особенностей организации и проведения проверок, установленных данным законом. Данная оговорка в полной мере соответствует положениям ч. 4 ст. 1 Закона о государственном надзоре, где закреплено, что особенности организации и проведения проверок в части, касающейся вида, предмета, оснований проведения проверок, сроков и периодичности их проведения, уведомлений о проведении внеплановых выездных проверок и согласования проведения внеплановых выездных проверок с органами прокуратуры могут устанавливаться другими федеральными законами при осуществлении в том числе государственного экологического надзора. В то же время анализ норм Закона об охране окружающей среды свидетельствует об отсутствии в нем каких-либо положений, посвященных организации и проведению проверок. Исключение составляет ст. 66, посвященная полномочиям должностных лиц органов государственного экологического надзора при осуществлении проверок.

Государственный экологический надзор включает в себя деятельность на федеральном и региональном уровнях, исходя из чего здесь действует и два уровня нормативных правовых актов: федеральный и региональный. К федеральному относятся такие подзаконные акты, как Положение о федеральном государственном экологическом надзоре, утвержденное постановлением Правительства РФ от 8 мая 2014 г. № 426, и Административный регламент исполнения федеральной службой по надзору в сфере природопользования государственной функции по осуществлению федерального государственного экологического надзора, утвержденный приказом Министерства природных ресурсов и экологии РФ от 29 июня 2012 г. № 191. Региональный уровень представим на примере Челябинской области: Положение о Министерстве экологии Челябинской области, утвержденное Губернатором Челябинской области 20 июля 2004 г. № 366; Административный регламент исполнения государственной функции «Осуществление регионального государственного экологического надзора при осуществлении хозяйственной и иной деятельности, за исключением деятельности с использованием объектов, подлежащих федеральному государственному экологическому надзору», утвержденный постановлением Правительства Челябинской области от 25 января 2012 г. № 20-П; Порядок осуществления регионального государственного экологического надзора на территории Челябинской области, утвержденный постановлением Правительства Челябинской области от 23 мая 2012 г. № 235-П.

Положение о федеральном государственном экологическом надзоре по вопросам об организации и проведении проверок отсылает нас к ст.ст. 9–14 Закона о государственном надзоре (п.п. 8–9), не оговаривая при этом каких-либо исключений и особенностей. Административный регламент исполнения федеральной службой по надзору в сфере природопользования государственной функции по осуществлению федерального государственного экологического надзора также содержит ссылку на Закон о государ-

ственном надзоре (п. 6). Аналогично данный вопрос представлен и на региональном уровне (п. 11 Порядка осуществления регионального государственного экологического надзора на территории Челябинской области, п. 1 Административного регламента исполнения государственной функции «Осуществление регионального государственного экологического надзора при осуществлении хозяйственной и иной деятельности, за исключением деятельности с использованием объектов, подлежащих федеральному государственному экологическому надзору»).

С позиции минимизации экологических рисков государственный экологический надзор нас интересует в аспектах видов проверок, предмета проверки, оснований и периодичности проведения проверок. Учитывая однотипность регулирования этих вопросов на уровне федерального законодательства, а также в силу того, что в региональных актах указанные выше нормы либо продублированы из федеральных актов, либо вообще отсутствуют, в качестве соответствующего источника далее мы рассмотрим названный закон.

Статьями 9–10 Закона о государственном надзоре предусмотрены плановые и внеплановые проверки. Предмет плановой проверки – соблюдение хозяйствующим субъектом обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами (ч. 1 ст. 9 Закона о государственном надзоре). Предмет внеплановой проверки – соблюдение хозяйствующим субъектом обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами, выполнение предписаний органов контроля, проведение мероприятий по предотвращению причинения вреда... по обеспечению безопасности государства, по предупреждению возникновения чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, по ликвидации последствий причинения такого вреда (ч. 1 ст. 10 Закона о государственном надзоре).

Основание проведения плановой проверки – истечение трех лет со дня государственной регистрации хозяйствующего субъекта либо окончания последней плановой проверки хозяйствующего субъекта (ч. 8 ст. 9 Закона о государственном надзоре). Основания проведения внеплановой проверки: истечение срока исполнения хозяйствующим субъектом предписания об устранении выявленного нарушения обязательных требований и (или) требований, установленных муниципальными правовыми актами; поступление в орган контроля заявления от хозяйствующего субъекта о предоставлении специального правового статуса, разрешения (лицензии) на право осуществления отдельных видов деятельности; мотивированное представление должностного лица органа контроля по результатам анализа результатов мероприятий по контролю без взаимодействия с хозяйствующими лицами, рассмотрения или предварительной проверки поступивших в органы контроля обращения и заявления граждан, хозяйствующих субъектов, информации от органов власти, из средств массовой информации о фактах возникновения угрозы причинения вреда... и причинения вреда... и др. (ч. 2 ст. 10 Закона о государственном надзоре; п.п. 47.1–47.3 Административного

регламента исполнения федеральной службой по надзору в сфере природопользования государственной функции по осуществлению федерального государственного экологического надзора).

Периодичность проведения плановых проверок – один раз в три года; иная периодичность установлена с учетом риск-ориентированного подхода (ч. 8 и ч. 9.3 ст. 9 Закона о государственном надзоре). Данный инструмент является следствием осуществляемой реформы контрольно-надзорной деятельности и направлен на снижение административных барьеров при ведении бизнеса через снижение периодичности проведения плановых проверок.

Периодичность плановых проверок при осуществлении федерального экологического надзора при риск-ориентированном подходе предусмотрена п. 18 постановления Правительства РФ «О федеральном государственном экологическом надзоре», при осуществлении регионального экологического надзора – п. 2 постановления Правительства РФ «О критериях отнесения производственных объектов, используемых юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, оказывающих негативное воздействие на окружающую среду, к определенной категории риска для регионального государственного экологического надзора и об особенностях осуществления указанного надзора» от 22 ноября 2017 г. № 1410. В соответствии с указанными постановлениями Правительства РФ проведение плановых проверок в отношении объектов государственного надзора в зависимости от присвоенной категории риска осуществляется со следующей периодичностью: категории чрезвычайного высокого риска – один раз в год; категории высокого риска – один раз в 2 года; категории значительного риска – один раз в 3 года; категории среднего риска – не чаще чем один раз в 4 года; категории умеренного риска – не чаще чем один раз в 5 лет. В отношении объектов государственного надзора, отнесенных к категории низкого риска, плановые проверки не проводятся.

Ранее мы показали, что с точки зрения своей природоохранной функции экологический надзор близок *производственному контролю*, который при этом выступает самостоятельным средством охраны окружающей среды. Обе контрольно-надзорные формы нацелены на сопоставление разрешенного негативного воздействия на окружающую среду с фактическим результатом такого воздействия. При этом производственный контроль осуществляется в рамках программы, структура которой предусмотрена приказом Министерства природных ресурсов и экологии РФ от 28 февраля 2018 г. № 74 «Об утверждении требований к содержанию программы производственного экологического контроля, порядка и сроков представления отчета об организации и о результатах осуществления производственного экологического контроля» (далее – Приказ № 74). Из данного документа следует, что в программе должна быть указана периодичность проведения контроля (более конкретно она предусмотрена только для производственного контроля в области охраны и использования водных объектов). Программа производственного контроля для объектов I категории, на которых в результате эксплуатации технических устройств и оборудования стацио-

нарных источников, виды которых устанавливаются Правительством РФ, образуются выбросы и сбросы загрязняющих веществ, должна также содержать программу создания системы автоматического контроля за измерением и учетом показателей выбросов или сбросов загрязняющих веществ.

В научной литературе высказывается мнение, что требования к содержанию программы производственного экологического надзора носят весьма неопределенный характер [9]. Тем не менее содержательно она в обязательном порядке должна включать сведения: об инвентаризации выбросов загрязняющих веществ в атмосферный воздух и их источников; об инвентаризации сбросов загрязняющих веществ в окружающую среду и их источников; об инвентаризации отходов производства и потребления и объектов их размещения; о подразделениях и (или) должностных лицах, отвечающих за осуществление производственного экологического контроля; о собственных и (или) привлекаемых испытательных аккредитованных лабораториях (центрах); о периодичности и методах осуществления производственного экологического контроля, местах проб и методиках (методах) измерений (ч. 3 ст. 67 Закона об окружающей среде). В Приказе № 74 представлены элементы данных разделов программы производственного экологического контроля. Хозяйствующие субъекты обязаны ежегодно представлять отчет об организации и результатах производственного экологического контроля в орган экологического надзора. Из ч. 6 ст. 67 Закона об охране окружающей среды следует, что в отчет должна входить документированная информация о технологических процессах, технологиях, оборудовании для производства продукции, выполненных работах и оказанных услугах, применяемых топливе, сырье и материалах, об образовании отходов и обращении с ними, фактическом объеме выбросов (сбросов) загрязняющих веществ, уровне физического воздействия и методах измерения, местах отбора проб. Соблюдение обязательных требований, входящих в структуру программы производственного экологического контроля, а также фиксация его результатов, являются предметом плановых проверок¹.

Согласно ч. 1 ст. 67 Закона об охране окружающей среды целями производственного экологического контроля являются: обеспечение выполнения в процессе хозяйственной и иной деятельности *мероприятий по охране окружающей среды, рациональному использованию и восстановлению природных ресурсов*; соблюдение экологических требований. При этом структура программы такого контроля, установленная Приказом № 74, показывает, что в его рамках осуществляются лишь контроль за соблюдением хозяйствующим субъектом обязательных экологических требований и фиксация его результатов. Технические мероприятия, направленные на минимизацию экологических рисков, содержатся в программах производ-

¹ См., напр.: Решение Московского областного суда от 25.06.2019 по делу № 21-1205/2019; Решение Тверского областного суда от 26.06.2019 по делу № 21-243/2019 // СПС «Гарант».

ственного контроля и обусловлены видом вредного воздействия на окружающую среду. Так, например, подраздел 9.1 программы «Производственный контроль в области охраны атмосферного воздуха» (Приказ № 74) включает такие мероприятия, как контроль стационарных источников выбросов и наблюдения за загрязнением атмосферного воздуха; подраздел 9.2 этого же документа «Производственный контроль в области охраны и использования водных объектов» определяет как мероприятия учет объема забора (изъятия) водных ресурсов, измерения качества сточных и дренажных вод, проверку работы очистных сооружений, регулярные наблюдения за водным объектом и его водоохранной зоной; мероприятия в области обращения с отходами (подраздел 9.3 Приказа № 74) – мониторинг состояния и загрязнения окружающей среды на территориях объектов размещения отходов и в пределах их воздействия на окружающую среду. Такой подход можно было бы признать действенным при понимании того, что сам производственный экологический контроль представляет собой одну из природоохранных мер, действующих в системе иных эколого-правовых инструментов, определенных в Законе об охране окружающей среды.

Однако анализ основных характеристик государственного экологического надзора и производственного экологического контроля не позволяет прийти к выводу, что данные правовые средства ведут к полной минимизации экологических рисков. Такой вывод объясняется тем, что государственные плановые проверки осуществляются эпизодически в зависимости от категории риска хозяйствующего субъекта, производственный экологический контроль осуществляется в сроки, предусмотренные программой хозяйствующего субъекта, периодичность проверок на законодательном уровне вообще не предусмотрена.

Свидетельством тому, что система государственного экологического надзора и производственного экологического контроля не приносит ожидаемых результатов, являются неутешительные статистические данные [10], а также данные Государственного доклада Министерства природных ресурсов и экологии РФ «О состоянии и охране окружающей среды Российской Федерации в 2018 году»¹. Так, например, в докладе отмечено, что общее количество хозяйствующих субъектов, в отношении которых в ходе проведения проверок выявлены правонарушения, в 2018 г. составило 4 853, что сопоставимо с данными 2017 г.; число лиц, в деятельности которых выявлены нарушения обязательных требований, явившиеся причиной причинения вреда жизни и здоровью граждан, вреда животным, растениям, окружающей среде и др., возросло с 68 в 2015 г. до 105 в 2018 г. Аналогичный вывод следует и из Стратегии экологической безопасности Российской Фе-

¹ О состоянии и охране окружающей среды Российской Федерации в 2018 году : Государственный доклад Министерства природных ресурсов и экологии РФ. URL: http://www.mnr.gov.ru/docs/o_sostoyanii_i_ob_okhrane_okruzhayushchey_sredy_rossiyskoy_federatsii/gosudarstvennyy_doklad_o_sostoyanii_i_ob_okhrane_okruzhayushchey_sredy_rossiyskoy_federatsii_v_2018_/ (дата обращения: 25.03.2020).

дерации на период до 2025 года, утвержденной Указом Президента РФ 19 апреля 2017 г. № 176, в которой констатируется, что состояние окружающей среды на территории Российской Федерации, где сосредоточены большая часть населения страны, производственных мощностей и наиболее продуктивные сельскохозяйственные угодья (составляет около 15% территории страны), оценивается как неблагоприятное по экологическим параметрам.

По этой причине мы обращаем внимание на такие «инновационные» правовые средства, как «план мероприятий по охране окружающей среды» и «программа повышения экологической эффективности», введенные в Закон «Об охране окружающей среды» Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 219-ФЗ. Логика законодателя здесь очевидна: в случае *невозможности соблюдения экологических нормативов* хозяйствующими субъектами на объектах II и III категорий на период поэтапного достижения таких нормативов принимается план мероприятий по охране окружающей среды; на объектах I категории - программа повышения экологической эффективности. Срок реализации такого рода «природоохранных» мер согласно п.п. 5, 6 ст. 67.1 Закона об охране окружающей среды может достигать семи и даже четырнадцати лет. Обращает на себя внимание и то обстоятельство, что как в план, так и в программу повышения экологической эффективности включаются мероприятия, *подлежащие финансированию за счет средств федерального бюджета и бюджетов субъектов Российской Федерации, в рамках государственной поддержки* хозяйственной и (или) иной деятельности, осуществляемой юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями в целях охраны окружающей среды (п. 5 ст. 17, п. 4 ст. 67.1 Закона об охране окружающей среды). Полагаем, что такого рода особые меры должны применяться, скорее, как исключение, а не правило. С подходом, изложенным в ст. 67.1, можно согласиться только в случаях, указанных в п. 6, т.е. когда речь идет о так называемых градообразующих предприятиях. В настоящее же время в категорию производств, в отношении которых установлен такой особый экологический подход, попадают также объекты, хозяйственная и (или) иная деятельность на которых осуществляется федеральными государственными унитарными предприятиями или открытыми акционерными обществами, акции которых находятся в федеральной собственности и которые осуществляют производство продукции (товаров), выполнение работ, оказание услуг и имеют стратегическое значение для обеспечения обороноспособности и безопасности государства.

В юридической литературе справедливо отмечается, что правовое регулирование в сфере природоохранной деятельности в России в основном носит публично-правовой характер, что объясняется значимостью целей данной социально полезной деятельности [9]. Однако публично-правовой арсенал, как следует из вышеприведенной статистики правонарушений в сфере экологии, не в состоянии решить все назревшие проблемы по минимизации экологических рисков, а следовательно, он должен либо совершенствоваться, либо дополняться новыми правовыми инструментами.

Однако меры, установленные ст. 67.1 Закона об охране окружающей среды, опять влекут расходование бюджетных средств и мало способствуют повышению заинтересованности хозяйствующих субъектов в охране окружающей среды. Такого рода меры вступают в противоречие с такими принципами охраны окружающей среды, как *соблюдение права человека на благоприятную окружающую среду и обеспечение благоприятных условий жизнедеятельности человека, допустимость воздействия хозяйственной и иной деятельности на природную среду, исходя из требований в области охраны окружающей среды, обеспечение снижения негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду на основе использования наилучших доступных технологий с учетом экономических и социальных факторов* (ст. 3 Закона об охране окружающей среды), и являются очевидной уступкой бизнесу, в обмен на которую государство и общество получит разработку за счет средств государственного бюджета очередных плана и программы сроком на семь (и даже четырнадцать) лет, в течение которых нормативы допустимых выбросов и сбросов загрязняющих веществ на законном основании соблюдаться не будут.

На наш взгляд, не только снизить экологические риски, но и создать условия для повышения эффективности природоохранной деятельности хозяйствующих субъектов возможно на принципиально иной основе, а именно при помощи имеющих преимущественно экономический характер инструментов охраны окружающей среды и применения их в комплексе с публично-правовыми мерами, в частности такими, как государственный экологический надзор. Основу такого подхода составляет принцип научно обоснованного сочетания экологических, экономических и социальных интересов человека, общества и государства в целях обеспечения устойчивого развития и благоприятной окружающей среды (ст. 3 Закона об охране окружающей среды). В научной литературе неоднократно отмечалась значимость экономических инструментов для природоохранной деятельности, их направленность, с одной стороны, на аккумулялирование средств, необходимых для охраны окружающей среды, с другой – на экономическое стимулирование такого рода деятельности [11, 12]. Тем не менее из Закона Российской Федерации «Об охране окружающей среды» ст. 14, устанавливавшая систему мер экономического регулирования, была исключена Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 219-ФЗ. Ученые обращают внимание на то, что при отсутствии системного подхода не представляется возможным проанализировать эффективность всего экономического механизма как важнейшего, самостоятельного направления природоохранной деятельности [7. С. 59–76; 13] и фактора реализации целого ряда природоохранных принципов, таких как принципы «зеленой» экономики», «загрязнитель платит» и иных.

На минимизацию экологических рисков, в том числе рисков гражданско-правовой ответственности за негативное воздействие на окружающую среду, направлена программа экологического комплаенса. Комплаенс как средство предотвращения нарушения обязательных требований широко

используется как зарубежными, так и российскими компаниями. Например, под антимонопольным комплаенсом понимается совокупность правовых и организационных мер, направленных на соблюдение требований антимонопольного законодательства и предупреждение его нарушения (п. 24 ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ). Принятие программы антимонопольного комплаенса для хозяйствующего субъекта носит добровольный характер (п. 1 ст. 9.1 Федерального закона «О защите конкуренции»). Однако ее функционирование в течение не менее одного года является одним из условий для понижения категории риска у хозяйствующего субъекта в рамках риск-ориентированного подхода (п. 2 Критериев отнесения деятельности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, осуществляющих экономическую деятельность, к категориям риска при осуществлении государственного контроля за соблюдением антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденных постановлением Правительства РФ от 1 марта 2018 г. № 213).

Заметим, что в РФ практика принятия программ экологического комплаенса не сложилась, поскольку хозяйствующие субъекты, как правило, разрабатывают лишь экологическую политику, в которой отсутствуют дополнительные инструменты (по сравнению с обязательными требованиями законодательства), направленные на минимизацию экологических и эколого-правовых рисков¹. На наш взгляд, при продуманной программе экологического комплаенса хозяйствующие субъекты реально могли бы минимизировать свои как экологические, так и эколого-правовые риски. Такая программа может включать, например, производственный контроль, экологическую паспортизацию и сертификацию, локальный мониторинг окружающей среды, экологический аудит, направленные на предупреждение причинения экологического вреда, а также экологическое страхование², посредством которого можно минимизировать финансовые потери хозяйствующего субъекта.

Большой потенциал в плане содержания программы экологического комплаенса несет в себе законопроект «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации», внесенный 3 декабря 2019 г. Правительством РФ в Государственную Думу Федерального Собрания РФ³. Проект закона содержит ряд средств частноправо-

¹ См., напр.: Единая отраслевая экологическая политика Росатом. URL: <https://rosatom.ru/social-respons/ environmental-management/> (дата обращения: 26.03.2020); Политика группы «ЛУКОЙЛ» в области промышленной безопасности, охраны труда и окружающей среды в XXI веке. URL: <https://lukoil.ru/Responsibility/SafetyAndEnvironment/HSEManagementSystem> (дата обращения: 26.03.2020).

² Следует отметить, что в ст. 18 Закона об охране окружающей среды прямо указано, что экологическое страхование осуществляется в целях защиты имущественных интересов юридических и физических лиц на случай экологических рисков.

³ О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации : проект федерального закона. URL: <https://sozd.duma.gov.ru> (дата обращения: 07.03.2020).

вого характера, которые могут привести к сокращению публично-правовых мер – плановых проверок. В качестве таковых выступает, например, самообследование контролируемого лица, являющееся видом профилактического мероприятия. Суть его заключается в том, что контролируемое лицо, получившее высокую оценку соблюдения им обязательных требований, вправе принять декларацию соблюдения обязательных требований. Самообследование осуществляется в автоматизированном режиме с помощью информационной системы контрольно-надзорного органа. В этом случае плановые контрольно-надзорные мероприятия в отношении данного контролируемого лица не проводятся на протяжении всего срока действия декларации (ст. 65).

Другим инструментом является институт независимой оценки соблюдения обязательных требований, осуществляемой третьими лицами. Если в отношении контролируемого лица проведен негосударственный контроль, то в этом случае плановые и внеплановые контрольно-надзорные мероприятия по соответствующему предмету контроля не проводятся (ст. 67). К данному институту отнесены: независимая оценка контролируемого лица аккредитованными организациями (ст. 68); членство в саморегулируемой организации (ст. 69); страхование рисков причинения вреда (ст. 70).

Данные правовые средства также могли бы быть включены в программу экологического комплаенса. Однако выполнение такой программы потребует дополнительных финансовых затрат со стороны хозяйствующих субъектов, в связи с этим у них должен быть к этому убедительный стимул. В качестве такового может выступить легализация модели снижения категории риска у хозяйствующего субъекта (по аналогии с программой антимонопольного комплаенса), а также предоставление им преференций, как это предусмотрено для субъектов малого и среднего бизнеса. Ведь снижение риска причинения вреда окружающей среде, государству, физическим и юридическим лицам одновременно соответствует публичным и частным интересам.

Таким образом, теоретико-инструментальный анализ правовых средств предупреждения и минимизации экологических рисков позволяет продемонстрировать необходимость сочетания при осуществлении охраны окружающей среды публично-правовых (организационных) и частноправовых (экономических) природоохранных мер. К числу первых, безусловно, относится государственный экологический надзор. Инструментом, имеющими преимущественно экономический характер, является экологический комплаенс, при помощи которого становится возможным объединение в единую программу разрозненных эколого-правовых инструментов, в том числе производственного контроля, экологических сертификации и паспортизации, аудита и страхования, локального мониторинга окружающей среды и иных для совокупного повышения их эффективности.

Приведенная нами статистика позволяет констатировать, что введенные Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 219-ФЗ в Закон «Об охране окружающей среды» меры, такие как «план мероприятий по охране окру-

жающей среды» и «программа повышения экологической эффективности», не показали высокой эффективности, мало способствуют оптимизации природоохранной деятельности и, став очевидной уступкой бизнесу, ведут к расходованию средств государственного бюджета.

Научный взгляд на содержание правового механизма охраны окружающей среды позволяет определить как дефект экологического законодательства исключение из Закона «Об охране окружающей среды» тем же Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 219-ФЗ ст. 14, которая закрепляла систему мер экономического регулирования, поскольку при отсутствии такого системного подхода проанализировать эффективность экономических средств в рамках экономического механизма как целостной структуры не представляется возможным.

Определенный потенциал с точки зрения предупреждения и минимизации экологических рисков содержится в правовых средствах, предлагаемых законопроектом «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации», внесенным 3 декабря 2019 г. Правительством РФ в Государственную Думу Федерального Собрания РФ. Речь идет о таких мерах, как самообследование контролируемого лица в рамках профилактических мероприятий, а также институт независимой оценки соблюдения обязательных требований, осуществляемой третьими лицами, как средствах, способных привести не только к сокращению количества плановых проверок, но и к повышению эффективности всего механизма охраны окружающей среды, а значит, к минимизации экологических рисков.

Литература

1. Кичигин Н.В. Минимизация и предупреждение эколого-правовых рисков // Журнал российского права. 2018. № 8. С. 144–154.
2. Бучакова М.А., Вершило Н.Д. О повышении эффективности контроля (надзора) в сфере охраны окружающей среды // Российский юридический журнал. 2017. № 4. С. 191–197.
3. Шундилов К.В. Инструментальный подход и инструментальная теория в современном правоведении: методологический аспект // Ленинградский юридический журнал. 2005. № 3. С. 167–175.
4. Сапун В.А., Шундилов К.В. Инструментальная теория права и человеческая деятельность // Правоведение. 2013. № 1. С. 14–32.
5. Гарбузова Е.В. Инструментальный подход в совершенствовании национального законодательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Минск, 2012. 24 с.
6. Макарова Т.И. Юридический инструментализм как метод формирования эколого-правового пространства // Екологічне право України. 2017. № 1-2. С. 40–46.
7. Правовые механизмы охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности / Т.И. Макарова [и др.]; под науч. ред. Т.И. Макаровой. Минск : Белорус. гос. ун-т, 2016. 191 с.
8. Кичигин Н.В. Правовые проблемы публичного экологического контроля (надзора). М. : Ин-т законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2012. 327 с.
9. Хлуденева Н.И. Эффективность правового регулирования охраны окружающей среды в России: от «конфликта целей» к экологическому правопорядку // Журнал российского права. 2017. № 12. С. 141–150.

10. Мелехин А.В. Административно-правовой механизм обеспечения законности в сфере экологии // *Lex Russica*. 2016. № 11. С. 33–45.
11. Бринчук М.М. Экологическое право : учебник. М. : МПСИ; Воронеж : МОДЭК, 2011. 624 с.
12. Петрова Т.В. Правовые проблемы экономического механизма охраны окружающей природной среды. М. : Зерцало, 2000. 185 с.
13. Макарова Т.И., Лизгаро В.Е. Правовые проблемы эффективности экономического механизма охраны окружающей среды как инструмента «зеленой» экономики // *Право в современном белорусском обществе : сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исследований Респ. Беларусь; редкол.: Н.А.Карпович [и др.]. Минск : СтройМедиаПроект, 2016. Вып. 11. С. 371–379.*

Kvanina Valentina V., Makarova Tamara I., South Ural State University (Chelyabinsk, Russian Federation)

PUBLIC AND PRIVATE LEGAL MEANS OF MINIMIZING ENVIRONMENTAL RISKS: THEORETICAL AND INSTRUMENTAL ANALYSIS

Keywords: state environmental supervision, environmental control, environmental risk, environmental compliance, reform of control and supervision activities, legal mechanism for environmental protection.

DOI: 10.17223/22253513/36/16

The article analyzes the institutions of environmental law based on the theory of legal instrumentalism in order to identify their effectiveness in solving problems of preventing and minimizing environmental risks. It is concluded that traditional public-law environmental measures, such as state environmental supervision, industrial environmental control, environmental protection action plan, and environmental efficiency improvement program are limited and insufficient. It is proposed to expand the range of legal tools aimed at minimizing these risks through innovative private-law measures, including the introduction of environmental compliance programs and non-state forms of control by economic entities, as stipulated in the draft law on control and Supervisory activities (for example, independent assessment of a controlled person by accredited organizations, membership in a self-regulatory organization, and insurance of risks of harm). These legal tools could also be included in the environmental compliance program. The implementation of such a program will require additional financial costs on the part of economic entities, and therefore they should have a convincing incentive to do so by providing them with preferences.

The analysis of environmental protection tools also allowed us to see the defects of environmental legislation in the form of the absence of norms that systematize the elements of the legal mechanism for environmental protection, as well as the presence of tools that have not shown their effectiveness in environmental protection.

References

1. Kichigin, N.V. (2018) Minimization and Prevention of Environmental-Legal Risks. *Zhurnal rossiyskogo prava – Journal of Russian Law*. 8. pp. 144–154. (In Russian). DOI: 10.12737/art_2018_8_14
2. Buchakova, M.A. & Vershilo, N.D. (2017) On improving the efficiency of environmental control (supervision). *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal – Russian Juridical Journal*. 4. pp. 191–197. (In Russian).
3. Shundikov, K.V. (2005) Instrumental'nyy podkhod i instrumental'naya teoriya v sovremennoy pravovedenii: metodologicheskiy aspekt [The instrumental approach and instrumental theory in modern jurisprudence: a methodological aspect]. *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*. 3. pp. 167–175.

4. Sapun, V.A. & Shundikov, K.V. (2013) Instrumental'naya teoriya prava i chelovecheskaya deyatel'nost' [The instrumental theory of law and human activity]. *Pravovedenie*. 1. pp. 14–32.
5. Garbuzova, E.V. (2012) *Instrumental'nyy podkhod v sovershenstvovanii natsional'nogo zakonodatel'stva* [An instrumental approach to improving national legislation]. Abstract of Law Cand. Diss. Minsk.
6. Makarova, T.I. (2017) Yuridicheskiy instrumentalizm kak metod formirovaniya ekologo-pravovogo prostranstva [Legal instrumentalism as a method of forming an environmental-legal space]. *Ekologichne pravo Ukraini*. 1-2. pp. 40–46.
7. Makarova, T.I. (ed.) (2016) *Pravovye mekhanizmy okhrany okruzhayushchey sredy i obespecheniya ekologicheskoy bezopasnosti* [Legal mechanisms of environmental protection and safety]. Minsk: Belarus State University.
8. Kichigin, N.V. (2012) *Pravovye problemy publichnogo ekologicheskogo kontrolya (nadzora)* [Legal problems of public environmental control (supervision)]. Moscow: Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation.
9. Khludeneva, N.I. (2017) Effectiveness of the Environmental Protection Legal Regulation in Russia: from “Conflict of Goals” to Environmental Legal Order. *Zhurnal rossiyskogo prava – Journal of Russian Law*. 12. pp. 141–150. (In Russian). DOI: 10.12737/article_5a200507a06e72.56464834
10. Melekhin, A.V. (2016) Administrative Law Mechanism Applied to Ensure Legitimacy in the Sphere of Ecology. *Lex Russica*. 11. pp. 33–45. (In Russian). DOI: 10.17803/1729-5920.2016.120.11.033-045
11. Brinchuk, M.M. (2011) *Ekologicheskoe pravo* [Environmental Law]. Moscow: MPSI; Voronezh: MODEK.
12. Petrova, T.V. (2000) *Pravovye problemy ekonomicheskogo mekhanizma okhrany okru-zhayushchey prirodnoy sredy* [Legal problems of the economic mechanism of environmental protection]. Moscow: Zertsalo.
13. Makarova, T.I. & Lizgaro, V.E. (2016) Pravovye problemy effektivnosti ekonomicheskogo mekhanizma okhrany okruzhayushchey sredy kak instrumenta “zelenoy” ekonomiki [Legal problems of the effective economic mechanism for environmental protection as a “green” economy instrument]. In: Karpovich, N.A. et al. (eds) *Pravo v sovremennom belorusskom obshchestve* [Law in the modern Belarusian society]. Issue 11. Minsk: StroyMediaProekt. pp. 371–379.

УДК 347.922.61

DOI: 10.17223/22253513/36/17

Т.П. Подшивалов

УСЛОВИЯ УДОВЛЕТВОРЕНИЯ НЕГАТОРНОГО ИСКА

Рассматривается проблема определения критериев обоснованности применения негаторного иска. За основу проведения исследования взяты метод анализа судебной практики и метод сравнительного правоведения (с доктриной немецкого гражданского права). В результате исследования автор приходит к выводу, что негаторный иск не является универсальным способом защиты. Негаторная защита имеет четкие пределы применения, а нарушение, которое устраняется данным требованием, характеризуется не только отсутствием лишения владения, но и еще многими признаками.

Ключевые слова: гражданское право, вещное право, право собственности, вещные иски, негаторный иск.

Условия удовлетворения негаторного иска соответствуют тем обстоятельствам, которые должен проанализировать суд для решения вопроса об обоснованности заявленного требования.

Судебная практика исходит из того, что негаторное требование подлежит удовлетворению при наличии следующих необходимых условий:

1) владение истца основано на законе или договоре. Данное условие можно разбить на две составляющие: во-первых, истец сохраняет владение спорной вещью, а во-вторых, это владение является законным, т.е. основано на законе или договоре;

2) наличие препятствий в осуществлении права истца;

3) препятствия чинятся именно ответчиком;

4) препятствия имеют реальный, а не мнимый характер¹.

Данный перечень условий удовлетворения негаторного иска закреплен в абз. 2 п. 45 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», где сказано, что иск об устранении нарушений права, не связанных с лишением владения, подлежит удовлетворению

¹ См.: постановления АС Восточно-Сибирского округа от 25.06.2015 № Ф02-2571/2015 по делу № А19-20457/2012, ФАС Северо-Западного округа от 02.11.2012 по делу № А56-39938/2011, АС Северо-Кавказского округа от 07.07.2017 № Ф08-3578/2017 по делу № А22-2280/2016, АС Уральского округа от 25.02.2016 № Ф09-398/16, АС Центрального округа от 01.09.2015 № Ф10-2745/2015 по делу № А14-13915/2012; апелляционное определение Новосибирского областного суда от 16.05.2017 по делу № 33-4705/2017; п. 2 Обзора судебной практики рассмотрения Арбитражным судом Ростовской области споров об устранении нарушений прав собственника, не связанных с лишением владения от 3 сентября 2009 г.

в случае, если: «истец докажет, что он является собственником или лицом, владеющим имуществом по основанию, предусмотренному законом или договором»; «действиями ответчика, не связанными с лишением владения, нарушается его право собственности или законное владение».

В гражданском законодательстве не содержится точного перечня критериев и особенностей того нарушения, с совершением которого связано возникновение права на негаторную защиту. Единственной особенностью нарушения, в связи с которым может быть предъявлен негаторный иск, в ст. 304 ГК РФ названо отсутствие связи данного нарушения с лишением владения. Поэтому стоит обратить внимание на характеристику тех случаев, когда может быть предъявлен негаторный иск.

Необходимость определения критериев применимости негаторной защиты вызвана и тем, что большинство случаев отказа в удовлетворении негаторных исков мотивируется судами недоказанностью того, что ответчик своими действиями нарушает нормальное использование своей вещи, и того, что эти действия являются неправомерными¹.

Нарушение, являющееся фактическим основанием негаторного иска, обладает следующими характеристиками.

1. *Является только действием.* В литературе встречается обратное мнение о возможности создания препятствий как действием, так и бездействием [1. С. 283; 2. С. 124–126; 3. С. 108; 4. С. 258]. А.В. Люшня указывает, что нарушение может быть следствием как действия (постройка высокого здания, затеняющего участок соседа), так и бездействия (собственник сада не обрезает ветви деревьев, свисающих на участок соседа) [5. С. 143].

С данным утверждением нельзя согласиться в силу восстановительного характера негаторного иска. Как отмечает К.И. Скловский, рассматриваемый иск «направлен на прекращение действий, помех, докучки, исходящих от нарушителя» [6. С. 11]. Противоправными у нарушителя могут быть только действия, которые являются первоначальными по отношению к бездействию в добровольном устранении нарушений. Цель негаторного иска состоит в том, чтобы запретить нарушителю осуществлять определенные противоправные действия или восстановить положение, существовавшее до нарушения. В приведенном А.В. Люшнёй примере основанием использования негаторного иска является посадка деревьев вблизи границы земельного участка без учета требований об освещенности, а это уже действие. При высадке саженцев вблизи границы участка собственник сада как рачительный и разумный собственник должен был предполагать, что

¹ См.: постановления АС Волго-Вятского округа от 31.10.2016 № Ф01-4610/2016 по делу № А43-29234/2015, от 02.02.2015 № Ф01-5834/2014 по делу № А39-1385/2014, от 01.02.2016 № Ф01-5946/2015 по делу № А31-6993/2014; АС Западно-Сибирского округа от 15.07.2016 № Ф04-3169/2016 по делу № А75-13640/2015; АС Северо-Западного округа от 13.10.2016 № Ф07-8652/2016 по делу № А21-9816/2015, от 12.09.2017 № Ф07-9671/2017 по делу № А42-8682/2016; АС Северо-Кавказского округа от 07.07.2016 № Ф08-3844/2016 по делу № А32-8813/2015, от 23.05.2016 № Ф08-2498/2016 по делу № А32-16734/201, от 11.08.2017 № Ф08-4521/2017 по делу № А15-5008/2015.

при естественном росте дерево создаст затемнение участка соседа. Отсутствие ухода за деревьями является бездействием по добровольному устранению нарушения, вызванного посадкой этих деревьев без учета прав соседей.

Указание на активный характер нарушения содержится в п. 47 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22. Там указано, что, удовлетворяя иск об устранении нарушений прав, не связанных с лишением владения, суд вправе как запретить нарушителю совершать определенные действия, так и обязать ответчика устранить последствия нарушения права истца. О бездействии, как видно, нет ни слова.

2. Носит фактический характер. Правовая природа негаторного иска позволяет ему устранять только фактические помехи в осуществлении вещного права. Рассматриваемый иск направлен на защиту спокойного пользования вещью, а пользование всегда осуществляется фактическими действиями. Равно и нарушение пользования возможно только фактическими действиями. Само по себе пользование и понимается как возможность извлечения полезных свойств из вещи, что подразумевает именно фактические действия. В противовес этому распоряжение связано с юридическими действиями, которые связаны с определением судьбы вещи.

В отличие от негаторного иска, иск о признании вещного права предъявляется в случае оспаривания наличия вещного права, которое выражается в создании юридических помех. Поэтому нет оснований согласиться с высказанным в литературе утверждением о том, что негаторный иск защищает от нарушений, выраженных в фактических или юридических препятствиях по реализации права пользования [3. С. 109; 7. С. 98–99].

Юридический характер носит только оспаривание наличия субъективного права, что выступает основанием для предъявления иска о признании вещного права, который имеет самостоятельную правовую природу. Именно поэтому нельзя согласиться с правовой позицией ВАС РФ, изложенной в п. 12 информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153, в силу которого в сферу применения негаторного иска включаются требования о признании вещного права отсутствующим.

Справедливости ради стоит указать, что в германском праве допускается корректировка реестра недвижимости посредством негаторного иска [8. S. 148; 9. S. 93]. Но такой подход обусловлен тем, что в германском праве перечень вещных исков исчерпан виндикационным и негаторным исками, в то время как российский правопорядок имеет более развернутую систему вещных исков. Допустимость корректировки реестровой записи во многом и иллюстрирует излишнюю универсальность негаторного иска, которую ему придает судебная практика. Более того, в германском праве негаторный иск применяют очень широко, в том числе и к корпоративным отношениям [10. Р. 47–48].

К.И. Скловский, комментируя обобщения судебной практики по негаторному иску, приходит к следующему выводу: «Действия, которые направлены на устранение нарушенного права, имеют фактический, а не

юридический характер. В частности, невозможно понудить ответчика к совершению сделки, обращению с заявлением, вступлению в наследство, признанию права и т.д.» [11. С. 202].

3. Данное действие является *неправомерным*, т.е. осуществляется произвольно, самовольно, без достаточного правового основания к этому. Негаторный иск будет удовлетворен только в случае, если доказать противоправность действий третьего лица, при этом не имеет значения, было ли это поведение виновным. Дело в том, что препятствия в реализации права собственности далеко не всегда связаны с намерением нарушителя создать собственнику помеху или с не проявлением должной осмотрительности. Это и объясняет безразличие негаторного требования к субъективному переживанию причинителя помех в нормальном пользовании вещью. Хорошо это иллюстрирует положение ст. 89 закона Эстонской республики от 9 июня 1993 г. «О вещном праве», где сказано, что негаторное требование исключено, если собственник обязан терпеть нарушение.

Доказывание факта правомерности или неправомерности действий лежит на лице, их совершающем, т.е. на ответчике. Действия нарушителя предполагаются неправомерными, пока он сам не докажет их правомерность. Данное утверждение представляется более логичным в части того, что ответчик совершил активное действие, а истец полагает его неправомерным, что и обосновывает необходимость возложения бремени доказывания именно на лицо, которое совершило действие и лучше понимает, почему так поступило.

Нет правовой определенности в вопросе о том, на ком лежит бремя доказывания неправомерности действий ответчика, и в судебной практике. В подавляющем большинстве суды исходят из того, что это бремя должно возлагаться на истца, и недоказанность этого обстоятельства истцом влечет отказ в негаторном иске¹.

Но встречаются судебные акты, где бремя доказывания по-другому распределяется на стороны негаторного требования: истец должен доказать принадлежность ему недвижимости на законном основании и факт создания препятствий, а ответчик – доказать правомерность своего поведения².

¹ См.: постановление Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 8609/08 по делу № А40-41193/07-52-388; определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 12.10.2015 № 309-ЭС15-6673 по делу № А60-25477/2013; постановления АС Волго-Вятского округа от 03.08.2015 № Ф01-2701/2015 по делу № А43-14579/2014, от 01.02.2016 № Ф01-5946/2015 по делу № А31-6993/2014, от 31.10.2016 № Ф01-4610/2016 по делу № А43-29234/2015, АС Западно-Сибирского округа от 15.07.2016 № Ф04-3169/2016 по делу № А75-13640/2015, АС Северо-Западного округа от 13.10.2016 № Ф07-8652/2016 по делу № А21-9816/2015, от 12.07.2017 № Ф07-5943/2017 по делу № А21-5169/2016, АС Поволжского округа от 02.03.2017 № Ф06-4167/2015 по делу № А57-410/2015; апелляционное определение Кемеровского областного суда от 23.05.2017 по делу № 33-5499/2017.

² См.: постановления АС Московского округа от 29.12.2016 № Ф05-19845/2016 по делу № А41-17449/2016 и АС Северо-Кавказского округа от 18.08.2015 № Ф08-5175/2015 по делу № А32-516/2014.

Так, в постановлении АС Волго-Вятского округа от 1 февраля 2017 г. № Ф01-5967/2016 по делу № А82-8475/2015 указано: «...лицо, обратившееся в суд, должно представить доказательства принадлежности ему имущества на праве собственности (ином вещном праве) и совершения ответчиком действий, препятствующих осуществлению законным владельцем своих прав в отношении данного имущества. Ответчик должен доказать правомерность своего поведения». В постановлении АС Центрального округа от 3 марта 2017 г. № Ф10-532/2017 по делу № А83-1163/2016 сказано: «В обязанность истца не входит доказательство неправомерности действия или бездействия ответчика, которые предполагаются таковыми, если сам ответчик не докажет правомерность своего поведения».

Правомерность действий нарушителя исключает удовлетворение негаторного иска. Данное вещно-правовое требование неприменимо, если действия ответчика основываются на законе или договоре. Если действия ответчика, устраняемые истцом при помощи негаторного иска, основаны на административном акте, то негаторный иск может быть применен вне зависимости от оспаривания данного акта.

Длительное время обращение с негаторным требованием о запрете строительства здания или сооружения вблизи принадлежащей истцу недвижимости не имело перспектив, если такое строительство велось в соответствии с утвержденной в установленном порядке проектной документацией. Как указывалось в судебной практике, само по себе строительство в непосредственной близости от здания, принадлежащего истцу (при том, что это строительство ведется на основании и в соответствии с утвержденной в установленном порядке проектной документацией), не может нарушать права истца как собственника недвижимой вещи, расположенной на смежном земельном участке¹.

Ситуация коренным образом поменялась после принятия ВАС РФ правовой позиции, изложенной в п. 9 информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153, где сказано, что иск об устранении нарушения права, не связанного с лишением владения, подлежит удовлетворению и в том случае, когда разрешение на строительство на соседнем участке не оспорено, однако истцом доказана реальная угроза разрушения его здания.

Соседские отношения, из которых чаще всего возникает негаторный спор, всегда связаны со столкновением интересов собственников в наиболее выгодном использовании своей вещи. Поэтому помехи в осуществлении и эксплуатации вещи неизбежны.

При этом, запрещая ответчику по негаторному иску совершать определенные действия, суд лишает его возможности более выгодно использовать свою вещь за счет воздействия на имущество соседа. Вполне возмож-

¹ См.: постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 14.12.2004 № А74-4434/03-К1-Ф02-5191/04-С2; ФАС Московского округа от 05.03.2003 № КГ-А40/719-03; ФАС Северо-Западного округа от 18.03.2003 № А56-19541/02; ФАС Уральского округа от 03.11.2004 № Ф09-117/04ГК, от 31.01.2005 № Ф09-16/05ГК.

на ситуация, когда запрет спорной деятельности в большей степени нанесет ущерб положению нарушителя, нежели защитит права собственника, но для этого есть нормы об установлении сервитута.

Ключевым в определении реальности чинимых помех является уровень вредного, неблагоприятного воздействия; такой подход основан на положениях Основного закона. В соответствии с п. 3 ст. 17 Конституции РФ осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. Пункт 2 ст. 36 Конституции РФ закрепляет правило, что владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами осуществляются их собственниками свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц.

Значение для определения реальности чинимых помех имеет и факт наличия у истца возможности иным способом свободно пользоваться принадлежащей ему вещью. Дело в том, что в силу п. 1 ст. 1 ГК РФ гражданское законодательство среди прочего основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав. С учетом данного положения гражданского законодательства дополнительным условием для удовлетворения негаторного иска является отсутствие у истца возможности иным способом свободно пользоваться принадлежащей ему вещью.

Оценка того, насколько правомерны действия ответчика по негаторному иску, вызывает множество сложностей в практике арбитражных судов. Так, достаточно часто суды приходят к выводу, что отсутствие возможности у истца свободно пользоваться вторым входом в здание не лишает его возможности пользоваться принадлежащими ему помещениями¹.

Наиболее ярким примером может служить дело, описанное в постановлении ФАС Московского округа от 4 ноября 2003 г. № КГ-А40/8738-03, в котором суд посчитал, что введение платного въезда на территорию выставочного центра, принадлежащего ответчику, не является препятствием собственнику здания, расположенного на территории центра, в пользовании его вещью.

Негаторный иск является мерой защиты субъективного вещного права или законного интереса в нормальном осуществлении. Поэтому для удовлетворения негаторного требования нет необходимости наличия полного состава гражданского правонарушения. Достаточно, чтобы действия ответчика не соответствовали требованиям нормативно-правовых актов или же отсутствовало законное основание на совершение таких действий.

Наиболее часто неправомерность трактуется как несоответствие действий ответчика по негаторному иску предписаниям позитивного права.

¹ См.: постановления ФАС Волго-Вятского округа от 27.05.2005 № А82-7619/2003-12; ФАС Северо-Кавказского округа от 15.02.2006 № Ф08-282/06; ФАС Уральского округа от 04.04.2006 № Ф09-1598/06-С3, от 05.04.2006 № Ф09-2250/06-С3.

Особенность негаторного иска состоит в том, что он может быть использован для защиты от действий, не только нарушающих требования законодательства, но и в ситуациях, когда противоправность трактуется более обширно. Так, ФАС Волго-Вятского округа постановлением от 8 декабря 2008 г. по делу № А38-499/2008-1-60 оставил в силе судебные акты нижестоящих инстанций, которые отказали в иске об устранении препятствий в пользовании зданием путем демонтажа пристройки. Такое решение мотивировано тем, что ответчик имел правовые основания к совершению действий по возведению пристройки, поскольку договором аренды, заключенным между истцом и ответчиком, было предусмотрено право арендаторов пристраивать снаружи к зданию помещения. При таких обстоятельствах суд пришел к выводу о том, что ответчик доказал правомерность своих действий и отказал в удовлетворении негаторного иска.

Противоправность может проявляться в изменении нормального хода жизни и неблагоприятном влиянии на использование заявителем своей собственности. Это объясняется тем, что негаторная защита обеспечивает реализацию принципа неприкосновенности собственника (п. 1 ст. 1 ГК РФ), так как направлена на устранение помех в нормальном использовании собственником своей вещи.

Неправомерность как признак фактического основания негаторного иска имеет еще один аспект. Специфика негаторного иска заключается и в том, что он применяется в качестве важного средства борьбы со злоупотреблением правом, под которым понимается отклонение поведения управомоченного лица при внешнем соблюдении предписаний норм права от принципов гражданского права.

Основной сферой применения негаторного иска являются отношения, вытекающие из соседства объектов недвижимости. Соответственно, в попытке наиболее эффективно и выгодно использовать свою недвижимость собственник может выйти за пределы разумного и причинить неудобство соседу в нормальной эксплуатации его вещей. Более того, возможна ситуация, когда из-за конфликта между соседями один из них начинает совершать действия, имеющие единственной целью причинение неудобств своему соседу. Отсюда и вытекает необходимость рассмотрения возможности предъявления негаторного иска в ситуации злоупотребления соседом своим правом.

В ситуациях, когда действия ответчика напрямую не нарушают предписаний позитивного права, но не соответствуют такому критерию, как разумность, негаторный иск применяется в совокупности со ссылкой на ст. 10 ГК РФ. Пункт 1 данной статьи гласит, что не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Санкция за злоупотребление гражданскими правами определена в п. 2 ст. 10 ГК РФ и заключается в отказе лицу в защите принадлежащего ему права.

4. *Не связано с лишением владения*, т.е. по общему правилу вещь, выступающая предметом спора, должна находиться во владении истца. Лицо, не владеющее предметом спора, не может предъявлять негаторный иск, поскольку данное требование не может быть использовано для возложения на нарушителя обязанности вернуть вещь. На данное обстоятельство не раз указывалось в судебной практике¹. При этом следует понимать, что условие о сохранении владения предметом спора на стороне истца является обязательным условием только в случае, когда само субъективное право истца содержит правомочие владения. При отсутствии данного правомочия в субъективном праве (например, сервитут) это условие не носит обязательного характера.

Трудности с разграничением владения и пользования порождают затруднения в выборе надлежащего способа защиты между виндикационным и негаторным исками. Бывают и случаи, когда истцы умышленно указывают в качестве основания своего требования ст. 304 ГК РФ, тогда как просительная часть искового заявления явно сводится к заявлению о виндикации. Если суд распознает эту подмену, то рассматривает предъявленные требования, исходя из их существа, т.е. по правилам о виндикации².

Несвязанность нарушения, устраняемого негаторным иском, с лишением истца владения вещью объясняет тот факт, что негаторный иск может быть удовлетворен независимо от того, на своем или чужом объекте недвижимости ответчик нарушает права истца. Эта идея нашла воплощение в правовой позиции судов³.

5. *Не связано с оспариванием наличия субъективного права на вещь*. Негаторный иск применяется для защиты от помех, которые не связаны с отрицанием наличия субъективного вещного права у истца, т.е. с оспариванием права. Негаторный иск используется для защиты от нарушений, создающих помехи в использовании собственником своей вещи, т.е. тогда, когда ответчик не стремится присвоить себе субъективное право собственности, а лишь создает помехи в реализации этого права, не сомневаясь в факте его наличия у собственника.

6. *Не повлекло прекращения права собственности или ограничения вещного права на вещь*. Наличие данной характеристики негаторного

¹ См.: постановления Президиума ВАС РФ от 11.03.2014 № 15324/13 по делу № А09-7111/2012, от 05.06.2012 № 360/12 по делу № А29-9477/2010, от 29.05.2012 № 17530/11 по делу № А40-79091/10-157-682.

² См.: постановления Президиума ВАС РФ от 05.06.2012 № 360/12 по делу № А29-9477/2010 ФАС; АС Дальневосточного округа от 25.08.2015 № Ф03-3484/2015 по делу № А59-4551/2014; ФАС Московского округа от 09.06.2001 № КГ-А40/2694-01; ФАС Северо-Западного округа от 06.09.2012 по делу № А05-9430/2011; ФАС Уральского округа от 23.07.2001 № Ф09-1170/01ГК.

³ См.: п. 45 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010; п. 10 информационного письма Президиума ВАС РФ от 15.01.2013 № 153; определение Верховного Суда РФ от 17.02.2015 по делу № 302-ЭС14-1496, А33-16410/2013.

нарушения связано с вещно-правовой природой рассматриваемого иска. Предметом спора по вещным искам является только индивидуально определенная вещь (*res individuae*), сохранившаяся в натуре к моменту предъявления требования. Поскольку вещное право предполагает возможность совершения действий в отношении вещи, именно эта возможность и может быть нарушена. Следовательно, если негативное воздействие со стороны ответчика привело к уничтожению вещи, негаторный иск не может быть предъявлен.

Если вещь не сохранилась в натуре, цель негаторного иска не может быть достигнута, восстановление нормального хода реализации субъективного права невозможно, а речь можно вести лишь о восстановлении имущественной сферы потерпевшего, но уже посредством иного иска. Согласно ст. 235 ГК РФ с уничтожением имущества прекращается вещное право на это имущество, а следовательно, и возможность защиты посредством вещных исков.

Судебная практика исходит из того, что вещно-правовое требование может быть предъявлено в отношении индивидуально определенной вещи, сохранившейся в натуре, и, следовательно, не подлежит удовлетворению, если указанная вещь погибла или уничтожена¹.

В тех случаях, когда предмет спора погиб или уничтожен уже после предъявления вещного иска, иск также не может быть удовлетворен. В этой ситуации отсутствует необходимое условие удовлетворения вещного требования, так как в силу ст. 235 ГК РФ вещное право прекращено.

7. Создает помеху в спокойном осуществлении субъективного вещного права, что препятствует пользованию вещью. Данный критерий применимости негаторного иска состоит в том, что в результате нарушения снижаются полезные свойства недвижимой вещи.

При этом важно понимать, что судебная практика жестко стоит на позиции того, что истец по негаторному иску должен доказать факт создания ответчиком помехи в осуществлении вещного права, а недоказанность этого факта влечет отказ в удовлетворении негаторного иска². Так, в определении ВАС РФ от 25 апреля 2012 г. № ВАС-4727/12 по делу № А06-242/2011

¹ См.: постановления Президиума ВАС РФ от 29.05.2007 № 2358/06; ФАС Поволжского округа от 05.10.2009 по делу № А55-4544/2008, от 27.07.2009 по делу № А55-4546/2008; ФАС Северо-Западного округа от 12.02.2009 по делу № А21-968/2008, от 28.11.2007 по делу № А56-4432/2007, от 11.07.2007 по делу № А56-2534/2006; ФАС Северо-Кавказского округа от 16.11.2007 № Ф08-7558/07.

² См.: определения ВС РФ от 20.03.2017 № 309-ЭС17-1591 по делу № А50-7790/2016, от 15.09.2016 № 304-ЭС16-11308 по делу № А45-19214/2014, от 11.12.2015 № 302-ЭС15-12827 по делу № А19-20457/2012; определения ВАС РФ от 15.06.2009 № ВАС-6996/09 по делу № А43-30517/2007-17-793, от 19.01.2010 № ВАС-17956/09 по делу № А62-191/2009; постановления АС Волго-Вятского округа от 31.10.2016 № Ф01-4610/2016 по делу № А43-29234/2015, Северо-Западного округа от 12.09.2017 № Ф07-9671/2017 по делу № А42-8682/2016, Центрального округа от 10.11.2016 № Ф10-4261/2016 по делу № А83-6404/2015.

указано: «Исследовав и оценив все представленные в дело документы, суд признал недоказанным факт чинения ответчиком препятствий истцу в пользовании принадлежащим истцу имуществом, а также нахождение торговых мест рынка в противопожарных разрывах».

Для раскрытия содержания данного условия применения негаторного иска стоит привести пример. Им может быть положение п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153, где сказано, что требование о демонтаже торгового прилавка с оборудованием, установленного в холле нежилого здания, квалифицировано судом как негаторный иск. При рассмотрении дела судом было установлено, что по окончании детской ярмарки, которая проводилась в холле на первом этаже здания центра детского творчества, все продавцы – участники ярмарки, кроме ответчика, демонтировали свои прилавки, что и послужило причиной обращения истца в суд. Несмотря на административный штраф, наложенный за нарушение правил организации деятельности по продаже товаров на розничных рынках, предприниматель торговую деятельность не прекратил и продолжает деятельность более трех с половиной лет. Интерес истца в обращении в суд с требованием о демонтаже прилавка заключается в том, чтобы демонтаж осуществлялся не за его счет, а за счет ответчика, с использованием механизма государственного принуждения. Судом требование было удовлетворено.

8. *Носит реальный характер.* Негаторный иск предъявляется, когда собственнику создаются помехи в нормальном использовании своей вещи. При этом нарушение должно носить реальный характер, а не быть надуманным.

Сложность вызывает решение вопроса о том, насколько реальна помеха в пользовании вещью, или эти действия ответчика не создают помеху, а просто нежелательны для собственника. Оценка реальности помехи в пользовании вещью не может быть нормативно регламентирована, а должна производиться судом в каждом конкретном случае исходя из обстоятельств дела.

Судебная практика исходит из того, что негаторное требование подлежит удовлетворению при доказанности того, что препятствия в осуществлении субъективного права имеют реальный характер¹. Конечно, в практике арбитражных судов предпринимались попытки фиксации иных условий,

¹ См.: определения ВАС РФ от 30.09.2010 № ВАС-12819/10 по делу № А60-45673/2009-С12, от 20.03.2013 № ВАС-3442/13 по делу № А03-12999/2012; постановления АС Восточно-Сибирского округа от 25.06.2015 № Ф02-2571/2015 по делу № А19-20457/2012, АС Северо-Западного округа от 12.07.2017 № Ф07-5943/2017 по делу № А21-5169/2016, от 12.09.2017 № Ф07-9671/2017 по делу № А42-8682/2016, ФАС Северо-Кавказского округа от 30.09.2004 № Ф08-3831/04, от 09.01.2008 № Ф08-8546/07, ФАС Уральского округа от 10.12.2008 № Ф09-9210/08-С6; апелляционные определения Кемеровского областного суда от 23.05.2017 по делу № 33-5499/2017, Московского областного суда от 30.04.2014 по делу № 33-9722, Санкт-Петербургского городского суда от 15.12.2016 № 33-25201/2016 по делу № 2-4921/2016.

помимо реальности, но они не нашли широкой поддержки. Так, ФАС Западно-Сибирского округа в постановлении от 31 августа 2009 г. № Ф04-5245/2009(18768-А45-45) указал, что способы защиты по негаторному требованию должны быть разумными и соразмерными, а нарушение должно затрагивать право на имущество не косвенно, а непосредственно.

В качестве критерия, позволяющего определить мнимость или реальность нарушения, предложено устанавливать возможность использования истцом своей вещи альтернативным путем, при котором затруднения, вызванные действиями ответчика, были бы незаметны. Правовое основание такого разграничения реальности и мнимости нарушения состоит в ссылке на п. 1 ст. 1 ГК РФ, где закреплены такие основополагающие идеи, как равенство участников гражданских отношений, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав.

Примерно из такого же критерия исходят в своей практике и другие арбитражные суды кассационной инстанции. Скажем, ФАС Московского округа в постановлении от 16 октября 2008 № КГ-А40/9491-08-А указал, что суд первой инстанции обоснованно отказал в иске об устранении препятствий в пользовании имуществом путем сноса заграждения, установленного в арке между двумя секциями многоквартирного дома, поскольку проезд, где установлено заграждение, не является единственным проездом в помещение гаража, принадлежащего истцу, что исключает необходимость обременения прав собственника земельного участка, на котором расположен объект.

В судебной практике можно встретить и более яркие примеры, когда нарушение явно носит мнимый характер. Так, в постановлении Президиума ВАС РФ от 7 августа 2001 г. № 760/01 по делу № 6440/99-19 сказано, что отсутствие у лица необходимых материальных средств для того, чтобы выгородить выделенный ему участок и оборудовать собственную проходную, не может по смыслу ст. 304 ГК РФ служить основанием для возложения на другое лицо обязанности предоставить первому право пользования частью земельного участка последнего.

При решении вопроса о реальности причиняемых собственнику помех следует обратить внимание на критерии обоснованности негаторного притязания, предложенные А.В. Люшнёй. Он полагает, что при решении данного вопроса необходимо руководствоваться следующими критериями. Во-первых, соотнесение конфликтной ситуации с обстоятельствами. Например, жители мегаполисов должны терпеть шум, дым, мусор, который их окружает в большем количестве, нежели жителей безлюдных местностей.

Во-вторых, первичность. В соответствии с принципом *prior in tempus potior in ius* (первый по времени сильнее по праву) субъект, первым начавший осуществление какой-либо деятельности, которая впоследствии не понравилась иному лицу, имеет иммунитет в продолжении своих действий. Однако это правило не должно применяться, если прекращение по-

мех возможно без особых затрат или вообще без таковых, а также если причиной обращения истца за защитой стало увеличение уровня помех.

В-третьих, разумность. Данное понятие трудно определить четко и однозначно. В законодательстве многих европейских стран есть только общие положения, раскрывающие суть этого понятия (ст. 844 ГК Италии, § 906 ГГУ, ст. 143 Закона «О вещном праве» Эстонии). Исходя из этих норм, разумность должна соотноситься с обычной человеческой жизнедеятельностью, местными обстоятельствами, необходимостью. Отсюда следует, что суд должен принимать во внимание не только права пострадавшего собственника, но и действия нарушителя.

В-четвертых, баланс интересов. Удовлетворение негаторного иска только лишь по одному факту причинения помех вряд ли оправданно. В условиях современной жизни те или иные помехи являются неизбежностью. При принятии решения о запрете определенной деятельности суду следует принять во внимание не только интерес потерпевшей стороны в ее прекращении, но и интерес другой стороны в продолжении своих занятий. Возможно, запрет спорной деятельности в большей степени нанесет ущерб положению правонарушителя, нежели защитит права собственника.

В-пятых, необходимо также учитывать уровень вредного воздействия. Основанием для запрета помех должно являться только такое воздействие, которое превышает обычно допустимые нормы (обычная допустимость зачастую устанавливается непосредственно судом в процессе анализа разумности, местных обстоятельств, обычаев применительно к каждому конкретному спору) [5. С. 148–149].

В судебной практике встречаются курьезные ситуации с определением реальности или мнимости нарушения. Так, в постановлении от 6 июля 2006 г. № Ф08-2980/06 ФАС Северо-Кавказского округа суд пришел к выводу, что попадание дождевой воды в помещение истца вследствие состояния крыши здания, принадлежащего ответчику, не является основанием для удовлетворения негаторного иска.

Долгое время не могли служить основанием для удовлетворения негаторного иска действия, которые хотя бы и чинили препятствия истцу, но с которыми он в свое время согласился. Так, в постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 9 марта 2006 г. № А43-5426/2005-12-166 суд отказал в удовлетворении негаторного иска, так как установил, что истец, заключая договор купли-продажи станции, знал о возведении административного здания вплотную к приобретаемому им объекту, в том числе и о наличии строящихся конструкций, нависающих над крышей станции и кирпичной вставки.

Ситуация по таким категориям дел изменилась с принятием постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22. В нем в п. 48 говорится, что отсутствие возражений предыдущего собственника имущества против нарушений права собственности, не связанных с лишением владения, само по себе не может являться основанием для отказа в удовлетворении иска нового собственника об устранении нарушений права, не связанных с лишением владения.

Литература

1. Суханов Е.А. Вещное право : научно-познавательный очерк. М. : Статут, 2017. 560 с.
2. Усачева К.А. Негаторный иск в исторической и сравнительно-правовой перспективе // Вестник гражданского права. 2013. № 6. С. 84–130.
3. Краснова С.А. Система способов защиты вещных прав. М. : ИНФРА-М, 2013. 148 с.
4. Muller K. Sachenrecht. Koln : Carl Heymanns Verlag KG, 1997. 1087 S.
5. Люшня А.В. Защитные возможности негаторного иска // Закон. 2007. № 2. С. 141–150.
6. Скловский К. Защита права собственности и других вещных прав: вопросы практики // Хозяйство и право. 2010. № 8. С. 3–15.
7. Ерохова М.А., Усачева К.А. Комментарий к Обзору судебной практики по некоторым вопросам защиты прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения // Вестник ВАС РФ. 2013. № 8. С. 90–116.
8. Baur F., Stürmer R. Sachenrecht. München : C.H. Beck, 2009. 1086 S.
9. Picker E. Der negatorische Beseitigungsanspruch. Bonn : Röhrscheid. 1972. 184 S.
10. Podshivalov T. Protection of Property Rights Based on the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in the Russian Case Law // Russian Law Journal. 2018. Vol 6, № 2. P. 39–72.
11. Скловский К.И. Применение законодательства о собственности. Трудные вопросы. М. : Статут, 2016. 365 с.

Podshivalov Tikhon P., South Ural State University (Chelyabinsk, Russian Federation)

CONDITIONS FOR SATISFACTION OF NEGATORY CLAIM

Keywords: civil law, real law, property law, real claims, negatory claim.

DOI: 10.17223/22253513/36/17

The article deals with the problem of determining the criteria for the validity of a non-compensatory claim. The research is based on the method of analysis of judicial practice and the method of comparative law, with the doctrine of German civil law as the most related to Russian private law. At the same time, there is no legal certainty in Russian judicial practice regarding the establishment of a closed list of criteria for the application of a non-compensatory claim. This uncertainty in enforcement generates an even larger problem – ratio and competition negativного claim with other remedies such as replevin, a claim for recognition of property rights, a claim for recognition of property right away, tort claim and other.

This article offers a detailed analysis of the debate on whether negatory the claim to correct the interference of a legal nature or it is purely aimed at the elimination of actual interference in the peaceful enjoyment of possession and use of the thing; whether the violation be in the form of inaction, or it is always active action of the defendant; as disclosed, the criterion of legality in the protection through megatonnage claim to allow its distinction from tort claims; and other problems of applying this method of protection.

As a result of the research, the author comes to the conclusion that a non-compensatory claim is not a universal method of protection. Negator protection has clear limits of application, and the violation that is eliminated by this requirement is characterized not only by the absence of deprivation of possession, but also by many other signs. A violation that is the actual basis of a non-compensatory claim has the following characteristic: it is only an action; this action is illegal, it is factual, is of a continuing nature or is made periodically (illegal state), not connected with deprivation of possession, is not associated with the denial of any subjective right to a thing did not entail the termination of property rights associated with the creation of obstacles in the implementation of the use and possession.

There is no need for a full civil offense to satisfy a non-mandatory requirement. It is sufficient that the defendant's actions do not meet the requirements of legal acts or there is no legal

basis for such actions. A non-compensatory claim is aimed at protecting the quiet use of a thing, and the use is always carried out by actual actions. Similarly, the violation of use is possible only by actual actions. In itself, use is understood as the ability to extract useful properties from a thing, which implies actual actions. In contrast, the order is related to legal actions that are related to determining the fate of a thing.

References

1. Sukhanov, E.A. (2017) *Veshchnoe pravo* [Property law]. Moscow: Statut.
2. Usacheva, K.A. (2013) Negatornyy isk v istoricheskoy i sravnitel'no-pravovoy perspektive [Actio negatoria in the historical and comparative legal perspective]. *Vestnik grazhdanskogo prava – Civil Law Review*. 6. pp. 84–130.
3. Krasnova, S.A. (2013) *Sistema sposobov zashchity veshchnykh prav* [A system of ways to protect property rights]. Moscow: INFRA-M.
4. Muller, K. (1997) *Sachenrecht*. Cologne: Carl Heymanns Verlag KG.
5. Lyushnya, A.V. (2007) Zashchitnye vozmozhnosti negatornogo iska [Protective capabilities of a nugatory action]. *Zakon*. 2. pp. 141–150.
6. Sklovskiy, K. (2010) Zashchita prava sobstvennosti i drugikh veshchnykh prav: voprosy praktiki [Protection of property rights and other material rights: issues of practice]. *Khozyaystvo i pravo – Business and Law*. 8. pp. 3–15.
7. Erokhova, M.A. & Usacheva, K.A. (2013) Kommentariy k Obzoru sudebnoy praktiki po nekotorym voprosam zashchity prav sobstvennika ot narusheniy, ne svyazannykh s lisheniem vladeniya [Commentary on the Review of Judicial Practice on some issues of protecting the rights of the owner from violations not related to deprivation of possession]. *Vestnik VAS RF*. 8. pp. 90–116.
8. Baur, F. & Stürner, R. (2009) *Sachenrecht*. Munich: C.H. Beck.
9. Picker, E. (1972) *Der negatorische Beseitigungsanspruch*. Bonn: Röhrscheid.
10. Podshivalov, T. (2018) Protection of Property Rights Based on the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in the Russian Case Law. *Russian Law Journal*. 6(2). pp. 39–72. DOI: 10.17589/2309-8678-2018-6-2-39-72
11. Sklovsky, K.I. (2016) *Primenenie zakonodatel'stva o sobstvennosti. Trudnye voprosy* [Application of property law. Difficult questions]. Moscow: Statut.

УДК 343.77

DOI: 10.17223/22253513/36/18

М.У. Хайрутдинов

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО В ОБЛАСТИ ТРАНСГРАНИЧНОГО ЗАГРЯЗНЕНИЯ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ: СОСТОЯНИЕ, ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Интенсификация антропогенной деятельности и, как ее следствие, глобализация экологических проблем обуславливают актуальность вопросов трансграничного загрязнения. Компоненты природной среды, представляющие собой интернациональные системы, требуют особого правового регулирования. В рамках исследования выявлены угрозы, возможности, сильные и слабые стороны экологического законодательства ЕС как составляющей международного права, предложены меры по оптимизации нормативно-правовой базы ЕС в области трансграничного загрязнения.

Ключевые слова: трансграничное загрязнение, европейское право, международное право, экологическое право, охрана окружающей среды.

Введение

Современные темпы глобализации и интенсификации антропогенной деятельности обуславливают необходимость надлежащего нормативно-правового обеспечения контроля трансграничного загрязнения. Зачастую компоненты окружающей среды (далее – ОС), включая объекты гидросферы, расположены в пределах территорий нескольких государств и даже регионов. При этом объекты ОС представляют собой единые системы, взаимосвязанные обменом вещества и энергии. Так, превышения допустимых концентраций химических элементов или иные виды загрязнения речной экосистемы в одной стране могут представлять угрозу экологической безопасности для всех стран, чьи территории принадлежат к данному речному бассейну.

История знает множество примеров трансграничных экологических аварий и катастроф. Среди наиболее значимых можно выделить разлив красного шлама в Венгрии в речную систему Дуная [1], которая расположена на территории 10 стран, пожар на нефтехранилище Бансфилд в Великобритании с распространением дыма до территории Франции и других стран региона. Ярким примером также является авария на Чернобыльской АЭС в Украине с атмосферным переносом радиоактивных веществ далеко за пределы локализации взрыва – от Беларуси до Норвегии и Швеции. Данные исследований [2] свидетельствуют о долгосрочных эффектах аварии в Чернобыле, включая сохранившиеся сегодня загрязнения поверхности земель стран Западной Европы радионуклидами.

Таким образом, вопросы правового регулирования трансграничного загрязнения являются сегодня чрезвычайно актуальными. Опыт интернациональных аварий и катастроф показывает уязвимые места действующего международного права в отношении компенсации последствий трансграничных загрязнений в долгосрочной перспективе, а также отсутствие правовых критериев, позволяющих оценить все возможные аспекты косвенного влияния на трансграничные экосистемы.

Обзор литературы

Анализ последних публикаций и исследований свидетельствует об актуальности проблемы правового регулирования трансграничного загрязнения для всех регионов мира. Наиболее спорным среди представителей науки и общественно-политической сферы остается вопрос эффективности действующих международно-правовых актов. Исследователи рассматривают международное право и принцип ответственности государств как важную составляющую проявления должной осмотрительности в вопросах трансграничного загрязнения [3]. При этом отмечается трудность реализации принципа ответственности для стран Юго-Восточной Азии из-за действия другой правовой нормы – принципа невмешательства, задекларированного АСЕАН. В то же время страны АСЕАН заключили один из важнейших договоров для международного экологического права – «Соглашение АСЕАН о трансграничном загрязнении дымом» (2002), которое направлено на предотвращение загрязнения атмосферы и смягчение его последствий. Однако ученые отмечают низкую эффективность данного соглашения в связи со слабыми механизмами урегулирования споров и наказаний при несоблюдении его условий [4].

В исследовании [5] представлен критический анализ еще одного принципа международного права – «загрязнитель платит». В частности, авторы указывают на ограничение действия принципа страной происхождения. Так, в рамках международного права принцип «загрязнитель платит» упоминается без законодательной основы для смягчения рисков трансграничного загрязнения воздуха. В качестве примера приводятся такие страны, как Монголия, Пакистан и Ботсвана, которые имеют самые высокие уровни загрязнения при сумме накопленных выбросов меньше, чем в странах с развитым производством угля.

Таким образом, в оптимизации международного права в области трансграничного загрязнения наиболее заинтересованы страны, которые становятся акцепторами потока загрязняющих веществ вследствие переноса с других территорий. Например, экологическое состояние Корейского полуострова в значительной степени зависит от переноса так называемого «желтого песка» с территории Китая. В связи с этим правительством Кореи был принят ряд поправок в национальное экологическое законодательство [6]. Поправки направлены на расширение межнационального сотрудничества и включают проведение научных конференций, обмен технологиями и ре-

сурсами, поддержку исследований и просвещение в области трансграничного загрязнения, создание системы мониторинга в Северо-Восточной Азии и многие другие аспекты.

Учитывая вышеизложенное, в рамках развития международного права критически важно гармонизировать региональное и национальное законодательство с глобальным. В контексте процессов гармонизации экологического законодательства разных уровней можно выделить «Европейские правила об утилизации судов» (2013), которые от трансграничной перевозки отходов перешли к режиму «Гонконгской международной конвенции о безопасной и экологически обоснованной утилизации судов» (2009). Однако некоторые исследователи считают этот процесс шагом назад в отношении правового регулирования утилизации судов [7]. Такая позиция обусловлена уходом от принципов трансграничной перевозки отходов.

Значительное внимание в современных исследованиях уделяется понятиям косвенного трансграничного загрязнения, что является особо важным для оценки экологического ущерба и привлечения к ответственности загрязнителя. В статье [8] рассматривается актуальный вопрос возможности позиционирования в правовом поле выброса парниковых газов от международных перевозок как вида загрязнения морской среды. Авторы статьи, основываясь на анализе международных и национальных нормативно-правовых документов, относят выбросы в результате международных перевозок к «условному» типу загрязнения моря. Признание такого типа загрязнения в международном праве позволит усилить контроль за охраной морской среды.

Концептуально значимым для международного права в области трансграничного загрязнения является определение понятия «ущерб». Сегодня в нормативно-правовых документах и различных исследованиях существует множество дефиниций, связанных с ущербом. В экологическом аспекте «ущерб» рассматривается с точки зрения обеспечения возможности использования и потребления природных ресурсов человеком. Такая концепция ущерба основана на видах антропогенной деятельности, связанных с привнесением веществ в природную среду [9]. Описанный подход позволяет количественно определить ущерб, выразив его, например, в единицах веса загрязнителя на единицу площади или объема компонента природной среды. Однако данный подход не учитывает экологических рисков и последствий трансграничного загрязнения: роста заболеваемости, развития канцерогенных и неканцерогенных эффектов у населения, уменьшения биоразнообразия, уровня деградации экосистем и т.д.

Опыт глобальных аварий с выбросом радиоактивных веществ на АЭС в Чернобыле и Фукусиме обусловил необходимость оптимизации международного права относительно случаев трансграничного радиационного загрязнения. Исследования в данной области направлены на определение перечня опасных радиоактивных поллютантов, которые требуют компенсации от страны-загрязнителя [10], а также на изучение правовых особенностей защиты морской среды от радиоактивного загрязнения, включая радиоактивные отходы и их влияние на живые организмы [11].

Не менее актуальными являются исследования в области взаимосвязи в международном праве вопросов загрязнения, устойчивого развития и соблюдения прав человека на здоровую ОС [12, 13]. В статье [14] рассматривается деятельность транснациональных корпораций как фактора загрязнения ОС и нарушения прав человека. Отмечается, что экологические нарушения вызваны значительным влиянием корпораций на мировом рынке, а также их большими активами. Это обуславливает отсутствие достаточных экологических ограничений и шагов к их установлению в международном праве.

Следует отметить, что сегодня наблюдается значительный прогресс международного права в отношении интеграции прав человека и проблем загрязнения ОС. В частности, недавнее Парижское соглашение по изменению климата предусматривает, что стороны Соглашения должны учитывать обязательства по правам человека при принятии мер относительно изменения климата. Эта норма позволяет поддержать идеи научного сообщества об экологической справедливости между поколениями на юридической основе [15]. При этом уязвимыми местами международного права в области трансграничного загрязнения остаются соблюдение прав человека на здоровую ОС при вооруженных конфликтах [16], права на доступ к чистой воде [17], правовое регулирование и контроль загрязнения пластиком Мирового океана [18], интеграция принципов устойчивости и прав человека [19, 20].

Проведенный анализ свидетельствует об уделении значительного внимания проблеме правового регулирования трансграничного загрязнения. При этом наблюдается недостаточное количество исследований и нормативно-правовых разработок в области интеграции регионального законодательства в международное право, разработки критериев определения экологического ущерба, создания механизмов по ужесточению ограничительных мер загрязнения ОС. Все это обуславливает актуальность дальнейших правовых исследований.

Результаты

Любое загрязнение в районе, находящемся под юрисдикцией того или иного государства, вызванное деятельностью, физический источник которой расположен полностью или частично в пределах района, подпадающего под юрисдикцию другого государства, считается трансграничным. Этот тип загрязнения является одним из проявлений экологической взаимозависимости государств и обуславливает потребность в развитии глобального сотрудничества по многим вопросам охраны окружающей среды.

Международное право в области трансграничного загрязнения представляет собой свод директив, договоров, конвенций или других видов нормативно-правовых актов между двумя и более странами. Образцом, во многом предопределяющим глобальную экологическую политику и законодательство, является экологическое право ООН и ЕС. Экологическое

право ЕС базируется на таких основных принципах, как «загрязнитель платит», предотвращение загрязнения вместо борьбы с его последствиями, избежание трансграничного загрязнения, развитие экологического образования и др. Указанные принципы сегодня являются основой всего международного экологического права. Исходя из этого, данное исследование ориентировано на анализ экологического законодательства ЕС как составляющей международного права.

Для исследования экологического права ЕС в триаде «состояние – проблемы – перспективы» был выбран метод SWOT-анализа (таблица). При проведении SWOT-анализа были выявлены возможности, угрозы, сильные и слабые стороны экологического права ЕС.

SWOT-анализ экологического права ЕС

Сильные стороны	Слабые стороны
1. Введение принципа «загрязнитель платит». 2. Развитие экологического образования. 3. Приоритет предупреждения загрязнения вместо ликвидации последствий. 4. Ориентация на принципы устойчивого развития. 5. Стремление сохранить природную среду в пределах городских экосистем	1. Декларативный характер правовых норм. 2. Недостаточный учет прямых и косвенных последствий трансграничного загрязнения. 3. Недостаточность критериев для определения экологического ущерба. 4. Неучтенные долгосрочные последствия трансграничного загрязнения. 5. Недостаточно ограничивающие меры для транснациональных корпораций
Возможности	Угрозы
1. Приоритетное развитие альтернативной энергетики в экономически слабо развитых регионах. 2. Разработка правовых норм на основе сбалансированности экологических, социальных и экономических интересов. 3. Объединение стран для целей сотрудничества и усиления давления на страны-лидеры по загрязнению ОС. 4. Объединение материально-технических и человеческих ресурсов для оптимизации нормативно-правовой базы, разработки критериев ущерба, предоставления помощи при ликвидации природных катастроф, исследования долгосрочных последствий трансграничного загрязнения	1. Антагонизм между экологическими и социально-экономическими задачами. 2. Дисбаланс в социально-экономическом развитии регионов. 3. Отсутствие конкретных механизмов повышения уровня и качества экологического образования. 4. Слабые ограничительные меры по трансграничному загрязнению в отношении международных корпораций и стран-лидеров по выбросам (Китай, США). 5. Недостаточные возможности для контроля трансграничного загрязнения в случае природных катастроф (лесные пожары)

Среди сильных сторон прежде всего следует выделить введение принципа «загрязнитель платит». Несмотря на критику, представленную ранее в литературном обзоре, принцип проявил себя как достаточно эффективный механизм сдерживания загрязнения ОС, включая трансграничное. Принцип был введен в международное право в 1972 г. ОЭСР и подразумевает обя-

занность для предприятий компенсировать нанесенный экологический ущерб до уровня, который будет соответствовать нормативам окружающей среды. Уязвимым местом реализации принципа при трансграничном загрязнении являются отсутствие четкого определения понятия «норматив» и разность экологических нормативов на всех уровнях – от регионального до глобального. Так, на территориях сопредельных государств зачастую действуют нормативы, регламентирующие разные величины допустимого воздействия на ОС; как пример – ГОСТы в Российской Федерации, ДСТУ в Украине и Директивы ЕС в Польше. Разность нормативов будет обуславливать правовые трудности при оценке ущерба и размера компенсации.

Следует отметить и относительность самого понятия «норматив» при оценке экологического ущерба. В частности, повсеместное использование ПДК как единственного критерия уровня загрязнения ОС показывает недостаточную эффективность. Имеется достаточное количество исследований, подтверждающих необходимость снижения порога ПДК в несколько раз при одновременном действии нескольких факторов экологической опасности (например, при шумовом, радиационном и химическом загрязнении). Кроме того, значения ПДК загрязняющих веществ в пределах нормы зачастую не коррелируют с безопасными уровнями развития канцерогенных и неканцерогенных эффектов у населения, которые устанавливаются по другим методикам оценки экологических рисков [21]. Исходя из этого, целесообразным является установление в международном праве акцента при оценке ущерба на экологических рисках для экосистем и населения вместо приоритетного соблюдения нормативов вроде ПДК.

Безусловно, сильной стороной экологического права ЕС является развитие экологического образования. На первый взгляд этот пункт кажется лишь «косвенным» и слабозначимым аспектом для решения проблемы трансграничного загрязнения. Однако именно развитие системы экологического образования и воспитания в Европе помогло существенно снизить загрязнение окружающей среды за счет просвещения населения относительно вопросов энерго- и ресурсосбережения, способов экономии электричества и воды, технологий утепления жилых помещений, управления с бытовыми отходами и т.д.

В то же время среди угроз в исследовании был выделено отсутствие конкретных механизмов повышения уровня и качества экологического образования. При декларировании необходимости развития экологического образования в законодательстве ЕС не прописаны пути реализации этого развития, т.е. каждая страна может «понимать» экологическое образование по-своему и развивать его в рамках традиционной парадигмы. Например, не учитывая интересы устойчивого развития или отдавая приоритет локальным экологическим проблемам при недостаточном внимании к глобальным, включая транснациональное загрязнение. Наиболее ярко описанная правовая уязвимость выражена при сравнении образовательных систем стран Запада и СНГ.

Учитывая вышеизложенное, возникает необходимость существенных поправок в статьи действующего законодательства ЕС относительно экологического образования или же разработки отдельного нормативно-правового акта, регламентирующего создание модели реформирования всех уровней экологического образования. При этом центром педагогической модели должно быть воспитание поколений, осознающих себя частью единой глобальной экосистемы – биосферы. Это позволит избежать формирования в сознании детей экологической ответственности исключительно на локальном уровне – дома, приусадебного участка, местного парка и т.д. Педагогическая модель, ориентированная на глобальную ответственность, является одним из важнейших механизмов решения проблем трансграничного загрязнения в будущем.

Рассмотрим вторую сильную сторону экологического права ЕС – принцип превентивности. Превентивность как ключевая характеристика международного экологического права имеет огромное значение для целей предупреждения трансграничного загрязнения. Принцип превентивности, декларируемый в нормативно-правовых документах ЕС, предполагает приоритетность предупреждения любых видов загрязнения вместо ликвидации последствий. Однако с юридической точки зрения не прописаны четкие механизмы и критерии реализации превентивности. В частности, для субъектов экономической деятельности не разработана система штрафных мер и санкций в случае возникновения аварии или катастрофы с последующим трансграничным загрязнением. Компенсация сегодня включает в себя лишь выплаты в размере, достаточном для ликвидации последствий трансграничного загрязнения. Исходя из этого, субъекты экономической деятельности зачастую сознательно идут на риск, уменьшая издержки на обеспечение экологической безопасности. Таким образом, целесообразно юридически закрепить, дополнительно к компенсации ущерба, наличие штрафных мер в случае возникновения трансграничного загрязнения, которое можно было предотвратить при соблюдении действующих норм экологической безопасности. Поправка позволит усилить реализацию принципа превентивности и частично предотвратить трансграничные загрязнения ОС.

Анализируя слабые стороны экологического законодательства ЕС, следует выделить декларативный характер большинства нормативно-правовых документов. Как уже было указано выше, декларативность проявляется в недостаточности конкретных механизмов и путей реализации правовых норм, а также штрафных мер для ограничения загрязнения ОС. По своей сути экологическое право ЕС имеет преимущественно рекомендательный характер и не обязывает к строгому соблюдению правовых норм даже страны региона.

При этом соблюдение экологического законодательства ЕС не гарантирует избежания случаев трансграничных загрязнений и полномерной ликвидации их последствий. Это обусловлено в значительной степени следующими причинами: недостаточным учетом прямых и косвенных последствий

трансграничного загрязнения; недостаточно разработанными критериями для определения экологического ущерба; неучтенными долгосрочными последствиями трансграничного загрязнения. Все перечисленные аспекты были выделены в SWOT-анализе как слабые стороны. Рассмотрим подробнее особенности влияния каждой из этих слабых сторон на процессы трансграничного загрязнения.

Оценка экологического ущерба и компенсации за трансграничное загрязнение зачастую учитывает лишь прямой ущерб конкретной экосистеме. Например, в случае разлива нефти в речную систему нескольких стран ущерб будет определяться исходя из таких критериев, как класс опасности и агрессивности загрязняющих веществ, стоимость ликвидации загрязнения до уровня экологических нормативов и т.д. При этом неучтенным остается косвенный ущерб: уменьшение биоразнообразия; нарушение устойчивости сопредельных экосистем, связанных с данной рекой; утрата возможности использования на определенный срок речной системы в качестве рекреационного объекта и связанные с этим экономические потери.

Таким образом, реальная оценка экологического ущерба и компенсация последствий должны учитывать целую систему факторов влияния трансграничного загрязнения. Распределим условно эти факторы по таким группам:

1) экологические – уменьшение биоразнообразия, снижение способности экосистемы к восстановлению и саморегуляции, загрязнение сопредельных с экосистемой компонентов природной среды;

2) экономические – убытки вследствие ограничения использования загрязненной экосистемы вместе с сопредельными территориями в качестве рекреационного объекта и природного ресурса, затраты на ликвидацию последствий загрязнения и меры по восстановлению экосистемы – деконтаминацию, фиторемедиацию и др.;

3) социальные – риски развития канцерогенных и неканцерогенных эффектов у всех возможных поколений, ограничение использования загрязненной экосистемы для частных нужд: земельного участка для частного фермерского хозяйства, реки для полива и т.д.

Указанные критерии приведены как примерные, для понимания механизма разработки системы оценки экологического ущерба и компенсации последствий трансграничных загрязнений. Ученые, представители юридической и политической сфер могут дополнять указанные критерии в зависимости от компонента природной среды, региона и типа трансграничного загрязнения.

Отдельно следует отметить долгосрочные последствия трансграничных загрязнений. Пример аварии на Чернобыльской АЭС, описанный в литературном обзоре, показывает, что трансграничное радиоактивное загрязнение от аварии в Украине спустя десятки лет продолжает быть фактором развития онкологических заболеваний во многих странах Европы. Это объясняется осаждением радиоактивных частиц на земельные участки региона, их аккумуляцией в почвенном покрове и последующей транслока-

цией в растительную продукцию. Исходя из этого, экологическое законодательство должно учитывать как компенсацию экологического ущерба при текущей ликвидации последствий трансграничного загрязнения, так и ликвидацию последствий в долгосрочной перспективе.

Существенным «камнем преткновения» в современном экологическом праве является антагонизм между экологическими и социально-экономическими задачами, а также дисбаланс в социально-экономическом развитии регионов. В проведенном SWOT-анализе эти два фактора были выделены как внешние угрозы. Следует отметить, что шаги на пути к сотрудничеству в области международного экологического права и попытки изменить декларативный характер соглашений зачастую нивелируются противостоянием экологических и социально-экономических интересов. Это обусловлено существованием радикальных экологических или антропоцентрических взглядов, риском убытков для субъектов экономической деятельности вследствие принятия каких-либо ограничений производства и увеличения платы за выбросы загрязняющих веществ.

Многие страны, являясь лидерами в промышленном секторе, отказываются принимать соглашения экологической направленности, которые могут каким-либо образом ограничить их экономический потенциал. Известный пример – выход США из Парижского соглашения по изменению климата. Учитывая практическую нецелесообразность политической или экономической конфронтации с США, экологическое законодательство может действовать не на страну, а на основные субъекты ее экономики – транснациональные корпорации. Такое воздействие возможно благодаря ограничительным мерам: введению в странах, которые являются сторонами экологических соглашений, дополнительного лимита на выбросы загрязняющих веществ для транснациональных корпораций; повышению требований к качеству очистки воздуха и процессам рециркуляции на промышленных предприятиях. Эффективными также могут быть поощрительные меры, например установление для транснациональных корпораций прямой зависимости снижения налогообложения, арендной платы и ставок по кредитам от уменьшения количества выбросов загрязняющих веществ. Такой подход позволит снизить градус напряженности в обществе между сторонниками эгоцентрического и антропоцентрического подходов, приведя их к общему консенсусу в формате «экологично – экономично».

Еще одним фактором соприкосновения экологических и социально-экономических интересов является дисбаланс в развитии регионов. Дискуссионным остается вопрос справедливости установления правовых ограничений на выбросы для слаборазвитых стран, включая страны третьего мира. В Европейском регионе к экономически слаборазвитым странам относят Беларусь, Молдову и Украину. Вопрос справедливости обусловлен прежде всего необходимостью индустриальных, аграрных и индустриально-аграрных стран достичь в своем экономическом развитии до постиндустриального уровня, поскольку именно постиндустриальный уровень позволяет государству внедрять инновационные технологии в области экологии, прово-

дить экологическую модернизацию предприятий, развивать альтернативную энергетику, повсеместно использовать современные экологичные автомобили и виды утепления для жилых помещений.

Рассматриваемый аспект «справедливости» для регионов с разным уровнем социально-экономического развития практически не отображен в международном и европейском экологическом праве. Исключением являются так называемые «квоты на выбросы», позволяющие слаборазвитым странам продавать возможность дополнительных выбросов, которую они не реализовали. В контексте проблемы трансграничного загрязнения торговля квотами может усугубить экологическую ситуацию для отдельных регионов, которые являются сопредельными со страной-покупателем квот на выбросы.

Несмотря на многочисленные негативные аспекты, современное экологическое право ЕС предоставляет ряд возможностей для улучшения качества ОС и выступает значимым инструментом в регулировании трансграничных загрязнений. Возможности и перспективы экологического права ЕС относительно регулирования трансграничных загрязнений включают в себя следующие направления:

1) приоритетное развитие альтернативной энергетики в экономически слаборазвитых регионах – посредством международной финансовой и материально-технической поддержки, привлечения инвестиций, систем субсидирования и грантов;

2) разработка правовых норм на основе сбалансированности экологических, социальных и экономических интересов – приоритетным для международного и европейского экологического права должно быть не установление жестких экономических ограничений, а создание систем поддержки и поощрения инициатив по снижению трансграничного загрязнения для достижения цели «экологично – экономично»;

3) объединение стран для целей сотрудничества и усиления давления на страны-лидеры по загрязнению ОС, которые не являются сторонами соответствующих экологических соглашений;

4) объединение материально-технических и человеческих ресурсов для оптимизации нормативно-правовой базы, разработки критериев ущерба и компенсации последствий трансграничных загрязнений, предоставления помощи при ликвидации природных катастроф, исследования долгосрочных последствий трансграничного загрязнения и многих других целей.

Заключение

Таким образом, международное и европейское экологическое право является важнейшим инструментом регулирования трансграничного загрязнения.

В рамках проведения SWOT-анализа экологического законодательства ЕС как составляющей международного права, были выделены следующие сильные стороны: введение принципа «загрязнитель платит»; развитие экологического образования; приоритет предупреждения загрязнения

вместо ликвидации последствий; ориентация на принципы устойчивого развития; стремление сохранить природную среду в пределах городских экосистем.

Среди слабых сторон экологического права ЕС можно выделить: декларативный характер правовых норм; недостаточный учет прямых и косвенных последствий трансграничного загрязнения; недостаточность критериев для определения экологического ущерба; неучтенные долгосрочные последствия трансграничного загрязнения; недостаточно ограничивающие меры для транснациональных корпораций.

Внутренние слабые стороны экологического права ЕС усиливают внешние угрозы для дальнейшего развития и реализации действующих правовых норм: антагонизм между экологическими и социально-экономическими задачами; дисбаланс в социально-экономическом развитии регионов; отсутствие конкретных механизмов повышения уровня и качества экологического образования; слабые ограничительные меры по трансграничному загрязнению в отношении международных корпораций и стран-лидеров по выбросам (Китай, США); недостаточные возможности для контроля трансграничного загрязнения в случае природных катастроф (лесные пожары).

Возможности и перспективы для развития экологического права ЕС в области трансграничных загрязнений можно объединить в следующие направления: приоритетное развитие альтернативной энергетики в экономически слаборазвитых регионах; разработка правовых норм на основе сбалансированности экологических, социальных и экономических интересов; объединение стран для целей сотрудничества и усиления давления на страны-лидеры по загрязнению ОС; объединение материально-технических и человеческих ресурсов для оптимизации нормативно-правовой базы, разработки критериев ущерба, предоставления помощи при ликвидации природных катастроф, исследования долгосрочных последствий трансграничного загрязнения.

Для оптимизации экологического права ЕС в области трансграничных загрязнений на основе результатов исследования, изложенных в данной статье, были предложены такие меры, как конкретизация механизмов регулирования трансграничного загрязнения, учет принципа справедливости при установлении ограничений для регионов с разным уровнем экономического развития, разработка систем поощрения экологических инициатив в отношении решения проблемы трансграничного загрязнения и др.

Литература

1. Winkler D., Bidló A., Bolodár-Varga B., Erdő Á., Horváth A. Long-term ecological effects of the red mud disaster in Hungary: Regeneration of red mud flooded areas in a contaminated industrial region // *Science of The Total Environment*. 2018. Vol. 644. P. 1292–1303.
2. Begy R.Cs., Simon H., Vasilache D., Kelemen Sz., Cosma C. 137Cs contamination over Transylvania region (Romania) after Chernobyl Nuclear Power Plant Accident // *Science of The Total Environment*. 2017. Vol. 599-600. P. 627–636.

3. Alam S., Nurhidayah L. The international law on transboundary haze pollution: What can we learn from the Southeast Asia region? // *Review of European, Comparative and International Environmental Law*. 2017. Vol. 26 (3). P. 243–254.
4. Nazeer N., Furuoka F. Overview of ASEAN environment, transboundary haze pollution agreement and public health // *International Journal of Asia Pacific Studies*. 2017. Vol. 13 (1). P. 73–94.
5. Abas N., Saleem M.S., Kalair E., Khan N. Cooperative control of regional transboundary air pollutants // *Environmental Systems Research*. 2019. Vol. 8 (10). P. 2–14.
6. Kim T., Park E. Status and international cooperation aspects of air quality control laws and policies in Korea // *Asian Yearbook of International Law*. 2015. Vol. 21. P. 211–222.
7. Moncayo G.A. International law on ship recycling and its interface with EU law // *Marine Pollution Bulletin*. 2016. Vol. 109 (1). P. 301–309.
8. Shi Y. Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution? // *Marine Pollution Bulletin*. 2016. Vol. 113 (1-2). P. 187–192.
9. Khalatbari Y., Hermidas Bayand D., Zare A., Poorhashemi S.A. Development of the concept of “Environmental Damage” in International environmental law // *Caspian Journal of Environmental Sciences*. 2016. Vol. 14 (4). P. 339–350.
10. Zakaria A.A. Legal protection of nuclear and radioactive waste pollution // *Global Business & Economics Anthology*. 2017. Vol. 1. P. 217–224.
11. Muayed J.M. The provisions of international law in protecting the marine environment against pollution by unclear radiation // *University of Thi-Qar Journal of Law Research*. 2017. Vol. 8-14. P. 110–173.
12. Kim R.E. The nexus between international law and the sustainable development goals. Review of European // *Comparative and International Environmental Law*. 2016. Vol. 25 (1). P. 15–26.
13. Shelton D. Environmental Pollution: a human rights perspective // *Environmental Influences on the Immune System*. 2016. Vol. 1. P. 341–369.
14. Wijesinghe P. Environmental Pollution and Human Rights Violations by Multinational Corporations // *Social Science Research Network*. 2018. Vol. 1. P. 1–17.
15. Quirico O. Systemic integration between climate change and human rights in international law? // *The Netherlands Quarterly of Human Rights*. 2017. Vol. 35 (1). P. 31–50.
16. Nasser A.R., Ziad M. International responsibility for environmental pollution during armed conflicts // *Tikrit University Journal for Rights*. 2018. Vol. 1 (2). P. 953–992.
17. McClanahan B. Pollution, access, and binary division: water activism and a human right to water // *Hazardous Waste and Pollution*. 2015. Vol. 1. P. 63–78.
18. Sidhu B.K., Desa B.H. Plastics Pollution: A New Common Concern of Humankind? // *Environmental Policy and Law*. 2018. Vol. 48 (5). P. 252–255.
19. Daly E., May J. Global environmental constitutionalism: a rights-based primer for effective strategies // *The Social Science Research Network*. 2016. Vol. 16 (12). P. 2–16.
20. Md Khalid R., Jalil F., Bin Mokhtar M. Environmental sustainability as a human right // *Legal Aspects of Sustainable Development*. 2015. Vol. 1. P. 81–94.
21. Nekos A.N., Medvedeva Yu.V., Cherkashyna N.I. Assessment of environmental risks from atmospheric air pollution in industrially developed regions of Ukraine // *Journal of Geology, Geography and Geoecology*. 2019. Vol. 28 (3). P. 511–518.

Khayrutdinov Marat U., Near East University (Nicosia, North Cyprus)

INTERNATIONAL LAW IN THE FIELD OF TRANSBOUNDARY ENVIRONMENTAL POLLUTION: STATUS, PROBLEMS AND PROSPECTS

Keywords: transboundary pollution, European law, international law, environmental law, environmental protection.

At the present stage of development of the international community, an important task is to constructively solve urgent global problems in the field of the environment, which are also caused by the need for effective interaction of States and international organizations interested in neutralizing the threats of transboundary pollution.

This article confirms the idea that the effectiveness of protecting international interests and determining strategic priorities in the direction of environmental protection on a transboundary scale depends on a number of circumstances. For example, how well the authorities at the national level interact with each other in the direction of preserving the ecology of living systems, whether they do not neglect the interests of the population, increasing the level of protection of society and the state. The main problem covered in the article is that most of the international acts currently do not involve establishing interaction between subjects at the transboundary level, especially in the mechanism for ensuring the minimization of negative consequences from environmental pollution. In addition, many difficulties in the mechanism for ensuring environmental safety at the international level are caused by the declarative nature of EU legislation, the lack of the necessary balance of interests, opportunities, and limited effective tools.

In the scientific literature on the problems of transboundary environmental pollution, a separate section has already been formed on the rational use of natural resources and the ecology of living systems, which is of particular interest for this article. First of all, among the strategic goals of ensuring environmental security at the international level, the author mentions the restoration of natural systems, preservation and maintenance of high quality of the environment, which is very important for normal, prosperous human life and sustainable development of the economies of all countries of the world without exception. Currently, the ecology of living systems is being significantly damaged, primarily due to the growth of economic activity and global climate change, which is confirmed by real examples in this article.

It is believed that to achieve the strategic objectives of environmental security will need to form and implement long-term, conceptual new policy for implementation at the transboundary level, which will include measures on reproduction and restoration of natural potential of the country and will be aimed at increase of ecological culture, literacy and education of all people.

References

1. Winkler, D., Bidló, A., Bolodár-Varga, B., Erdő, Á. & Horváth, A. (2018) Long-term ecological effects of the red mud disaster in Hungary: Regeneration of red mud flooded areas in a contaminated industrial region. *Science of The Total Environment*. 644. pp. 1292–1303. DOI: 10.1016/j.scitotenv.2018.07.059
2. Begy, R.Cs., Simon, H., Vasilache, D., Kelemen, Sz. & Cosma, C. (2017). 137Cs contamination over Transylvania region (Romania) after Chernobyl Nuclear Power Plant Accident. *Science of The Total Environment*. 599-600. pp. 627–636. DOI: 10.1016/j.scitotenv.2017.05.019
3. Alam, S. & Nurhidayah, L. (2017) The international law on transboundary haze pollution: What can we learn from the Southeast Asia region? *Review of European, Comparative and International Environmental Law*. 26(3). pp. 243–254. DOI: 10.1111/reel.12221
4. Nazeer, N. & Furuoka, F. (2017) Overview of ASEAN environment, transboundary haze pollution agreement and public health. *International Journal of Asia Pacific Studies*. 13(1). pp. 73–94. DOI: 10.21315/ijaps2017.13.1.4
5. Abas, N., Saleem, M.S., Kalair, E. & Khan, N. (2019) Cooperative control of regional transboundary air pollutants. *Environmental Systems Research*. 8(10). pp. 2–14. DOI: 10.1016/j.jcou.2014.06.005
6. Kim, T. & Park, E. (2015) Status and international cooperation aspects of air quality control laws and policies in Korea. *Asian Yearbook of International Law*. 21. pp. 211–222.
7. Moncayo, G.A. (2016) International law on ship recycling and its interface with EU law. *Marine Pollution Bulletin*. 109(1). pp. 301–309. DOI: 10.1016/j.marpolbul.2016.05.065

8. Shi, Y. (2016). Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution? *Marine Pollution Bulletin*. 113(1-2). pp. 187–192. DOI: 10.1016/j.marpolbul.2016.09.014
9. Khalatbari, Y., Hermidas Bavand, D., Zare, A. & Poorhashemi, S.A. (2016) Development of the concept of “Environmental Damage” in International environmental law. *Caspian Journal of Environmental Sciences*. 14(4). pp. 339–350.
10. Zakaria, A.A. (2017) Legal protection of nuclear and radioactive waste pollution. *Global Business & Economics Anthology*. 1. pp. 217–224.
11. Muayed, J. M. (2017) The provisions of international law in protecting the marine environment against pollution by unclear radiation. *University of Thi-Qar Journal of Law Research*. 8-14. pp. 110–173.
12. Kim, R.E. (2016) The nexus between international law and the sustainable development goals. *Review of European, Comparative and International Environmental Law*. 25(1). pp. 15–26. DOI: 10.1111/reel.12148
13. Shelton, D. (2016) Environmental Pollution: a human rights perspective. *Environmental Influences on the Immune System*. 1. pp. 341–369. DOI: 10.1007/978-3-7091-1890-0_15
14. Wijesinghe, P. (2018) Environmental Pollution and Human Rights Violations by Multinational Corporations. *Social Science Research Network*. 1. pp. 1–17. DOI: 10.2139/ssrn
15. Quirico, O. (2017) Systemic integration between climate change and human rights in international law? *The Netherlands Quarterly of Human Rights*. 35(1). pp. 31–50. DOI: 10.1177/0924051917695210
16. Nasser, A.R. & Ziad, M. (2018) International responsibility for environmental pollution during armed conflicts. *Tikrit University Journal for Rights*. 1(2). pp. 953–992. DOI: 10.17304/ijil.vol8.3.302
17. McClanahan, B. (2015) Pollution, access, and binary division: water activism and a human right to water. *Hazardous Waste and Pollution*. 1. pp. 63–78. DOI: 10.1007/978-3-319-18081-6_5
18. Sidhu, B.K. & Desa, B.H. (2018) Plastics Pollution: A New Common Concern of Humankind? *Environmental Policy and Law*. 48(5). pp. 252–255. DOI: 10.3233/EPL-180084
19. Daly, E. & May, J. (2016) Global environmental constitutionalism: a rights-based primer for effective strategies. *The Social Science Research Network*. 16(12). pp. 2–16.
20. Md Khalid, R., Jalil, F. & Bin Mokhtar, M. (2015) Environmental sustainability as a human right. *Legal Aspects of Sustainable Development*. 1. pp. 81–94. DOI: 10.1093/jel/eqt009
21. Nekos, A.N., Medvedeva, Yu.V. & Cherkashyna, N.I. (2019) Assessment of environmental risks from atmospheric air pollution in industrially developed regions of Ukraine. *Journal of Geology, Geography and Geoecology*. 28(3). pp. 511–518. DOI: 10.15421/111947

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

АНДРЕЕВА Ольга Ивановна – доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета. E-mail: andreevaoi_70@mail.ru

АФАНАСЬЕВА Екатерина Нодариевна – кандидат юридических наук, PhD – Dottore di Ricerca – Università Degli Studi di Torino, главный юрисконсульт JALANNA FASHION GROUP (Турин, Италия). E-mail: legal.services.afanasyeva@gmail.com

БОБРОВА Наталья Алексеевна – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, профессор кафедры конституционного и административного права Тольяттинского государственного университета. E-mail: bobrovana@mail.ru

БОРКОВ Виктор Николаевич – доктор юридических наук, доцент, начальник кафедры уголовного права Омской академии МВД России. E-mail: borkovv@mail.ru

ВОРОНКОВА Екатерина Родионовна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры предпринимательского права, гражданского и арбитражного процесса института философии и права Новосибирского государственного университета. E-mail: veselova1980@mail.ru

ГАЛЬЦЕВ Юрий Викторович – кандидат медицинских наук, доцент, профессор кафедры судебно-экспертной деятельности Санкт-Петербургского университета МВД России, Заслуженный изобретатель России. E-mail: vitalii-yakushev@mail.ru

ГРУШИН Федор Владимирович – кандидат юридических наук, профессор кафедры уголовно-исполнительного права Академии ФСИН России (Рязань). E-mail: fedor062@yandex.ru

ДАВЫДОВА Ирина Александровна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовно-исполнительного права Академии ФСИН России (Рязань). E-mail: 706197825041977@mail.ru

ДОЛЖИКОВ Алексей Вячеславович – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного права Санкт-Петербургского государственного университета. E-mail: a.dolzhikov@spbu.ru

ИДРИСОВ Хусейн Вахаевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Чеченского государственного университета (Грозный). E-mail: huseyn23@rambler.ru

КАЧАЛОВА Оксана Валентиновна – доктор юридических наук, руководитель научного направления исследования проблем уголовного судопроизводства Научного центра исследования проблем правосудия Российского государственного университета правосудия (Москва). E-mail: oksana_kachalova@mail.ru

КВАНИНА Валентина Вячеславовна – доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой предпринимательского, конкурентного и экологического права Южно-Уральского государственного университета (Челябинск); старший научный сотрудник Национального исследовательского Томского государственного университета. E-mail: vv.kvanina@mail.ru

ЛЕБЕДЕВ Николай Юрьевич – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики Новосибирского военного института им. генерала армии И.К. Яковлева войск национальной гвардии Российской Федерации. E-mail: lebedevnu@rambler.ru

МАКАРОВА Тамара Ивановна – доктор юридических наук, профессор, старший научный сотрудник кафедры предпринимательского, конкурентного и экологического права Южно-Уральского государственного университета (Челябинск); заведующая кафедрой экологического и аграрного права Белорусского государственного университета (Минск, Республика Беларусь). E-mail: tamaramakarava@gmail.com

НАЗАРОВ Сергей Владимирович – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Санкт-Петербургской юридической академии. E-mail: nazarov.033@mail.ru

НИКОЛАЕВ Константин Дмитриевич – кандидат юридических наук, доцент, заместитель начальника кафедры уголовного права Омской академии МВД России. E-mail: borkovv@mail.ru

ПОДШИВАЛОВ Тихон Петрович – кандидат юридических наук, доцент, заведующий лабораторией частного права Южно-Уральского государственного университета. E-mail: podshivalovtp@gmail.com

ПРИХОДЬКО Аркадий Николаевич – кандидат медицинских наук, доцент, доцент кафедры судебно-экспертной деятельности Санкт-Петербургского университета МВД России. E-mail: prikhodko.51.51@mail.ru

ПРОЦЕНКО Дмитрий Евгеньевич – кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры судебно-экспертной деятельности Санкт-Петербургского университета МВД России. E-mail: subster@mail.ru

СВИРИДОВ Михаил Константинович – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности Национального исследовательского Томского государственного университета. E-mail: sviridov@ui.tsu.ru; sviridov.miy2017@yandex.ru

СТАРОСТИН Сергей Алексеевич – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА). E-mail: prof.starostin@gmail.com

СУСЛИН Эдуард Васильевич – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургской юридической академии, почетный работник высшего профессионального образования РФ. E-mail: news@jurac.ru

ХАЙРУТДИНОВ Марат Усманович – кандидат педагогических наук, доцент факультета публичного права Ближневосточного Университета (Никосия, Северный Кипр). E-mail: chelnyurininform@gmail.com

ЧЕРНЕНКО Тамара Геннадьевна – доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой уголовного права и криминологии Кемеровского государственного университета, Заслуженный юрист РФ. E-mail: chernenkotg@mail.ru

ЧЕСНОКОВА Елена Владимировна – кандидат юридических наук, заместитель заведующего отделом научно-методического обеспечения производства экспертиз Российского федерального центра судебной экспертизы при Минюсте России (Москва). E-mail: elenaches@yandex.ru

ЯКОВЛЕВА Елена Олеговна – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права юридического факультета Юго-Западного государственного университета. E-mail: pragmatik-alenka@yandex.ru

ЯКУШЕВ Виталий Вячеславович – старший преподаватель кафедры судебно-экспертной деятельности Санкт-Петербургского университета МВД России. E-mail: vitalii-yakushev@mail.ru

ОТ РЕДАКЦИИ

Научный журнал «Вестник Томского государственного университета. Право» был выделен в самостоятельное периодическое издание из общенаучного журнала «Вестник Томского государственного университета» в 2011 г.

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере массовых коммуникаций, связи и охраны культурного наследия (свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-45814 от 08.07.2011 г.), ему присвоен международный стандартный номер сериального издания (ISSN 2225–3513).

Журнал включен в «Перечень российских рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора наук, на соискание ученой степени кандидата наук» Высшей аттестационной комиссии. «Вестник ТГУ. Право» выходит ежеквартально и распространяется по подписке, его подписной индекс – 46014 в объединенном каталоге «Пресса России». Полнотекстовые версии вышедших номеров публикуются на сайте журнала: <http://vestnik.tsu.ru/law>.

Все статьи, поступающие в редакцию журнала, подлежат обязательному рецензированию; рукописи не возвращаются. Публикации в журнале осуществляются на некоммерческой основе. С требованиями по оформлению материалов можно ознакомиться на сайте журнала: <http://vestnik.tsu.ru/law>.

Адрес редакции: 634050, г. Томск, пр. Ленина, 36, Томский государственный университет (ТГУ), Юридический институт.

Телефоны: 8 (382-2) 52-98-68, 8 (382-2) 78-35-81

Факс: 8 (382-2) 52-98-68

Ответственный секретарь редакции журнала – Н.Г. Геймбух.

Научный журнал

**ВЕСТНИК
ТОМСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА.
ПРАВО**

Tomsk State University Journal of Law

2020. № 36

Редактор Е.Г. Шумская
Редактор-переводчик В.Н. Горенинцева
Оригинал-макет Е.Г. Шумской
Дизайн обложки Л.Д. Кривцова

Подписано в печать 30.06.2020 г. Формат 70×100 ¹/₁₆.
Усл. печ. л. 15,0. Цена свободная.
Тираж 500 экз. Заказ № 4354.

Дата выхода в свет 10.07.2020 г.

Адрес издателя и редакции: 634050, г. Томск, пр. Ленина, 36
Томский государственный университет

Журнал отпечатан на оборудовании Издательского Дома
Томского государственного университета,
634050, г. Томск, пр. Ленина, 36, тел. 8(382-2) 52-98-49
<http://publish.tsu.ru>; e-mail: rio.tsu@mail.ru