

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ, ИНФОРМАЦИОННОЕ И ПРАКТИЧЕСКОЕ ИНТЕРАКТИВНОЕ ИЗДАНИЕ



#### РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор - к. ю. н., доц. И. В. Федоров

д. ю. н., доц. О. И. Андреева; д. ю. н., проф. А. С. Барабаш; к. ю. н., доц. Ю. С. Безбородов (зам. гл. редактора); д. ю. н., проф. О. В. Болтинова; д. ю. н., проф. Л. Ю. Василевская; д. ю. н., проф. Д.В. Винницкий; к. ю. н., доц. О.Г.Геймур; д. ю. н., проф. С.Ю.Головина; д. ю. н., проф. Л. Я. Драпкин; д. ю. н., проф. Е. Р. Ергашев; к. ю. н., доц. Д. В. Жернаков; д. ю. н., проф. С. К. Загайнова; д. ю. н., проф. Т. В. Заметина; д. ю. н., проф. И. А. Игнатьева; д. ю. н., проф. С. В. Кодан; д. ю. н., проф. И. Я. Козаченко; д. ю. н., проф. Н. В. Козлова; к. ю. н. Я. Койстинен (Финляндия); д. ю. н., проф. А. Н. Кокотов; д. ю. н., проф. В. В. Комарова; к. ю. н., проф. Т. В. Кондрашова; д. ю. н., проф. П. И. Кононов; д. ю. н., проф. Е. В. Кудрявцева; д. ю. н., проф. П. У. Кузнецов; к. ю. н., доц. А. В. Лисаченко; к. ю. н., доц. Т. Е. Логинова; д. ф. н., проф. И. П. Малинова; д. ю. н., проф. С. Ю. Марочкин; д. и. н., проф. В. П. Мотревич; д. ю. н., проф. В. В. Никишин; д. ю. н., проф. Д. В. Осинцев; проф. П. Поликастро (Польша); д. ю. н., доц. С. Б. Поляков; д. ю. н. проф. В. Ф. Попондопуло; к. ю. н., доц. О. Н. Родионова; к. ю. н., проф. Р. К. Русинов; д. ю. н., проф. П. И. Савицкий; д. ю. н., проф. Г. В. Сахнова; д. ю. н., проф. Е. В. Смахтин; д. ю. н., проф. А. И. Стахов; д. ю. н., доц. В. Л. Толстых; д. ю. н., проф. А. Трунк (ФРГ); д. ю. н., проф. М. Ю. Федорова; к. ю. н., проф. С. Д. Хазанов; проф. Хуан Даосю (КНР); д. ю. н., проф. В. М. Шафиров; проф. П. Шокинс (Бельгия)

#### **EDITORIAL BOARD**

Editor-in-Chief – **I. V. Fedorov** (candidate of law, assoc. prof.)

O. I. Andreeva (doctor of law, assoc. prof.); A. S. Barabash (doctor of law, prof.); Yu. S. Bezborodov (candidate of law, assoc. prof.); O. V. Boltinova (doctor of law, prof.); L. Ya. Drapkin (doctor of law, prof.); E. R. Ergashev (doctor of law, prof.); M. Yu. Fedorova (doctor of law, prof.); O. G. Geymur (candidate of law, assoc. prof.); S. Yu. Golovina (doctor of law, prof.); Huang Daoxiu (prof.) (China); I. A. Ignatieva (doctor of law, prof.); S. D. Khazanov (candidate of law, assoc. prof.); S. V. Kodan (doctor of law, prof.); Ja. Koistinen (candidate of law) (Finland); I. Ya. Kozachenko (doctor of law, prof.); N. V. Kozlova (doctor of law, prof.); A. N. Kokotov (doctor of law, prof.); T. V. Kondrashova (candidate of law, prof.); P. I. Kononov (doctor of law, prof.); V. V. Komarova (doctor of law, prof.); E. V. Kudryavtseva (doctor of law, prof.); P. U. Kuznetsov (doctor of law, prof.); A. V. Lisachenko (candidate of law, assoc. prof.); T. E. Loginova (candidate of law, assoc. prof.); I. P. Malinova (doctor of philosophy, prof.); S. Yu. Marochkin (doctor of law, prof.); V. P. Motrevitch (doctor of history, prof.); V. V. Nikishin (doctor of law, prof.); D. V. Osintsev (doctor of law, prof.); P. Policastro (prof.) (Poland); S. B. Polyakov (doctor of law, assoc. prof.); V. F. Popondopulo (doctor of law, prof.); O. N. Rodionova (candidate of law, assoc. prof.); R. K. Rusinov (candidate of law, prof.); T. V. Sakhnova (doctor of law, prof.); P. I. Savitskiy (doctor of law, prof.); P. Schoukens (prof.) (Belgium); V. M. Shafirov (doctor of law, prof.); E. V. Smakhtin (doctor of law, prof.); A. I. Stakhov (doctor of law, assoc. prof.); V. L. Tolstykh (doctor of law, assoc. prof.); A. Trunk (doctor of law, prof.) (Germany); L. Yu. Vasilevskaya (doctor of law, prof.); D. V. Vinnitskiy (doctor of law, prof.); S. K. Zagaynova (doctor of law, prof.); T. V. Zametina (doctor of law, prof.); **D. V. Zhernakov** (candidate of law, assoc. prof.)

Редакционная коллегия определяет текущую редакционную политику журнала, рассматривает и утверждает содержание очередных номеров, контролирует деятельность журнала

Адрес редакции: 620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23, оф. 207 Корреспонденцию, материалы и статьи направляйте по адресу: 620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21, УрГЮУ, редакция «Российского юридического журнала».

Тел./факс (343) 375−54−20. electronic.ruzh.org.

Е-mail: ruzh@usla.ru.
Свидетельство о регистрации ЭЛ № ФС 77-41478 от 28 июля 2010 г.

Точки зрения авторов статей, иных материалов не обязательно совпадают с точкой зрения редакции.

Перепечатка статей и иных материалов, опубликованных в «Электронном приложении к "Российскому юридическому журналу"», допускается только с разрешения редакции

© Уральский государственный юридический университет, 2018





## СОДЕРЖАНИЕ

ГОСУДАРСТВОВЕДЕНИЕ И ПОЛИТОЛОГИЯ <i>Несмеянова С. Э., Колобаева Н. Е., Мочалов А. Н. (Екатеринбург)</i> «Открытое правительство»
и права человека
международное право
<i>Толстых В. Л. (Новосибирск)</i> Международно-правовые аспекты конфликта между Израилем и Палестиной15
Кучин М. В. (Екатеринбург) Эволюция международного судебного нормотворчества 28
<b>МЕЖДУНАРОДНАЯ ЗАЩИТА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА Лихачев М. А. (Екатеринбург)</b> Европейский Суд и Россия: казнить нельзя помиловать 45
<b>СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ</b> <i>Саленко А. В. (Калининград)</i> Свобода мирных собраний в России и Германии: сравнительный анализ процедуры уведомления
уголовное право и процесс
Строганова Т. Ю. (Екатеринбург) Проблемы освобождения от наказания в связи с изменением обстановки при выполнении условий и обязательств досудебного соглашения о сотрудничестве
<b>ВОПРОСЫ СЛЕДСТВЕННОЙ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ</b> Драпкин Л. Я., Шуклин А. Е. (Екатеринбург) Раскрытие и расследование преступлений: ситуационный подход
ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР  Чукреев В. А. (Екатеринбург) О применении компенсаторных средств прокурора при осуществлении надзора за исполнением закона органами дознания и предварительного следствия
ТРУДОВОЕ И СОЦИАЛЬНОЕ ПРАВО
Федорова М. Ю. (Санкт-Петербург) Понятие и классификация правовых средств управления социальными рисками100
экономика и право
<i>Бублик В. А., Губарева А. В. (Екатеринбург)</i> Конфликт юрисдикций в глобальной и региональных системах разрешения споров
юридические аспекты экологии
Круглов В. В. (Екатеринбург) Стратегия экологической безопасности России как основа правового обеспечения охраны окружающей среды и рационального природопользования
ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ
Русинов Р. К. (Екатеринбург) О норме права как правиле поведения
в изучении и преполавании права





## **CONTENTS**

Nesmeyanova S. E., Kolobaeva N. E., Mochalov A. N. (Yekaterinburg) «Open government» and human rights
INTERNATIONAL LAW  Tolstykh V. L. (Novosibirsk) International legal aspects of the conflict between Israel and Palestine
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS  Likhachev M. A. (Yekaterinburg) The European Court and Russia: pardon impossible to execute
COMPARATIVE JURISPRUDENCE  Salenko A. V. (Kaliningrad) The freedom of peaceful assembly in Russia and Germany: a comparative analysis of the notification procedure
CRIMINAL LAW AND PROCEDURE  Stroganova T. Yu. (Yekaterinburg) Problems of the release from punishment due to a change of situation in case of performance of all the conditions and undertakings set out in the pre-judicial cooperation agreement
QUESTIONS OF INVESTIGATION AND OPERATIVE-RESEARCH ACTIVITY  Drapkin L. Ya., Shuklin A. E. (Yekaterinburg) Detection and investigation of crimes: the situational approach
PROCURACY SUPERVISION  Chukreev V. A. (Yekaterinburg) On the use of compensatory means by a prosecutor who supervises over the execution of the law by inquiry and preliminary investigation bodies
of social risk management
LEGAL ASPECTS OF ECOLOGY  **Kruglov V. V. (Yekaterinburg)* The strategy of environmental security of Russia as a basis for legal ensuring of environmental protection and rational environmental management
PROBLEMS OF LEGAL EDUCATION  Rusinov R. K. (Yekaterinburg) On a legal norm as a rule of conduct in the study and teaching of law.





#### «ОТКРЫТОЕ ПРАВИТЕЛЬСТВО» И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

#### Несмеянова Светлана Эдуардовна

Профессор кафедры конституционного права Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук, профессор (Екатеринбург), e-mail: nesmeyanova@yandex.ru

#### Колобаева Наталия Евгеньевна

Доцент кафедры конституционного права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук (Екатеринбург), e-mail: lne@yandex.ru

#### Мочалов Артур Николаевич

Доцент кафедры конституционного права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук (Екатеринбург), e-mail: artur.mochalov@usla.ru

«Открытое правительство» как система управления государством, нацеленная на широ-кое вовлечение граждан страны в обсуждение общественно значимых проблем и принятие решений, действует в России с 2012 г. Сегодня она включает в себя ряд интернет-сервисов: портал «Госуслуги», федеральный портал проектов нормативных правовых актов, проект «Российская общественная инициатива» и др. Авторы рассматривают функционал сервисов «открытого правительства» с точки зрения реализации прав и свобод человека и гражданина. Данные сервисы расширяют возможности реализации таких прав и свобод, как право на свободный поиск и получение информации, право на участие в управлении делами государства, право на обращение в органы власти, право на объединение, свобода выражения мнения, свобода научного творчества. Кроме того, сервисы «открытого правительства» способствуют более эффективной реализации значительной части личных, политических и социально-экономических прав. Отмечается, однако, что до настоящего времени далеко не все граждане Российской Федерации пользуются сервисами «открытого правительства». Причиной этого, по мнению авторов, является сохраняющееся «цифровое неравенство», преодоление которого – одна из насущных задач ближайшего будущего.

Ключевые слова: «открытое правительство», права человека, информационные технологии, Интернет, цифровое неравенство

#### **«OPEN GOVERNMENT» AND HUMAN RIGHTS**

#### Nesmeyanova Svetlana

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: nesmeyanova@yandex.ru

#### Kolobaeva Nataliya

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: lne@yandex.ru

#### **Mochalov Artur**

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: artur.mochalov@usla.ru

«Open Government» as a system of governance aimed at broader involvement of citizens to public debates and decision-making processes has operated in Russia since 2012. Currently it includes





a range of Internet-services such as «Gosuslugi», the Federal portal of drafts of normative legal acts, the «Russian Public Initiative» project, etc. The authors consider the operation of «open government» services through the prism of human rights and freedoms. These services broaden opportunities for realization of such rights and freedoms as the right to free seeking and receiving information, the right to participate in public affairs, the right to petition, the right to association, the freedom of opinion and expression, the freedom of researches and others. Also, the «open government» services foster more effective realization of significant part of civil, political, social, and economical rights and freedoms. At the same time, it is emphasized that not all of Russian citizens use these services. It happens because of so-called digital inequality. Overcoming this type of inequality is an urgent task for the nearest future.

Key words: «open government», human rights, information technologies, Internet, digital inequality

Началом формирования в России «открытого правительства» как «системы механизмов и принципов, обеспечивающих эффективное взаимодействие власти и гражданского общества»<sup>1</sup>, можно считать 2010 г. Тогда впервые на общественное обсуждение в сети Интернет, в отсутствие какого бы то ни было нормативно-правового регулирования, были вынесены проекты федеральных законов «О полиции» и «Об образовании в Российской Федерации». Инициатива получила достаточно широкую общественную поддержку. В частности, первый из названных законопроектов прокомментировали почти 21 тыс. пользователей Рунета.

9 февраля 2011 г. Президентом РФ Д. А. Медведевым был издан Указ № 167, установивший правовую основу общественного обсуждения проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов. Согласно документу законопроекты, «затрагивающие основные направления государственной политики в области социально-экономического развития», по решению Президента РФ могут выноситься на общественное обсуждение, предполагающее возможность граждан направлять замечания и предложения по законопроекту на соответствующем сайте в сети Интернет (таковым может выступать официальный сайт государственного органа – разработчика законопроекта либо специально созданный сайт законопроекта).

В конце того же года Д. А. Медведев анонсировал создание «большого правительства», призванного обеспечить принятие ключевых решений на государственном уровне «вместе с гражданским обществом, вместе с экспертами, вместе с региональной и муниципальной властью, вместе со всеми избирателями»<sup>2</sup>. Впоследствии идея «большого правительства» была скорректирована, и ей на смену пришла концепция «открытого правительства», представляющего собой «систему механизмов и принципов, обеспечивающих открытость и подотчетность органов власти; экспертизу, вовлечение общества и бизнеса в принятие решений; прозрачность государственных расходов, закупок и инвестиций; эффективный общественный контроль»<sup>3</sup>.

Концепция «открытого правительства» была изложена в итоговом докладе Президенту РФ Рабочей группы по подготовке предложений по формированию в РФ системы «Открытое правительство» от 5 мая 2012 г.  $^4$  (данная Рабочая группа была образована Указом Президента РФ от 8 февраля 2012 г.  $^{10}$  150). «Открытое правительство»



 $<sup>^1</sup>$  *Курочкин А. В.* «Открытое правительство» как новая модель управления в условиях сетевого общества // Вестн. СПбГУ. Сер. 6. 2013. № 4. С. 90.

 $<sup>^2</sup>$  Медведев обещает России «большое правительство» // РИА Новости. 2011. 15 окт. URL: https://ria.ru/politics/20111015/460333349.html.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Портал «Открытое правительство»: URL: http://open.gov.ru/opengov.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> URL: http://open.gov.ru/upload/iblock/4a9/4a93d1880a77d405d84123d82d1b1257.docx.

было охарактеризовано в докладе как «система управления государством» и «уникальный для России проект по построению принципиально нового механизма разработки и реализации мер государственной политики, а также контроля за их исполнением», предполагающий уход от «полностью исчерпавшей» себя традиционной модели управления, основанной на противопоставлении «государства» и «граждан» как «управляющих» и «управляемых». В отличие от «большого правительства», рассматривавшегося экспертами как внеконституционный общественно-государственный орган, «открытое правительство» получило развитие прежде всего как экспертная площадка<sup>1</sup>, целями которой, как следует из итогового доклада, являются:

обеспечение высокого уровня прозрачности деятельности исполнительной и других ветвей государственной власти;

свободный обмен информацией между государством и обществом;

обеспечение активного участия общества в подготовке и реализации решений органов власти;

повышение качества и доступности государственных услуг для удовлетворения потребностей населения;

развитие гражданского контроля за органами власти.

Институциональная и правовая основа формирования «открытого правительства» была заложена в Указе Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления». Указом был дан ряд поручений Правительству РФ, в числе которых — создание единого ресурса в сети Интернет для размещения информации о разработке федеральными органами исполнительной власти проектов нормативных правовых актов, ходе и результатах их общественного обсуждения; использование федеральными органами исполнительной власти в целях общественного обсуждения проектов нормативных правовых актов «различных форм публичных консультаций», утверждение концепции «российской общественной инициативы», обеспечение доступа в сети Интернет к открытым данным, содержащимся в информационных системах органов государственной власти, и т. д.

Примечательно, что в то же время концепция «открытого правительства» (open government) получила развитие и в других странах. В августе 2011 г. в Вашингтоне представителями правительств восьми государств было учреждено Партнерство по вопросам открытого правительства (Open Government Partnership, OGP). В основу практик, разработанных в рамках Партнерства, легли планы действий ряда стран, в частности США, где двумя годами раньше президент Б. Обама принял Меморандум главам департаментов и агентств исполнительной власти о прозрачности и открытости правительства, а несколько позднее – Директиву открытого правительства<sup>2</sup>. Декларация OGP устанавливает минимальные критерии, которым должны соответствовать страны, претендующие на участие в Партнерстве. Среди них – обеспечение прозрачности бюджета, свободный доступ граждан к официальной информации, публичное декларирование государственными служащими своего имущества и денежных средств, а также вовлечение граждан в процессы разработки, принятия и исполнения государственных решений.



 $<sup>^1</sup>$  Сергеев С. Г. «Большое / открытое правительство» в системе государственного управления современной России: трансформация внеконституционного концепта // Вестн. Москов. ун-та. Сер. 12: Полит. науки. 2013. № 5. С. 53–66.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Курочкин А. В. Указ. соч. С. 87-88.



В настоящее время в Партнерстве участвует более 60 стран. Россия в 2012 г. анонсировала присоединение к Партнерству, однако уже в следующем году вступление было отложено на неопределенный срок «в связи с отсутствием четких механизмов дальнейшей работы [данной] организации»<sup>1</sup>. В то же время на национальном уровне создание «открытого правительства» продолжилось.

Сегодня система «открытого правительства» включает в себя довольно большое число интернет-сервисов, в числе которых – портал «Госуслуги», «Российская общественная инициатива», портал открытых данных, федеральный портал проектов нормативных правовых актов, «Электронный бюджет», проект «Ваш контроль», портал государственных закупок, государственная система правовой информации, сервис по оценке регулирующего воздействия нормативных правовых актов и т. д.

В профессиональной литературе обсуждаются главным образом инструментальные аспекты «открытого правительства» и входящих в его состав механизмов: общественного обсуждения оценки регулирующего воздействия и т. д. Представляется, однако, что об «открытом правительстве» необходимо говорить прежде всего как об элементе реализации ряда конституционных прав и свобод человека и гражданина. Права и свободы человека и гражданина, будучи, согласно ст. 2 Конституции РФ, высшей ценностью, определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти (ст. 18 Конституции РФ). Система принципов и механизмов, именуемая «открытым правительством» и предназначенная для обеспечения открытости и прозрачности действий органов власти, их подотчетности населению, вовлечения граждан в процессы выработки и принятия решений, в конечном счете направлена на создание условий для достойной жизни и свободного развития личности, реализации каждым человеком своих конституционных прав и свобод.

Рассмотрим некоторые права и свободы, реализации которых, по нашему мнению, способствуют сервисы «открытого правительства».

1. Право на свободный поиск и получение информации. В докладе Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) «Открытое правительство. Глобальный контекст и движение вперед» (Open Government. The Global Context and the Way Forward, 2016)<sup>5</sup> указаны три базовых принципа «открытого правительства»: прозрачность

 $<sup>^5</sup>$  URL: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/open-government\_9789264268104-en#page1. Doi: dx.doi.org/10. 1787/9789264268104-en.



 $<sup>^{1}</sup>$  Петрова А. С. Система «Открытое правительство» как фактор формирования гражданской культуры современного российского общества // Управленческое консультирование. 2014. № 6. С. 157.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> См., например: Дидикин А. Б. «Открытое правительство» в механизме взаимодействия гражданского общества и государства: формирование правовой модели и ее противоречия // Гражданское общество в России и за рубежом. 2013. № 1. С. 16–19; *Мартынов А. В.* «Открытое правительство»: новая форма участия граждан в государственном управлении, направленная на повышение общественного доверия к государству // Вестн. Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. 2013. № 2. С. 240–254; *Петрова А. С.* Указ. соч. и др.

 $<sup>^3</sup>$  См., например: Дзидзоев Р. М., Тамаев А. М. Общественное (публичное) обсуждение проектов законодательных и иных нормативных правовых актов в формате открытого правительства // Конституц. и муницип. право. 2015. № 8. С. 66–70; Хохлова Е. А. Общественное обсуждение законопроектов и важных вопросов государственной и / или общественной жизни: конституционно-правовое регулирование и практика применения // Там же. 2013. № 4. С. 47–59 и др.

 $<sup>^4</sup>$  См., например: *Ефремов А. А.* Участие уполномоченных по защите прав предпринимателей в оценке регулирующего воздействия // Рос. право: образование, практика, наука. 2015. № 3. С. 8–14; *Степкин С. П.* Оценка регулирующего воздействия как инструмент законотворчества // Закон. 2017. № 11. С. 145–153 и др.



(transparency), подотчетность (accountability) и гражданское участие (participation). Прозрачность можно рассматривать как «информационное свойство открытости, характеризующее максимально возможную, законодательно закрепленную и гарантированную доступность для субъектов гражданского общества достоверной информации о деятельности органов власти»<sup>1</sup>. Прозрачность, таким образом, направлена на реализацию гражданами права на получение достоверной информации, гарантированного международными документами о правах человека и ст. 29 Конституции РФ.

Говоря о сервисах «открытого правительства», функционирующих на общефедеральном уровне и в наибольшей степени способствующих реализации права граждан на информацию, следует назвать:

портал открытых данных (data.gov.ru), представляющий собой каталог официальной информации, сгруппированной более чем в 20 тыс. наборов данных (по тематическим рубрикам «Государство», «Безопасность», «Экология», «Культура» и др.) и размещенной на официальных сайтах органов государственной власти;

официальный интернет-портал правовой информации (государственная система правовой информации, *pravo.gov.ru*), частью которого являются информационная система «Законодательство России» и раздел «Официальное опубликование правовых актов»;

портал государственных программ РФ (programs.gov.ru);

единый портал бюджетной системы РФ «Электронный бюджет» (budget.gov.ru), который создан в соответствии со ст. 241.2 Бюджетного кодекса РФ и направлен на обеспечение доступа граждан к информации о бюджетной системе РФ и об организации бюджетного процесса в РФ; информации об осуществлении публичноправовыми образованиями бюджетных полномочий и их участии в отношениях, регулируемых бюджетным законодательством РФ, а также к другим сведениям в бюджетной сфере, определяемым Министерством финансов РФ. Информация о бюджете и бюджетном процессе представляется на портале в удобной для восприятия пользователями форме, снабжена инструментами навигации и визуализации;

портал «Госуслуги» (gosuslugi.ru), в котором возможно получение не только соответствующих государственных и муниципальных услуг, но также сведений о порядке предоставления данных услуг и официальной информации об органах государственной власти и органах местного самоуправления (адреса, график работы, перечень предоставляемых услуг и т. д.).

2. Право на участие в управлении делами государства. Как отмечается в литературе, комплекс вопросов, затрагиваемых концепцией «открытого правительства», «с точки зрения их конституционной основы выходит далеко за пределы узкого понимания "права знать" как возможности быть проинформированным о деятельности правительства по какому-либо конкретному вопросу»<sup>2</sup>. Концепция «открытого правительства» предполагает широкое вовлечение граждан в процессы принятия решений. В свою очередь, такое вовлечение немыслимо без возможности получения гражданами объективной и достоверной информации о деятельности правительства и свободы выражения каждым человеком собственного мнения по тому или иному вопросу.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> *Шевердяев С. Н.* Реализация стратегии «открытого правительства» в Казахстане: институциональный и законодательный контекст // Конституц. и муницип. право. 2017. № 7. С. 75.



 $<sup>^1</sup>$  *Нестеров А. В.* Обсуждаем стандарт (концепцию) открытости «открытого правительства» // Гос. власть и местное самоуправление. 2015. № 8. С. 5.

Действующая в России система «открытого правительства» не допускает возможности проведения электронных референдумов или иных форм прямого волеизъявления граждан. Однако так называемая партисипативная демократия (демократия участия), означающая наличие у каждого гражданина возможности принять участие в обсуждении публично значимых вопросов и выдвижении собственных инициатив, является неотъемлемым атрибутом современного демократического государства и должна рассматриваться как элемент народовластия.

Механизмы «открытого правительства» создают условия для реализации различных форм партисипативной демократии. Назовем наиболее значимые среди таких механизмов:

федеральный портал проектов нормативных правовых актов (regulation.gov.ru), на котором осуществляются общественное обсуждение проектов правовых актов и оценка их регулирующего воздействия, предоставляется возможность участия в их независимой антикоррупционной экспертизе. Безусловно, данный сервис направлен не только на вовлечение общественности в обсуждение правотворческих инициатив, но и на обеспечение доступа к информации о подготовленных проектах правовых актов, положительно влияя на реализацию принципа правовой определенности и предсказуемости правового регулирования;

проект «Российская общественная инициатива» (roi.ru), в рамках которого каждый гражданин может предложить собственную инициативу по тому или иному государственному или общественному вопросу. Если инициатива поддерживается определенным числом пользователей сайта, она направляется на рассмотрение в экспертную рабочую группу федерального, регионального или муниципального уровня, которая принимает мотивированное решение о реализации или отклонении инициативы. Данный механизм урегулирован Указом Президента РФ от 4 марта 2013 г.  $\mathbb{N}$  183;

официальный сайт единой государственной системы в сфере закупок (zakupki.gov.ru), на котором осуществляется общественное обсуждение государственных закупок на сумму более 1 млрд руб.

3. Право на обращение в органы публичной власти. Данное право граждан (в отношении отдельных видов обращений) может быть реализовано посредством уже упоминавшегося сервиса «Госуслуги». Выдвижение инициативы с использованием сервиса «Российская общественная инициатива» также можно назвать формой коллективной петиции (именно коллективной, поскольку на рассмотрение в соответствующую экспертную группу такая инициатива попадает, лишь будучи поддержанной определенным числом пользователей). Комментирование проектов нормативных правовых актов в ходе их общественного обсуждения тоже может считаться реализацией права на обращение с предложением к органу – инициатору соответствующего проекта.

В контексте права на обращение нельзя не упомянуть такой сервис, как «Ваш контроль» (vashkontrol.ru), также являющийся элементом «открытого правительства». Сервис был создан в качестве веб-интерфейса информационно-аналитической системы мониторинга качества государственных услуг во исполнение постановления Правительства РФ от 12 декабря 2012 г. № 1284 «Об оценке гражданами эффективности деятельности руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти (их структурных подразделений) и территориальных органов го-



сударственных внебюджетных фондов (их региональных отделений) с учетом качества предоставления ими государственных услуг, а также о применении результатов указанной оценки как основания для принятия решений о досрочном прекращении исполнения соответствующими руководителями своих должностных обязанностей». Сервис позволяет пользователям оставлять отзывы о качестве оказанных им государственных услуг, что тоже можно считать формой обращения в органы публичной власти и инструментом участия граждан в управлении делами государства.

- 4. Право на объединение. «Открытое правительство» способствует формированию сетевых экспертных структур, которые могут рассматриваться как форма реализации конституционного права на объединение. Кроме того, механизмы общественного обсуждения и общественной инициативы позволяют мобилизовать значительную часть людей (так называемый краудсорсинг), объединяя их в виртуальном пространстве на основе общих интересов вокруг какой-либо проблемы, идеи или инициативы 1. Краудсорсинг в системе «открытого правительства» (и в других интернет-проектах) с некоторой условностью может быть назван виртуальным аналогом реализации права на публичные мероприятия.
- 5. Свобода выражения мнения (свобода слова) реализуется гражданами с использованием сервисов, предусматривающих возможность интерактивного участия в функционировании «открытого правительства» («Российская общественная инициатива», «Ваш контроль», «Госуслуги», федеральный портал проектов нормативных правовых актов, официальный сайт единой государственной системы в сфере закупок). Свобода выражения мнений тесно связана с правом граждан на получение информации, поскольку необходима для приобретения информированного знания обо всех действиях, предпринимаемых органами публичной власти<sup>2</sup>.
- 6. Свобода научного творчества. Механизмы «открытого правительства» способствуют расширению влияния авторитетных экспертов на разработку нормативных документов и проектов государственных решений<sup>3</sup>.

К перечисленным правам человека и гражданина, осуществляемым посредством механизмов «открытого правительства», следует добавить также довольно большую группу прав и свобод, которые могут быть реализованы с использованием функционала портала «Госуслуги»: это многочисленные социально-экономические права, в том числе право на получение пенсий и пособий, право на занятие предпринимательской деятельностью (регистрация юридических лиц, регистрация в качестве индивидуального предпринимателя, получение некоторых видов лицензий), право на свободу передвижения, свободный выбор места пребывания и места жительства (получение паспорта, регистрация гражданина по месту пребывания и по месту жительства) и т. д.

Наконец, стоит обратить внимание и на те права и свободы, которые осуществляются за рамками «открытого правительства». Например, реализации права на занятие предпринимательской деятельностью в немалой степени способствуют такие сервисы, как единая государственная система в сфере закупок (значительно расширяющая возможности субъектов предпринимательской деятельности на равный



 $<sup>^1</sup>$  *Курячая М. М.* Технологии краудсорсинга в юридической практике // Конституц. и муницип. право. 2012. № 6. С. 31–38.

 $<sup>^2</sup>$  Лимарева Д. Открытое правительство в осуществлении права на информацию // Гос. служба. 2014. № 5. С. 91–94.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Дидикин А. Б. Указ. соч. С. 17.

доступ к участию в публичных закупках), единый реестр проверок (proverki.gov.ru), инструменты оценки регулирующего воздействия, а также портал «Госуслуги», посредством которого можно получать различные государственные и муниципальные услуги, необходимые для ведения бизнеса.

Итак, система «открытого правительства» в немалой степени может способствовать осуществлению конституционных прав и свобод человека и гражданина. Однако по-прежнему сохраняется ряд проблем, связанных с использованием потенциала рассматриваемых механизмов.

Во-первых, речь идет о цифровом неравенстве, заключающемся в «отсутствии равной возможности использования информационно-коммуникационных технологий у всех граждан  $P\Phi$ »<sup>1</sup>. Так, по данным Росстата и Высшей школы экономики<sup>2</sup>, в 2016 г. 78,5 % городских домохозяйств имели доступ к сети Интернет, в то время как в сельской местности данный показатель оставался на уровне 63,6 %; в некоторых регионах (например, в Республике Бурятия) доля домохозяйств, имеющих доступ к сети Интернет, составляла чуть более 60 %. При этом если из числа граждан России в возрасте 15–44 лет персональными компьютерами пользуются более 90 %, то в отношении возрастной группы 45–54 года этот показатель снижается до 79 %, а в отношении возрастной группы 55–64 года – до 59 %; и только 35 % россиян 65 лет и старше пользуются персональными компьютерами.

Во-вторых, сервисы «открытого правительства» по-прежнему используют сравнительно небольшое число граждан. Самым популярным сервисом является портал государственных услуг. Согласно исследованиям, проведенным Росстатом и Высшей школой экономики<sup>3</sup>, в 2016 г. 28,8 % россиян получили государственные или муниципальные услуги с использованием сети Интернет (это примерно половина от общего числа граждан, получивших государственные или муниципальные услуги). На едином портале государственных услуг и на аналогичных региональных порталах было зарегистрировано 22 % населения страны в возрасте 15–72 лет. Наиболее популярными формами взаимодействия граждан с органами публичной власти посредством интернет-сервисов в 2016 г. были получение информации (66,8 % лиц, использующих данные сервисы), запись на прием (50,6 %) и осуществление обязательных платежей (35,9 %). Отправкой же документов и получением результатов оказания государственных услуг через портал воспользовались лишь 20 % граждан.

Активность на таких сервисах, как «Ваш контроль» или «Российская общественная инициатива», существенно ниже. Да и на федеральном портале проектов нормативных правовых актов активно обсуждаются лишь один-два десятка проектов. Практически половина проектов не комментируются пользователями. По мнению Р. М. Дзидзоева и А. М. Тамаева, такое положение дел связано с тем, что из пяти тысяч проектов правовых актов, ежегодно публикуемых на федеральном портале, бо́льшая часть носит технический характер, а потому неинтересна пользователям. При этом акты главы государства по-прежнему готовятся в закрытом режиме и не выносятся на общественное обсуждение<sup>4</sup>. А. В. Нестеров полагает, что причина названной проблемы заключается в отсутствии юридических гарантий того, что



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> *Хохлова Е. А.* Указ. соч. С. 50.

 $<sup>^2</sup>$  Информационное общество в Российской Федерации: статист. сб. / К. Э. Лайкам, Г. И. Абдрахманова, Л. М. Гохберг, О. Ю. Дудорова и др. М., 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Там же

 $<sup>^4</sup>$  Дзидзоев Р. М., Тамаев А. М. Указ. соч.

мнения субъектов гражданского общества будут учтены: «Граждане не хотят быть статистами, а ученые высказывают свои мнения в статьях, которые чиновники не читают»<sup>1</sup>.

Несмотря на указанные проблемы, потенциал «открытого правительства» в реализации прав и свобод человека и гражданина не следует недооценивать. Преодоление «цифрового неравенства» и отставания ряда регионов в цифровизации населения – насущные задачи, которые стоят сегодня перед государством и решение которых необходимо для того, чтобы система «открытого правительства» заработала в полную силу.

#### Список литературы

Open Government: The Global Context and The Way Forward. 2016. URL: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/open-government\_9789264268104-en#page1. Doi: dx.doi.org/10.1787/9789264268104-en.

Дзидзоев Р. М., Тамаев А. М. Общественное (публичное) обсуждение проектов законодательных и иных нормативных правовых актов в формате открытого правительства // Конституц. и муницип. право. 2015. № 8.

Дидикин А. Б. «Открытое правительство» в механизме взаимодействия гражданского общества и государства: формирование правовой модели и ее противоречия // Гражданское общество в России и за рубежом. 2013. № 1.

 $Е \phi pemos A. A.$  Участие уполномоченных по защите прав предпринимателей в оценке регулирующего воздействия // Рос. право: образование, практика, наука. 2015. № 3.

Информационное общество в Российской Федерации: статист. сб. / К. Э. Лайкам, Г. И. Абдрахманова, Л. М. Гохберг, О. Ю. Дудорова и др. М., 2017.

Курочкин A. B. «Открытое правительство» как новая модель управления в условиях сетевого общества // Вестн. СПбГУ. Сер. 6. 2013. № 4.

*Курячая М. М.* Технологии краудсорсинга в юридической практике // Конституц. и муницип. право. 2012. № 6.

*Лимарева Д.* Открытое правительство в осуществлении права на информацию // Гос. служба. 2014. № 5.

*Мартынов А. В.* «Открытое правительство»: новая форма участия граждан в государственном управлении, направленная на повышение общественного доверия к государству // Вестн. Воронеж. гос. ун-та. Сер.: Право. 2013. № 2.

Mедведев обещает России «большое правительство» // РИА Новости. 2011. 15 окт. URL: https://ria.ru/politics/20111015/460333349.html.

*Нестеров А. В.* Обсуждаем стандарт (концепцию) открытости «открытого правительства» // Гос. власть и местное самоуправление. 2015. № 8.

Петрова А. С. Система «Открытое правительство» как фактор формирования гражданской культуры современного российского общества // Управленческое консультирование. 2014. № 6.

*Сергеев С. Г.* «Большое / открытое правительство» в системе государственного управления современной России: трансформация внеконституционного концепта // Вестн. Москов. ун-та. Сер. 12: Полит. науки. 2013. № 5.

*Степкин С. П.* Оценка регулирующего воздействия как инструмент законотворчества // Закон. 2017. № 11.

Xохлова E. A. Общественное обсуждение законопроектов и важных вопросов государственной и / или общественной жизни: конституционно-правовое регулирование и практика применения // Конституц. и муницип. право. 2013. № 4.

Шевердяев С. Н. Реализация стратегии «открытого правительства» в Казахстане: институциональный и законодательный контекст // Конституц. и муницип. право. 2017. № 7.

#### References

Open Government: The Global Context and The Way Forward. 2016. URL: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/open-government\_9789264268104-en#page1. Doi: dx.doi.org/10.1787/9789264268104-en.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> *Нестеров А. В.* Указ. соч. С. 6.

*Didikin A. B.* «Otkrytoe pravitel'stvo» v mekhanizme vzaimodeistviya grazhdanskogo obshchestva i gosudarstva: formirovanie pravovoi modeli i ee protivorechiya // Grazhdanskoe obshchestvo v Rossii i za rubezhom. 2013. № 1.

 $Dzidzoev\ R.\ M.$ ,  $Tamaev\ A.\ M.$  Obshchestvennoe (publichnoe) obsuzhdenie proektov zakonodateľnykh i inykh normativnykh pravovykh aktov v formate otkrytogo praviteľstva // Konstituts. i munitsip. pravo. 2015.  $\mathbb{N}_2$  8.

*Efremov A. A.* Uchastie upolnomochennykh po zashchite prav predprinimatelei v otsenke reguliruyushchego vozdeistviya // Ros. pravo: obrazovanie, praktika, nauka. 2015.  $\mathbb{N}_2$  3.

Informatsionnoe obshchestvo v Rossiiskoi Federatsii: statist. sb. / K. E. Laikam, G. I. Abdrakhmanova, L. M. Gokhberg, O. Yu. Dudorova i dr. M., 2017.

*Khokhlova E. A.* Obshchestvennoe obsuzhdenie zakonoproektov i vazhnykh voprosov gosudarstvennoi i / ili obshchestvennoi zhizni: konstitutsionno-pravovoe regulirovanie i praktika primeneniya // Konstituts. i munitsip. pravo. 2013.  $\mathbb{N}^2$  4.

Kurochkin A. V. «Otkrytoe pravitel'stvo» kak novaya model' upravleniya v usloviyakh setevogo obshchestva // Vestn. SPbGU. Ser. 6. 2013. № 4.

 $\it Kuryachaya~M.~M.$  Tekhnologii kraudsorsinga v yuridicheskoi praktike // Konstituts. i munitsip. pravo. 2012.  $\mathbb{N}\!\!\!_{\,2}$ 6.

Limareva D. Otkrytoe pravitel'stvo v osushchestvlenii prava na informatsiyu // Gos. sluzhba. 2014. № 5.

 $Martynov\ A.\ V.$  «Otkrytoe pravitel'stvo»: novaya forma uchastiya grazhdan v gosudarstvennom upravlenii, napravlennaya na povyshenie obshchestvennogo doveriya k gosudarstvu // Vestn. Voronezh. gos. un-ta. Ser.: Pravo. 2013.  $\mathbb{N}^2$  2.

Medvedev obeshchaet Rossii «bol'shoe pravitel'stvo» // RIA Novosti. 2011. 15 okt. URL: https://ria.ru/politics/20111015/460333349.html.

Nesterov A. V. Obsuzhdaem standart (kontseptsiyu) otkrytosti «otkrytogo pravitel'stva» // Gos. vlast' i mestnoe samoupravlenie. 2015.  $\mathbb{N}_{2}$  8.

Petrova~A.~S. Sistema «Otkrytoe pravitel'stvo» kak faktor formirovaniya grazhdanskoi kul'tury sovremennogo rossiiskogo obshchestva // Upravlencheskoe konsul'tirovanie. 2014. № 6.

Sergeev S. G. «Bol'shoe / otkrytoe pravitel'stvo» v sisteme gosudarstvennogo upravleniya sovremennoi Rossii: transformatsiya vnekonstitutsionnogo kontsepta // Vestn. Moskov. un-ta. Ser. 12: Polit. nauki. 2013.  $\mathbb{N}_2$  5.

*Sheverdyaev S. N.* Realizatsiya strategii «otkrytogo pravitel'stva» v Kazakhstane: institutsional'nyi i zakonodatel'nyi kontekst // Konstituts. i munitsip. pravo. 2017. № 7.

Stepkin S. P. Otsenka reguliruyushchego vozdeistviya kak instrument zakonotvorchestva // Zakon. 2017.  $\mathbb{N}_{2}$  11.





## МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ КОНФЛИКТА МЕЖДУ ИЗРАИЛЕМ И ПАЛЕСТИНОЙ

#### Толстых Владислав Леонидович

Ведущий научный сотрудник Института философии и права Сибирского отделения Российской академии наук, доктор юридических наук (Новосибирск), e-mail: vlt73@mail.ru

Конфликт между Израилем и Палестиной имеет большое значение для международного порядка в целом и для России в частности. В статье представлены хронология данного конфликта, его основные аспекты и отношение к ним специалистов в области международного права. Автор, в частности, анализирует проблемы, касающиеся права палестинцев и евреев на самоопределение, государственности Палестины, правового режима оккупации, правомерности строительства израильских поселений, статуса Иерусалима, «права на возвращение» палестинских беженцев, распределения водных ресурсов, борьбы с терроризмом и правомерности военных операций Израиля в секторе Газа. Автор также перечисляет возможные способы урегулирования данного конфликта (использование одного из основных международных документов, реализация права на самоопределение, проведение новых переговоров, передача спора третьей стороне, одностороннее силовое решение) и подвергает их сомнению. Он предлагает на время отказаться от попыток выработать полное и окончательное решение и вместо этого сосредоточиться на формировании стратегии урегулирования. Данная стратегия предполагает учреждение постоянно действующего политического органа, снижение напряженности между сторонами, обеспечение информационной прозрачности, фрагментацию конфликта и корректировку правоприменительной практики. Россия должна уделять больше внимания данному конфликту, выступать с конструктивными предложениями и расширять свое политическое и культурное влияние на Ближнем Востоке.

Ключевые слова: международное право, международная безопасность, разрешение международных споров, самоопределение народов, оккупация, беженцы, водные ресурсы, терроризм

# INTERNATIONAL LEGAL ASPECTS OF THE CONFLICT BETWEEN ISRAEL AND PALESTINE

#### Tolstykh Vladislav

Institute of Philosophy and Law (Siberian Branch of the Russian Academy of Sciences) (Novosibirsk), e-mail: vlt73@mail.ru

The conflict between Israel and Palestine is of great importance for the international order in general and of particular importance for Russia. The article describes the chronology of the conflict, its main aspects and their assessment by specialists in the field of international law. The author, in particular, analyzes problems concerning the right of Palestinians and Jews to self-determination, the statehood of Palestine, the legal regime of Israeli occupation, legitimacy of the construction of Israeli settlements, the status of Jerusalem, the «right to return» of Palestinian refugees, distribution of water resources, the fight against terrorism and legitimacy of Israeli military operations in the Gaza Strip. The author lists conceivable solutions of the conflict (using one of the basic international documents, exercising the right to self-determination, conducting new negotiations, referring the dispute to a third party, unilateral power measures) and takes them with a grain of salt. He proposes to abandon for a while the attempts to work out a full and final solution and instead focus on the development of a peaceful strategy. This strategy involves establishment of a permanent



political body, reduction of tensions between the parties, ensuring information transparency, fragmentation of the conflict and adjustment of legal practices. Russia should be more attentive towards the conflict, formulate constructive proposals and expand its political and cultural influence in the Middle East.

Key words: international law, international security, international dispute resolution, self-determination of peoples, occupation, refugees, water resources, terrorism

#### Статус Иерусалима

В соответствии с Резолюцией 181 ГА ООН Иерусалим должен был стать отдельной единицей (corpus separatum), находящейся под управлением Совета по опеке<sup>1</sup>. Его специальный режим должен был включать свободный доступ к Святым Местам; через десять лет он мог быть пересмотрен по итогам городского референдума. В 1948 г. ЗИ<sup>2</sup> был занят Израилем, а ВИ – Иорданией. В ВИ находится большая часть Святых Мест, в том числе Храмовая гора, на которой построена мечеть Аль-Акса. В 1949 г. Израиль провозгласил Иерусалим своей столицей. В 1967 г. он отобрал ВИ у Иордании, аннексировал его и осуществил «муниципальное слияние» двух частей города, присоединив к ним 71 кв. км территории ЗБ. ГА ООН оспорила эти решения (Резолюция 2253); почти все иностранные государства открыли свои посольства в Тель-Авиве. В 1980 г. СБ ООН признал Иерусалим частью оккупированных территорий и заявил о недействительности мер, направленных на изменение его демографического состава или статуса (резолюции 465 и 476). В ответ Кнессет принял закон, провозгласивший город «единой и неделимой» столицей Израиля. СБ ООН постановил не признавать данный закон и призвал членов ООН вывести их представительства из города (Резолюция 478). В 2016 г. СБ ООН и ГА ООН подтвердили свои предшествующие решения (Резолюция СБ 2334, Резолюция ГА 71/25). С 1967 г. Израиль выселяет живущих в ВИ палестинцев, отказывает им в разрешениях на строительство, сносит их дома и одновременно создает новые кварталы, населенные евреями<sup>3</sup>. Палестинцы также ограничиваются в праве на въезд и проживание в городе<sup>4</sup>.

В настоящее время в Иерусалиме проживает около 1 млн человек: 330 тыс. евреев – в ЗИ; 320 тыс. арабов и 212 тыс. евреев – в ВИ. В 1995 г. Конгресс США принял

 $<sup>^4</sup>$  Палестинцы из ЗБ и СГ, желающие посетить Иерусалим, должны получить специальное разрешение; в нем может быть отказано по мотивам безопасности. Супруг жителя Иерусалима не может жить в городе, если у него нет иерусалимской ID-карты. Если семья поселяется в другом городе, ID-карта палестинца из Иерусалима может быть отозвана; с 1967 по 2012 г. под эту меру попали 14 тыс. человек (Jabarin~Sh. Palestinian Territory and international humanitarian law: a response to Peter Maurer // International Review of Red Cross. 2013. Vol. 95. № 890. P. 421).



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Данная идея была впервые озвучена в англо-французском секретном соглашении 1916 г. (Sykes-Picot Agreement), позднее поддержанном Россией. См.: URL: http://avalon.law.yale.edu/20th\_century/sykes.asp

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Здесь и далее используются следующие сокращения: ВИ – Восточный Иерусалим, ЗИ – Западный Иерусалим, ЗБ – Западный Берег, СГ – сектор Газа; ГА – Генеральная Ассамблея; СБ – Совет Безопасности, МС – Международный суд; ООП – Организация освобождения Палестины; МККК – Международный комитет Красного Креста; ПС – Палестинский совет; ПНА – Палестинская национальная администрация; ГП – Гаагское положение о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г.; ДП – Дополнительный протокол; ЖК IV – Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны 1949 г.; МГП – международное гуманитарное право.

 $<sup>^3</sup>$  C 1967 по 2001 г. в Иерусалиме было построено 80 тыс. домов для евреев, 44 тыс. из них – на экспроприированных в ВИ землях. В то же самое время для палестинцев было построено лишь 20 тыс. домов. Подробнее см.: East Jerusalem and the Politics of Occupation // Middle East Task Force. 2004. Winter. URL: https://www.afsc.org/document/east-jerusalem-and-politics-occupation.

Акт о переносе посольства в Иерусалим, реализация которого долго откладывалась в силу положения о 6-месячной отсрочке. В декабре 2017 г. президент США все же принял решение о переносе<sup>1</sup>, а в мае 2018 г. данный перенос состоялся, спровоцировав масштабные протесты и жертвы среди населения  $\mathsf{C}\Gamma^2$ .

Израильская позиция заключается в следующем. Резолюция 181 в той части, которая касается Иерусалима, не может быть реализована. Во-первых, она не является обязательной и не может заменять международный договор. Во-вторых, ее отвергли арабы, напав на Израиль, и ООН, проигнорировав дискриминацию евреев в праве на доступ к Святым Местам в годы правления Иордании. В-третьих, доктрина *corpus separatum* не поддерживается международным правом. Иерусалим является «сердцем и душой еврейского народа», его исторической столицей. Уход британцев в 1948 г. породил правовой вакуум, Иерусалим стал *res nullius*. Данный вакуум был заполнен захватом ЗИ в 1948 г. и ВИ в 1967 г., оправданным с позиций права на самооборону. Решение вопроса об Иерусалиме должно обеспечивать свободный доступ к Святым Местам. Израиль в состоянии гарантировать этот доступ и в 1967 г. принял соответствующий закон, а арабские государства – нет. Идея международного управления не является полностью утопичной; такое управление может быть введено в отношении Святых Мест (но не в отношении самого города)<sup>3</sup>.

Согласно противоположной позиции права палестинцев на Иерусалим вытекают из права наций на самоопределение. Иерусалим – это древний город, который до прихода евреев принадлежал арабам и в котором царили мир и порядок. Учреждение мандата не повлекло передачу суверенитета Лиге Наций или Великобритании, так как суверенитет принадлежит населению, а не правительству. В связи с этим Иерусалим не может быть захвачен как terra nullius. В его отношении действуют положения ЖК IV, запрещающие аннексию. Израиль намеренно отказывается от заключения соглашений об Иерусалиме и нарушает данные положения и резолюции ГА и СБ ООН. Иерусалим должен стать столицей палестинского государства или corpus separatum; одним из вариантов может быть размещение в Иерусалиме двух столиц и установление особого режима для Святых Мест<sup>4</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Quigley J. The legal status of Jerusalem under international law // Turkish Yearbook of International Law. 1994. Vol. 24. P. 11–23; Albasoos H. Sovereignty over Jerusalem // Journal of conflictology. 2013. Vol. 4. № 2. P. 23–30. Обзор позиций см.: Distinctions with Differences Jerusalem as corpus separatum and its legal implications. Diakonia International Humanitarian Law Resource Centre. July 2017. URL: https://www.diakonia.se/globalassets/blocks-ihl-site/ihl-file-list/ihl--reports/distinctions-with-differences-jerusalem-as-corpus-separatum-and-its-legal-implications.pdf.



¹ Анализ решения см.: Trump's Decision to Announce Jerusalem as the Capital of Israel: Motives, Implications, and Prospects: Situation Assessment. Arab Center for Research and Policy Studies. December 2017. URL: https://www.dohainstitute.org/en/Lists/ACRPS-PDFDocumentLibrary/12%20december%20situation%20assessment. pdf. Обоснование США см.: Bolton J. R. The Implications for Moving the U. S. Embassy in Israel to Jerusalem. Before the // Moving the American Embassy in Israel to Jerusalem: Challenges and Opportunities: hearing before the Subcommittee on National Security of the Committee on Oversight and Government Reform. 2017. 8 Nov. URL: https://oversight.house.gov/hearing/moving-american-embassy-israel-jerusalem-challenges-opportunities.

 $<sup>^2</sup>$  6 апреля 2017 г. МИД РФ заявил о «приверженности решениям ООН о принципах урегулирования, включая статус ВИ как столицы будущего палестинского государства», но одновременно указал, что Россия рассматривает ЗИ как столицу Израиля.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Lauterpacht E. Jerusalem and the Holy Places. L., 1968; Gruhin M. I. Jerusalem: Legal and Political Dimensions in a Search for Peace // Case Western Reserve Journal of International Law. 1980. Vol. 12. P. 169–213; Hertz E. E. Jerusalem. One nation's capital throughout history: the legal aspects of Jewish rights. N. Y., 2013; The Status of Jerusalem // Israeli Ministry of Foreign Affairs. 1999. 14 March. URL: http://www.mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1999/pages/the%20status%20of%20jerusalem.aspx.

#### «Право на возвращение»

Во время войны 1947–1948 гг. 700 тыс. палестинцев покинули свои дома и стали беженцами; 150 тыс. остались и стали гражданами Израиля. Во время войны 1967 г. свои дома покинули еще 300 тыс., половина из них стали беженцами во второй раз. По мнению Израиля, палестинцам ничего не угрожало, они покинули свои дома добровольно, поддавшись на провокации собственных лидеров и чувство паники. Палестинцы, наоборот, считают, что их исход был результатом планомерных этнических чисток, инструментами которых были неизбирательные артобстрелы, нападения на мирных жителей (Дейр-Яссин), разрушение домов и др. Численность беженцев и их потомков составляет 5,34 млн человек (2016 г.); в основном они проживают в Иордании (2,2 млн), СГ (1,34), Ливане (0,46), ЗБ (0,8) и Сирии (0,54)<sup>1</sup>. За исключением Иордании, страны, принявшие беженцев, не предоставили им своего гражданства.

В 1948 г. ГА ООН постановила, что «беженцам, желающим вернуться к своим очагам и мирной жизни со своими соседями, такая возможность должна быть предоставлена в кратчайший срок, с уплатой компенсации за имущество тех, кто предпочтет не возвращаться» (п. 11 Резолюции 194). В 1949 г. она учредила Ближневосточное агентство ООН для помощи палестинским беженцам и организации работ (Резолюция 302)<sup>2</sup>. В 1967 г. СБ ООН заявил о необходимости «достижения справедливого урегулирования проблемы беженцев» (Резолюция 242). В 1974 г. ГА ООН заявила о «неотъемлемом праве палестинцев на возвращение к своим очагам и к своему имуществу» (п. 2 Резолюции 3236). Палестина настаивает на безусловном признании «права на возвращение» всех беженцев; Израиль предлагает «символическое возвращение» нескольких десятков тысяч беженцев и расселение оставшихся в арабских странах с выплатой им компенсации.

Израильские авторы полагают, что «возвращение в свою страну», предусмотренное договорами о правах человека, подразумевает наличие гражданства; палестинские же беженцы никогда не были гражданами Израиля. Многие из них остались на территории исторической Палестины (например, в Иордании) и поэтому могут считаться находящимися в «своей стране». Потомки беженцев никогда не жили в Израиле, и их претензии полностью безосновательны. Действие прав человека в данном случае не является бесспорным: во-первых, права человека могут ограничиваться в интересах других лиц, в интересах безопасности и в условиях чрезвычайного положения; во-вторых, договоры по правам человека применяются к индивидам, а не к массам перемещенных в результате войны и иных масштабных событий людей, чья судьба должна решаться только на переговорах. Здравый смысл и практика государств (например, отделение Пакистана от Индии) требуют учета этнического принципа. Если пяти миллионам арабов разрешить жить в Израиле, последний станет еще одним арабским государством. Резолюция 194 является рекомендацией и не упоминает «права на возвращение»; кроме того, она говорит о беженцах, «желающих вернуться к мирной жизни», палестинцы же этого явно не хотят. В Резо-

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ежегодный бюджет Агентства составляет более 1 млрд долл., большая его часть формируется за счет пожертвований США (около 25 %), ЕС (около 20 %) и мусульманских стран. ООН перечисляет около 2 %. Агентство организует работу 700 школ, в которых учатся более 500 тыс. детей, 143 госпиталей, предоставляет социальную защиту уязвимым категориям беженцев и др. В Агентстве работает около 30 тыс. сотрудников (из них 12 тыс. учителей), в основном – палестинцы.



 $<sup>^{\</sup>rm 1}$  Annual operational report 2016 // UNRWA. 2016. 16 May. URL: https://www.unrwa.org/resources/reports/annual-operational-report-2016.

люции 242 речь идет не о «праве на возвращение», а о «справедливом решении проблемы»; это означает, что правом на возвращение и компенсацию обладают не только палестинцы, но и 600–800 тыс. евреев, бежавших из арабских стран во второй половине XX в. Палестинские требования нереалистичны и представляют собой злоупотребление правом: их цель – выторговать как можно больше уступок со стороны Израиля<sup>1</sup>.

Палестинцы ссылаются на ст. 13 (2) Всеобщей декларации прав человека, ст. 5 (d, ii) Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г., п. 4 ст. 12 Пакта о гражданских и политических правах, резолюции ГА ООН 194 и 3236 и обычное право, закрепляющие право на возвращение в свою страну. Данное право основано не на формальном наличии гражданства, а на социальных связях (тест Ноттебома), поэтому палестинцы обладают им, несмотря на отсутствие у них гражданства Израиля. Оно также может быть выведено из права наций на самоопределение, ст. 49 ЖК IV, института ответственности (возвращение является реституцией) и института правопреемства (жители территории, перешедшей к другому государству, имеют право на его гражданство). Поскольку оно тесно связано с самоопределением, им обладают не только беженцы, но и их потомки. Если евреи, чьи предки покинули Палестину 2000 лет назад, имеют право на возвращение и гражданство в силу Закона Израиля 1950 г., то и потомки палестинских беженцев должны иметь это право. Беженцы также могут претендовать на возвращение отобранной собственности или выплату компенсации, суммарный размер которой может составлять несколько сот миллиардов долларов<sup>2</sup>.

#### Водные ресурсы

В Палестине есть три источника пресной воды. Первый – Тивериадское озеро, в которое впадает Иордан. Оно дает около 650 млн куб. м (мкм) воды Израилю. В 1964 г. Израиль построил водопровод протяженностью 130 км, доставляющий воды озера в Северный Израиль, Тель-Авив и Хайфу (National Water Carrier). Второй – Горный водоносный горизонт (Yarkon-Taninim Aquifer), протянувшийся от горы Кармель на юг. 80 % его ресурсов формируется осадками, выпадающими на 3Б. Он дает 700 мкм воды: 80 % потребляется Израилем, 20 % – 3Б. Третий – Береговой горизонт, дающий 550 мкм воды. Израиль, находящийся выше по течению, забирает 450 мкм, СГ – около 100 мкм. Израиль удовлетворяет 60 % своих потребностей из этих источников; остальное – за счет опреснения и вторичного использования. 56 % поступает в сельское хозяйство, 38 % – в домашние хозяйства и 6 % – в промышленность. Резиденты Израиля потребляют 300 л/день (по данным Израиля – 170).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Khalidi R. I. Observations on the Right of Return // Journal of Palestine Studies. 1992. Vol. 21. № 2. P. 29–40; Quigley J. Displaced Palestinians and a Right of Return // Harvard International Law Journal. 1998. Vol. 39. № 1. P. 171–225; Boling G. J. Palestinian Refugees and the Individual Right of Return: An International Law Analysis // BADIL Resource Center for Palestinian Residency and Refugee Rights. 2001. № 8. URL: https://www.badil.org/phocadownload/Badil\_docs/bulletins-and-briefs/Brief-No.8.pdf; Akram S. M. Palestinian Refugees and Their Legal Status: Rights, Politics, and Implications for a Just Solution // Journal of Palestine Studies. 2002. Vol. 31. № 3. P. 36–51. Обзор аргументов обеих сторон см.: Bracka J. M. Past the Point of No Return-The Palestinian Right of Return in International Human Rights Law // Melbourne Journal of International Law. 2005. Vol. 6. P. 272–312.



¹ Sabel R. International Legal Issues of the Arab-Israeli Conflict An Israeli Lawyer's Position // Journal of East Asia and International Law. 2010. Vol. 3. P. 417–420; Lapidoth R. Do Palestinian Refugees Have a Right to Return to Israel? // Israeli Ministry of Foreign Affairs. 2001. 15 Jan. URL: http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/do%20palestinian%20refugees%20have%20a%20right%20to%20return%20to.aspx; Katz J. E. Legal Background to the «Palestinian Right of Return». 2001. URL: http://www.eretzyisroel.org/~jkatz/legal.html.

ЗБ полностью зависит от Горного горизонта, ресурсы которого контролирует израильская компания «Mekorot», и теряет треть поступлений из-за ветхой инфраструктуры. Две трети воды поступает в сельское хозяйство, остальное – в домашние хозяйства и промышленность. Жители ЗБ потребляют 70 л/день при рекомендованном ВОЗ минимуме в 100 л (по данным Израиля – 100), а в некоторых районах – лишь 20 л. 200 тыс. жителей ЗБ отрезаны от водной сети и потребляют танкерную воду. Израиль не разрешает палестинцам использовать воды Иордана; прилегающая территория ЗБ объявлена закрытой военной зоной, туда имеют доступ только израильские фермеры. Он квотирует потребление воды из существующих скважин на ЗБ, ограничивает сооружение новых скважин и одновременно поощряет водозабор со стороны собственных поселенцев.

Ситуация в СГ хуже: потребление на душу населения составляет 80–100 л, однако 90–95 % воды непригодны для питья из-за загрязнения и засаливания; очистные сооружения и канализация сильно пострадали в результате военных действий.

Данная политика вызывает озабоченность Комитета по правам человека, ЕС и неправительственных организаций, заявляющих о нарушении права на жизнь (ст. 6 Пакта о гражданских и политических правах), права на воду<sup>1</sup> и ст. 55 ГП<sup>2</sup>.

В Соглашении 1995 г. (ст. 40 Приложения II) Израиль признал «палестинские водные права». В течение пятилетнего переходного периода потребление ЗБ было закреплено на уровне 118 мкм/год (существующий уровень). Будущие потребности палестинцев были определены в объеме 70–80 мкм. Израиль принял обязательство поставлять 23,6 мкм в ЗБ и 5 мкм в СГ. Был учрежден Совместный водный комитет, выдающий разрешения на бурение новых скважин, и установлены принципы определения справедливой цены на воду. После истечения переходного периода распределение, закрепленное в ст. 40 Приложения II, не было изменено.

Израиль считает, что его преимущественные права основаны на «праве первого присвоения». Существующее распределение водных ресурсов сложилось в 1950-е гг.; Израиль должен сохранить право на потребление в тех же объемах. Эти претензии защищаются ст. 6 Конвенции ООН о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 г., требующей учета «существующих видов использования»<sup>3</sup>. Принципы справедливого использования и непричинения вреда, закрепленные в данной Конвенции, необходимо толковать согласованно: справедливое использование не должно вредить существующему использованию. Палестинцы имеют право только на те объемы, которые были установлены в Соглашении 1995 г.; кроме того, Палестина не является государством и в отношениях с ней Израиль не связан нормами международного права. Вместо того чтобы требовать воду от Из-

 $<sup>^3</sup>$  Палестина участвует в Конвенции 1997 г. Израиль не участвует в ней, но признает обычно-правовой характер ее положений.



 $<sup>^1</sup>$  Данное право рассматривается как элемент права на достаточный жизненный уровень (ст. 11 Пакта об экономических социальных и культурных правах) и права на здоровье (ст. 12 Пакта). Подробнее см.: General Comment № 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant). Adopted at the Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 20 January 2003.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Troubled Waters. Palestinians denied fair access to water: Israel – Occupied Palestinian Territories. Amnesty International. October 2009. URL: https://www.amnestyusa.org/pdf/mde150272009en.pdf; Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant. Concluding observations. Israel. Human Rights Committee. Ninety-ninth session. Geneva, 12–30 July 2010. Para. 18; European Parliament resolution of 18 September 2014 on Israel-Palestine after the Gaza war and the role of the EU; Water in the Israeli-Palestinian conflict. Briefing. European Parliamentary Research Service. January 2016. URL: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/573916/EPRS\_BRI%282016%29573916\_EN.pdf.

раиля, палестинцы должны сосредоточиться на более рациональном использовании имеющихся ресурсов, опреснении и вторичном использовании, а также воздержаться от бурения незаконных скважин (250 на 3Б и несколько тысяч в  $\mathsf{C}\Gamma$ )<sup>1</sup>.

Палестинцы полагают, что их права на воду вытекают из принципа самоопределения (ст. 1 Международных пактов о правах человека 1966 г.) и не зависят от наличия или отсутствия государственности. Соглашение 1995 г. не принимает во внимание естественные и социально-экономические факторы (прежде всего рост населения), которые должны учитываться в соответствии со ст. 6 Конвенции 1997 г. Кроме того, оно может рассматриваться как прекратившее свое действие, так как стороны не смогли договориться об окончательном статусе. «Право первого присвоения» не действует, поскольку израильская оккупация противоречит международному праву (давность порождает титул, только если другая сторона не выразила протест, имея такую возможность). Израиль должен обеспечить палестинцам недискриминационный доступ к водным ресурсам, ограничить собственное потребление, разрешить сооружение водной инфраструктуры, отказаться от практики ее разрушения, разрешить трансфер воды из ЗБ в СГ и др.<sup>2</sup>

#### Угроза терроризма

Израиль часто обосновывает свои действия угрозой палестинского терроризма. По официальным данным, после 1948 г. в результате терактов погибло около 3,5 тыс. израильтян, было ранено 25 тыс. (без учета жертв войн)<sup>3</sup>. Долгое время террористической организацией признавалась ООП; в 1970–1980-х гг. ее члены совершили ряд громких терактов: взрыв самолета *Convair* 990 (47 жертв), теракт на мюнхенской Олимпиаде (11 жертв), резня в Маалоте (29 жертв) и др. В 1988 г. ООП признала право Израиля на существование и отказалась от методов террора; в настоящее время ООП и ФАТХ являются легальными партиями, которым принадлежит власть на 3Б. ХАМАС, созданный в 1987 г. в качестве альтернативы примиренческому курсу ООП, признается террористической организацией США, ЕС, Израилем, Японией и некоторыми другими странами (но не Россией)<sup>4</sup>. Большинство терактов ХАМАС было

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Вопрос о признании ХАМАС террористической организацией был рассмотрен Судом ЕС. В 2001 г. Совет ЕС ввел санкции против лиц, причастных к терроризму. Согласно ст. 1 Общей позиции 2001/931 Совет должен был вносить этих лиц в санкционные списки на основании решения компетентных национальных властей и раз в семестр проверять обоснованность их сохранения в списках. ХАМАС был включен в списки на основании решений американских и британских властей, принятых в 2001 г., и впоследствии неоднократно сохранялся в них. Решения о сохранении принимались на основе решений 2001 г. и данных, полученных из прессы. ХАМАС оспорил их, сославшись на то, что Совет не учитывает развитие ситуации во времени. В решении от 17 декабря 2014 г. Суд счел, что ссылки на прессу и Интернет являются недопустимыми; по сути, Совет сам осуществлял функции «компетентных властей», не имея на то полномочий. Совет оспорил это решение, и 26 июля 2017 г. Большая палата Суда вынесла новое решение. Она указала, что ст. 1 требует наличия национальных решений только при включении лица в список (п. 4) и не требует



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Benvenisti E., Gvirtzman H. Harnessing International Law to Determine Israeli-Palestinian Water Rights: The Mountain Aquifer // Natural Resources Journal. 1993. Vol. 33. P. 548–549; Wolf A. T. Hydropolitics along the Jordan River, Scarce Water and its Impact on the Arab-Israeli Conflict. Tokyo; N. Y.; P., 1995; State of Israel. The Issue of Water between Israel and the Palestinians. Water Authority. March 2009. P. 27–30. URL: http://siteresources.worldbank.org/INTWESTBANKGAZA/Resources/IsraelWaterAuthorityresponse.pdf.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Obidallah M. Water and the Palestinian – Israeli conflict // Central European Journal of Security Studies. 2008. Vol. 2. № 2. Р. 103–118. Обзор аргументов обеих сторон см: Niehuss J. The Legal Implications of the Israeli-Palestinian Water Crisis // Sustainable Development Law & Policy. 2005. Vol. 5. № 1. Р. 13–19; Mukhar R. M. The Jordan River Basin and the Mountain Aquifer: The Transboundary Freshwater Disputes between Israel, Jordan, Syria, Lebanon and the Palestinians // Annual Survey of International & Comparative Law. 2006. Vol. 12. № 1. Р. 79–82.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Подробнее см.: URL: http://www.mfa.gov.il.

совершено в ходе интифад (взрывы автобусов, нападения на солдат, захват заложников, обстрел Израиля ракетами «Кассам»<sup>1</sup>). Поскольку ведущие палестинские партии стремятся к созданию светского государства, ни Аль-Каида, ни ИГИЛ не смогли закрепиться в Палестине.

Неорганизованные нападения на своих солдат и поселенцев Израиль обозначает термином «народный терроризм»; сами палестинцы используют термин «народное сопротивление». Как правило, речь идет о спонтанных выплесках ненависти, мести за погибших родственников, политическом и религиозном протесте и подобных мотивах, во многом обусловленных жесткой политикой Израиля. Чаще всего палестинцы бросают камни, отдельные нападения, однако, совершаются при помощи холодного и огнестрельного оружия или автомобилей. Квалификация этих актов в качестве террористических выглядит, как минимум, спорной. Израиль считает, что ПНА поощряет «народный терроризм», выделяя большие субсидии семьям погибших палестинцев (7 % бюджета ПНА), одобряя соответствующие акты и открыто призывая к вооруженной борьбе<sup>2</sup>.

Израильские авторы определяют Израиль как единственное демократическое государство на Ближнем Востоке, а палестинский терроризм – как угрозу не только Израилю, но и общечеловеческим ценностям; по их мнению, речь идет о борьбе двух полярных концептов: «общества, которое стремится к современности, либерализму и правам человека», и «общества религиозного экстремизма, тоталитарного мышления и традиционных племенных ценностей». Феномен терроризма глубоко укоренен в исламе и арабской культуре и не зависит от конкретной политической ситуации. Палестинцы представляют собой неразвитое общество, не умеющее и не желающее защищать свои интересы цивилизованными средствами. Проблемы, связанные с оккупацией, будут решены, только если палестинцы полностью откажутся от методов террора; в противном случае Израиль не сможет обеспечивать свою безопасность<sup>3</sup>.

Палестинцы считают, что они ведут законную войну с оккупантами. Народное сопротивление является единственной доступной формой борьбы за самоопределение в условиях оккупации и неизбежной реакцией на нарушения прав человека, восходящие до уровня геноцида, военные преступления, политические репрессии, тяжелую экономическую ситуацию и отказ Израиля от решения многочисленных проблем. Израиль не заинтересован в устранении проблемы терроризма, так как в этом случае он должен будет завершить переговоры об окончательном статусе, вывести свои силы и выполнить резолюции СБ и ГА ООН. Поэтому он постоянно провоцирует палестинцев, нападая на них, нарушая их права и делая экстремистские заявления (такие как заявление Б. Нетаньяху об Иерусалиме как о «единой и неделимой столице Израиля», сделанное при открытии посольства США). Многие действия, квалифицируемые как терроризм, не являются таковыми, поскольку их объектами выступают

этого, когда речь идет о сохранении лица в списке (п. 6). При этом Совет не может основываться только на первоначальных решениях и должен использовать новые доказательства. В итоге Палата отменила спорное решение и вернула дело на новое рассмотрение.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Netanyahu B. Terrorism: How the West Can Win. N. Y., 1986; Bukay D. Facts and Fables in the Mythology of Islamic and Palestinian Terrorism. ACPR Policy Paper № 162. 2006. URL: http://www.acpr.org.il/pp/pp162-BukayE.pdf.



 $<sup>^{\</sup>scriptscriptstyle 1}$  За все годы было выпущено более 10 тыс. ракет; более 30 человек было убито, более 700 – ранено.

 $<sup>^2</sup>$  Так, в 2015 г. лидер ФАТХ М. Аббас заявил: «Каждая капля крови, пролитая в Иерусалиме, является чистой, каждый шахид попадет в рай и каждая жертва будет вознаграждена Богом» (подробнее см.: URL: http://www.palwatch.org).

солдаты или поселенцы, проводящие государственную политику. Израиль придерживается политики двойных стандартов: он осуждает палестинский терроризм, но сам использует терроризм в качестве инструмента государственного строительства, нападая на гражданских лиц и гражданские объекты или поощряя нападения своих боевых организаций (операции ЦАХАЛ в СГ, операции Иргуна и Хаганы во время войны 1947–1948 гг.)<sup>1</sup>.

#### Военные операции в СГ

Как уже отмечалось, в 2005 г. Израиль вывел свои силы и поселенцев из СГ. В 2007 г. он объявил XAMAC «экономическую войну». Одним из инструментов этой войны стала транспортная блокада СГ<sup>2</sup>. В 2010 г. в рамках этой блокады Израиль задержал в 65 км от берега СГ шесть судов «Флотилии свободы», следовавших с грузом гуманитарной помощи. Судно «Mavi Marmara» под флагом Коморских островов оказало сопротивление; в результате девять его пассажиров были убиты, а многие - ранены. Данный инцидент был расследован Комиссией, созданной Советом по правам человека, и Комиссией, созданной Генеральным секретарем ООН (председатель -Дж. Палмер). Первая Комиссия установила, что в Газе имеет место гуманитарный кризис, в связи с чем блокада в целом и нападение на флотилию в частности незаконны; действия Израиля не могут быть оправданы со ссылкой на ст. 51 Устава ООН и являются коллективным наказанием гражданского населения; нападение на флотилию представляет собой неправомерное применение силы и серьезно нарушает право прав человека и МГП<sup>3</sup>. Комиссия Палмера, наоборот, поддержала позицию Израиля, указав, что он был вправе принимать разумные и пропорциональные меры для предотвращения притока оружия в СГ, в том числе морскую блокаду. Израиль действовал непропорционально, однако организаторы конвоя поступили неразумно, отказавшись от сотрудничества с израильскими властями<sup>4</sup>.

В 2008–2009, 2012 и 2014 гг. в ответ на ракетные обстрелы со стороны СГ Израиль провел три войсковые операции («Литой свинец», «Облачный столп» и «Нерушимая скала»). Стремясь уничтожить базы террористов, он подверг бомбардировкам сотни жилых домов, канализационные системы, порт, школы, больницы, университет и другие гражданские объекты. Со стороны Израиля погибло около 100 человек; со



¹ Kapitan T. Terrorism in the Arab-Israeli Conflict // Terrorism: The Philosophical Issues / ed. by I. Primoratz. Basingstoke, 2004. P. 175–191; Suárez Th. State of Terror: How terrorism created modern Israel. Broxham, 2016. С 2009 г. по март 2018 г. палестинцы убили 84 мирных израильских граждан и 90 военных. В это же время израильские военные убили 3148 палестинцев (из них 719 детей и 332 женщины), израильские гражданские лица – 28; большая часть убитых не принимали участия в волнениях (URL: http://www.btselem.org/statistics/fatalities/after-cast-lead/by-date-of-event). Новой формой экстремизма является price tag policy: уничтожение поселенцами палестинской собственности и создание ими экстремистских граффити (Goldberg J. J. Why Jewish Terror is Different This Time // Forward. 2015. 1 Aug. URL: https://forward.com/opinion/318290/why-jewish-terror-is-different-this-time).

² Перечень товаров, разрешенных к ввозу, постоянно меняется: в разное время к ввозу запрещались цемент, металл, автомобили, компьютеры, фруктовый сок, шоколад и другие сладости, уксус, орехи, чипсы, дерево, глюкоза, маргарин, бумага, музыкальные инструменты, газеты, игрушки, лошади и др. (URL: http://gisha.org/UserFiles/File/HiddenMessages/ItemsGazaStrip060510.pdf). Блокада также включала ограничения рыбопромысловой зоны. В соответствии с Соглашениями Осло рыбаки в СГ могли рыбачить в пределах 20-мильной береговой зоны. В 2000 г. эта зона была ограничена до 6 миль, а в 2009 г. − до 3 миль.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Report of the international fact-finding mission to investigate violations of international law, including international humanitarian and human rights law, resulting from the Israeli attacks on the flotilla of ships carrying humanitarian assistance, 27 September 2010, A/HRC/15/21.

 $<sup>^4</sup>$  Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, July 2011.

стороны СГ – около 5 тыс., 15 тыс. были ранены. Большинство западных стран признали право Израиля на самооборону. В 2009 г. Совет по правам человека учредил Миссию по установлению фактов, имеющих отношение к операции «Литой свинец» (председатель – Р. Голдстоун). Миссия выявила, что со стороны Израиля имели место неизбирательные удары, намеренные нападения на гражданских лиц, применение фосфорных боеприпасов, разрушение промышленной и коммунальной инфраструктуры, использование живых щитов и в целом намеренное применение непропорциональной силы и причинение страданий гражданскому населению<sup>1</sup>. Миссия сочла, что Израиль нарушил обязательства оккупирующей державы (обязанность заботиться о населении), прибег к практике коллективных наказаний и совершил преступления против человечества<sup>2</sup>.

Израильские авторы полагают, что блокада и военные операции против СГ представляют собой самооборону, разрешенную ст. 51 Устава ООН. Международное право изменилось после 11 сентября 2001 г.; сегодня самооборона может осуществляться в отношении не только государства, но и неправительственной организации. Израиль и ХАМАС находятся в состоянии вооруженного конфликта; поскольку ХАМАС не является государством, данный конфликт нельзя назвать международным. Действия Израиля не регулируются ЖК IV, так как после «одностороннего размежевания» СГ перестал быть оккупированной территорией. Жертвы среди гражданского населения не были чрезмерными по отношению к преследуемому военному преимуществу – сохранению государства Израиль (качественная пропорциональность). Многие из них были вызваны тем, что сторонники ХАМАС не идентифицировали себя в качестве комбатантов и использовали живые щиты. Хотя Израиль не участвует в ЖК и ДП, он соблюдал нормы МГП, в частности заранее предупреждал о своих нападениях (ст. 57 (II, c) ДП I)<sup>3</sup>.

Обратная позиция состоит в том, что самооборона не может осуществляться в отношении угрозы, исходящей с оккупированной территории<sup>4</sup>; кроме того, действия Израиля не являются пропорциональными и необходимыми. Израиль продолжает оккупировать СГ и быть связанным ЖК IV. Находясь в состоянии международного вооруженного конфликта с ХАМАС, он также связан правом, применимым к таким конфликтам. Его действия могут квалифицироваться как военные преступления и преступления против человечества. Он осуществляет репрессалии против гражданского населения и коллективные наказания (ст. 33 ЖК IV), не заботится о населении (ст. 55 ЖК IV), не допускает гуманитарную помощь (ст. 59 ЖК IV), нарушает принцип избирательности (ст. 51, 52 ДП I), нападает на медицинские формирования (ст. 19, 35, 36 ЖК I, ст. 12 ДП I), использует голод среди гражданского населения (ст. 54 ДП I), нарушает правила проведения блокады (Руководство Сан-Ремо по международному праву, применимому к вооруженным конфликтам на море) и др. Жертвы среди гражданского населения СГ являются чрезмерными, так как их количество на порядок



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> В ходе операции Израиль использовал новые средства ведения войны, неоднозначные с точки зрения МГП. Так, перед применением летальных средств Израиль сбрасывал небольшое количество взрывчатки на крыши домов («стук по крыше»), предупреждая таким образом жителей о готовящемся нападении и одновременно вызывая сильную панику.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict: Conclusions and recommendations, 24 September 2009, A/HRC/12/48 (ADVANCE 2).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Weiner J. R., Bell A. International Law and the Fighting in Gaza. Jerusalem, 2008; Benoliel D. Israel, Turkey and the Gaza Blockade // University of Pennsylvania Journal of International Law. 2011. Vol. 33. P. 615–662.

 $<sup>^4</sup>$  Заключение МС ООН от 9 июля 2004 г., § 139.

больше количества жертв среди израильтян (количественная пропорциональность). Нарушения ХАМАС менее значительны; кроме того, в отличие от ХАМАС, Израиль не был осужден международным сообществом<sup>1</sup>.

#### Заключение

Существует несколько вариантов разрешения данного конфликта. Во-первых, в основу урегулирования может быть положен один из основных документов: Декларация Бальфура, Резолюция 181 или Резолюция 242. Проблема, однако, состоит в том, что эти документы не обладают достаточной силой, противоречат друг другу и по-разному интерпретируются сторонами. Вторым вариантом может быть акцент на принципе самоопределения, требующем создания палестинского государства. Однако, будучи целостным, этот метод не является конкретным - он не позволяет определить границы данного государства, решить вопрос о столице и т. п. Третий вариант - проведение новых раундов переговоров между Израилем и Палестиной. Надежд на благоприятный исход этих переговоров, однако, немного; вполне возможно, что единственным их результатом станут новые провокации. Четвертый вариант - доверить разрешение конфликта третьей стороне, например ООН. Этот вариант также нереалистичен: практика показала, что решения организаций часто используются сторонами как аргумент, но не исполняются, если это противоречит их интересам. Пятый вариант – силовое разрешение конфликта; именно его и пытается реализовать Израиль и поддерживающие его США. Данный вариант выглядит наиболее прагматичным: зачистка Палестины от палестинцев поставит точку в конфликте и «успокоит» регион. Ущерб, причиненный международному порядку, однако, будет непоправимым; понятия демократии, прав человека, безопасности и т. п. обесценятся и превратятся в свою противоположность, а в истории не будет ничего, что сможет оправдать человечество, преодолевшее один Холокост только ради того, чтобы совершить новый.

Таким образом, общей проблемой данного конфликта является отсутствие практичной и приемлемой для обеих сторон методологии. Несмотря на это, международное сообщество должно продолжать предпринимать попытки его урегулирования; любой иной вариант будет признанием поражения.

Вероятно, в настоящее время нужно отказаться от поиска полного и окончательного решения и вместо этого сосредоточиться на выработке стратегии урегулирования. Во-первых, международное сообщество должно создать политический орган, обладающий полномочиями по установлению фактов, правовой квалификации и выработке предложений. В него должны войти представители заинтересованных субъектов: Израиля, Палестины, США, арабских стран, ЕС и России. Он должен работать на постоянной основе. Во-вторых, необходимо снизить напряженность в отношениях сторон: отменить любые внешние санкции против Израиля и Палестины, потребовать от них отказа от оскорбительной риторики и признания прав друг друга. В-третьих, нужно обеспечить информационную прозрачность (ее инструментами могут быть международные наблюдатели и миссии по установлению фактов) и предоставить сторонам возможности для изложения своей точки зрения в СМИ, полити-

¹ Bisharat G. E. et al. Israel's Invasion of Gaza in International Law // Denver Journal of International Law and Policy. 2009. Vol. 38. P. 41–114; Karakaya M. Is Israel's Naval Blockade of Gaza Legal? // Human Rights Review. 2013. Vol. III. № 1. P. 201–215. Позицию МККК см.: Gaza closure: not another year! // International Committee of the Red Cross. 2010. 16 June. URL: http://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/palestine-update-140610.htm.



ческих органах и научных центрах. В-четвертых, следует фрагментировать конфликт с тем, чтобы сначала урегулировать его наименее острые аспекты (политика «маленьких шагов»). Например, Израиль без особого для себя ущерба мог бы восстановить гражданскую инфраструктуру СГ, а ПНА – реализовать проекты рационального водопользования, в том числе с участием израильских экспертов. В-пятых, нужно скорректировать правоприменительную практику: отказаться от применения международного права post factum (для оценки уже совершенных действий и осуждения одной из сторон) в пользу предварительного контроля (для оценки планируемых действий). Такой контроль мог бы осуществлять МС ООН или вышеуказанный политический орган.

Позиция России по отношению к данному конфликту выглядит пассивной. Обладая уникальными ресурсами для его урегулирования, Россия не пытается выступить в качестве посредника и ограничивается общими замечаниями, в которых призывает Израиль и палестинцев к соблюдению международного права. Запас политического и культурного авторитета, приобретенного в советский период, почти полностью израсходован. Такая пассивность едва ли соответствует национальным интересам. Речь не идет о том, что Россия должна поддержать одну из сторон, как это в свое время делал СССР<sup>1</sup>, а сегодня делают США. Скорее, она должна проявлять большую внимательность к данному конфликту, выступать с конструктивными предложениями и расширять свое политическое и культурное влияние на Ближнем Востоке.

#### Список литературы / References

*Akram S. M.* Palestinian Refugees and Their Legal Status: Rights, Politics, and Implications for a Just Solution // Journal of Palestine Studies. 2002. Vol. 31.  $\mathbb{N}^2$  3.

Albasoos H. Sovereignty over Jerusalem // Journal of conflictology. 2013. Vol. 4. № 2.

Annual operational report 2016 // UNRWA. 2016. 16 May. URL: https://www.unrwa.org/resources/reports/annual-operational-report-2016.

Benoliel D. Israel, Turkey and the Gaza Blockade // University of Pennsylvania Journal of International Law. 2011. Vol. 33.

Benvenisti E., Gvirtzman H. Harnessing International Law to Determine Israeli-Palestinian Water Rights: The Mountain Aquifer # Natural Resources Journal. 1993. Vol. 33.

Bisharat G. E. et al. Israel's Invasion of Gaza in International Law // Denver Journal of International Law and Policy. 2009. Vol. 38.

Boling G. J. Palestinian Refugees and the Individual Right of Return: An International Law Analysis // BADIL Resource Center for Palestinian Residency and Refugee Rights. 2001.  $\mathbb{N}_2$  8. URL: https://www.badil.org/phocadownload/Badil docs/bulletins-and-briefs/Brief-No.8.pdf.

Bolton J. R. The Implications for Moving the U. S. Embassy in Israel to Jerusalem. Before the // Moving the American Embassy in Israel to Jerusalem: Challenges and Opportunities: hearing before the Subcommittee on National Security of the Committee on Oversight and Government Reform. 2017. 8 Nov. URL: https://oversight.house.gov/hearing/moving-american-embassy-israel-jerusalem-challenges-opportunities.

Bracka J. M. Past the Point of No Return-The Palestinian Right of Return in International Human Rights Law // Melbourne Journal of International Law. 2005. Vol. 6.

 $Bukay\ D$ . Facts and Fables in the Mythology of Islamic and Palestinian Terrorism. ACPR Policy Paper № 162. 2006. URL: http://www.acpr.org.il/pp/pp162-BukayE.pdf.

Distinctions with Differences Jerusalem as *corpus separatum* and its legal implications. Diakonia International Humanitarian Law Resource Centre. July 2017. URL: https://www.diakonia.se/globalassets/blocks-ihlsite/ihl-file-list/ihl--reports/distinctions-with-differences-jerusalem-as-corpus-separatum-and-its-legal-implications.pdf.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> СССР первым признал Израиль и поддержал его, допустив поставки оружия из Чехословакии. Позднее он встал на сторону арабских стран.



East Jerusalem and the Politics of Occupation // Middle East Task Force. 2004. Winter. URL: https://www.afsc.org/document/east-jerusalem-and-politics-occupation.

Gaza closure: not another year! // International Committee of the Red Cross. 2010. 16 June. URL: http://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/palestine-update-140610.htm.

Goldberg J. J. Why Jewish Terror is Different This Time // Forward. 2015. 1 Aug. URL: https://forward.com/opinion/318290/why-jewish-terror-is-different-this-time.

 $\it Gruhin~M.~I.$  Jerusalem: Legal and Political Dimensions in a Search for Peace // Case Western Reserve Journal of International Law. 1980. Vol. 12.

Hertz E. E. Jerusalem. One nation's capital throughout history: the legal aspects of Jewish rights. N. Y., 2013. Jabarin Sh. Palestinian Territory and international humanitarian law: a response to Peter Maurer // International Review of Red Cross. 2013. Vol. 95. № 890.

*Kapitan T.* Terrorism in the Arab-Israeli Conflict // Terrorism: The Philosophical Issues / ed. by I. Primoratz. Basingstoke, 2004.

 $\it Katz~ \it J.~ E.~ Legal~ Background~ to~ the~ «Palestinian~ Right~ of~ Return».~ 2001.~ URL:~ http://www.eretzyisroel.org/~jkatz/legal.html.$ 

Karakaya M. Is Israel's Naval Blockade of Gaza Legal? // Human Rights Review. 2013. Vol. III. № 1.

Khalidi R. I. Observations on the Right of Return // Journal of Palestine Studies. 1992. Vol. 21. №. 2.

Lauterpacht E. Jerusalem and the Holy Places. L., 1968.

 $Mukhar\ R.\ M.$  The Jordan River Basin and the Mountain Aquifer: The Transboundary Freshwater Disputes between Israel, Jordan, Syria, Lebanon and the Palestinians // Annual Survey of International & Comparative Law. 2006. Vol. 12.  $\mathbb{N}^2$  1.

Netanyahu B. Terrorism: How the West Can Win. N. Y., 1986.

Niehuss J. The Legal Implications of the Israeli-Palestinian Water Crisis // Sustainable Development Law & Policy. 2005. Vol. 5.  $\mathbb{N}$  1.

*Obidallah M.* Water and the Palestinian – Israeli conflict // Central European Journal of Security Studies. 2008. Vol. 2. № 2.

Quigley J. Displaced Palestinians and a Right of Return // Harvard International Law Journal. 1998. Vol. 39.  $\mathbb{N}_{2}$  1.

Quigley  $\mathcal{J}$ . The legal status of Jerusalem under international law // Turkish Yearbook of International Law. 1994. Vol. 24.

Sabel R. International Legal Issues of the Arab-Israeli Conflict An Israeli Lawyer's Position // Journal of East Asia and International Law. 2010. Vol. 3.

State of Israel. The Issue of Water between Israel and the Palestinians. Water Authority. March 2009. URL: http://siteresources.worldbank.org/INTWESTBANKGAZA/Resources/IsraelWaterAuthorityresponse.pdf.

Suárez Th. State of Terror: How terrorism created modern Israel. Broxham, 2016.

The Status of Jerusalem // Israeli Ministry of Foreign Affairs. 1999. 14 March. URL: http://www.mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1999/pages/the%20status%20of%20jerusalem.aspx.

Troubled Waters. Palestinians denied fair access to water: Israel – Occupied Palestinian Territories. Amnesty International. October 2009. URL: https://www.amnestyusa.org/pdf/mde150272009en.pdf.

Trump's Decision to Announce Jerusalem as the Capital of Israel: Motives, Implications, and Prospects: Situation Assessment. Arab Center for Research and Policy Studies. December 2017. URL: https://www.doha-institute.org/en/Lists/ACRPS-PDFDocumentLibrary/12%20december%20situation%20assessment.pdf.

Water in the Israeli-Palestinian conflict. Briefing. European Parliamentary Research Service. January 2016. URL: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/573916/EPRS\_BRI%282016%29573916\_EN.pdf. *Weiner J. R., Bell A.* International Law and the Fighting in Gaza. Jerusalem, 2008.

*Wolf A. T.* Hydropolitics along the Jordan River, Scarce Water and its Impact on the Arab-Israeli Conflict. Tokyo; N. Y.; P., 1995.





#### ЭВОЛЮЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДЕБНОГО НОРМОТВОРЧЕСТВА

#### Кучин Михаил Викторович

Доцент кафедры международного и европейского права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук, доцент (Екатеринбург), e-mail: kutschin@mail.ru

Статья посвящена проблеме становления и развития судебного нормотворчества в международном праве. На основе анализа ключевых источников международного и европейского права, судебной практики ряда международных судебных учреждений, работ отечественных и зарубежных ученых, аналитических документов исследованы развитие идеи международного судебного нормотворчества и его современное состояние. Обосновывается вывод об объективном характере нормотворческой деятельности международных судов и их большой роли в развитии международного права.

Ключевые слова: судебное нормотворчество, судебный прецедент, международные суды, источники международного права

#### EVOLUTION OF INTERNATIONAL JUDICIAL RULE-MAKING

#### **Kuchin Mikhail**

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: kutschin@mail.ru

The article is devoted to the problem of formation and development of judicial rule-making in international law. The development of the idea of international judicial rule-making and its current state are investigated based on the analysis of the main sources of international and European law, the jurisprudence of a number of international judicial institutions, the works of domestic and foreign scientists, and analytical documents. The conclusion about the objective nature of the rule-making activity of international courts and their significant role in the development of international law is made.

Key words: judicial rule-making, judicial precedent, international courts, sources of international law

Судебное нормотворчество в международном праве непосредственно связано с развитием международных судебных учреждений. Первые упоминания о судах, разрешавших межгосударственные споры, встречаются в дошедших до нашего времени источниках, связанных с деятельностью правителей Египта и Вавилона. Широкое распространение международные третейские суды получили в Древней Греции, где с их помощью разрешались споры между греческими полисами. Известны случаи международных третейских разбирательств и в древнеримский период, и в эпоху Средневековья, и в более поздние времена.

Вместе с тем предмет деятельности таких судов во многом зависел от целей, преследуемых государствами, создавшими суд, и не всегда представлял собой именно разрешение спора в его обычном понимании. Так, «в конце XIX века были случаи поручения третейским судам составить обязательный для сторон регламент, установить текст конвенции, долженствующей быть заключенной между сторонами; в этих случаях суд должен был установить новые нормы для применения в будущем, в целом ряде отношений, и эти нормы по соглашению сторон, установленному в компро-



миссе, становились по их постановлении частью договорного права, существующего между сторонами... его решения были приговорами суда, обязательными для сторон, а не соглашениями представителей государств, нуждающимися в ратификации со стороны представленных на собрании государств, и эти решения постановлялись третейскими судьями»<sup>1</sup>. Однако указанные случаи являлись все же исключением из правила, и третейские суды в процессе осуществления ими судопроизводства не создавали правовых норм. Это было обусловлено рядом причин.

Во-первых, полномочия у такого суда сохранялись лишь на период рассмотрения конкретного спора. Межгосударственные споры в третейских судах рассматривались нечасто. Каждый такой спор имел свои особенности, и вновь созданному для разрешения той или иной ситуации суду не принципиальны были мотивы, на основании которых выносили свои решения иные суды.

Во-вторых, в качестве судей в прежние времена обычно выступали либо сами правители, либо представители духовенства, либо высокопоставленные чиновники. В результате разрешение спора носило скорее религиозно-политический, нежели правовой характер.

В-третьих, решение третейского суда основывалось обычно на множестве неупорядоченных доказательств, предоставляемых сторонами спора. Среди них - местные обычаи, образцы мифологического поведения богов и героев, социальные нормы, получившие распространение в пределах конкретной местности, чувство справедливости, как его понимали судьи. Более того, при рассмотрении таких споров зачастую смешивались частноправовые и межгосударственные аспекты. Нередко разрешение споров осуществлялось при помощи норм, установленных наиболее значимым государством. Так, в Древней Греции право Афинского государства использовалось для разрешения споров между полисами. Римские императоры или сенат, выступая в качестве третейского судьи, всегда обращались именно к римскому праву. В период Средневековья ведущую роль в разрешении межгосударственных споров играло каноническое право. Папы как представители римско-католической церкви «неоднократно брали на себя роль третейских судей и разрешали споры между различными европейскими королями, между германским императором и имперскими городами и чинами, между вассалами и их сюзеренами»<sup>2</sup>. «При этом не существовало никаких определенных правил для руководства самих судей: все было шатко и субъективно»<sup>3</sup>. Это приводило в некоторых случаях к принятию решений без указания в них какихлибо правовых оснований.

Часто суд, рассматривая межгосударственный спор, стремился не к разрешению его на основе права, а к достижению политического согласия спорящих сторон. Данный аспект выделял М. А. Циммерман: «В международных отношениях единственной формой суда был до последнего времени третейский суд, и задачи его – прежде всего применение материальной нормы права, нашедшей свое выражение в договоре, или в обычае. Однако этот основной момент всякого правильного судопроизводства упорно игнорировался международной практикой, которая даже в решениях Гаагской Палаты сознательно оставляла в стороне действующее право и старалась избегнуть в своих третейских решениях как правового обоснования, так и юридической мотивировки (дело Калифорнийских учреждений 1902 года, дело



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Голубев Н. Н. Международные третейские суды XIX века. Очерки теории и практики. М., 1903. С. 92.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов: в 2 т. М., 1996. Т. 1. С. 68.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> *Камаровский Л. А.* О международном суде. М., 2007. С. 99.

о рыбной ловле около побережья Лабрадора и Ньюфаундленда 1910 года, дело Саваркара 1911 года и т. д.). В этом отношении наблюдалось очень сильное регрессивное движение, и практика последних десятилетий приводила к тому, что можно было сомневаться в дальнейшем развитии международного суда и можно было думать, что посредничество в новой скрытой форме будет единственным способом разрешения международных конфликтов»<sup>1</sup>.

Таким образом, особенность деятельности третейских судов того периода заключалась в отсутствии международно-правовой основы разрешения споров, как мы ее понимаем сегодня, что исключает основания для заявлений о нормотворческой деятельности международных судов, как минимум, до начала XX в., ознаменовавшегося созданием постоянно действующих международных судов. При этом неправильно полностью отрицать то значение, которое оказали международные третейские суды на формирование права. Так, возросшее число международных третейских разбирательств в XIX в. способствовало выработке общих начал третейской процедуры. Однако здесь мы можем говорить скорее об обычно-правовой природе таких норм, нежели о судебном прецеденте.

Благодаря активному применению судебного механизма для разрешения межгосударственных споров в XIX в. возрос научный интерес к проблеме источников международного права и возможности включения в их число решений международных судов<sup>2</sup>. В «компромиссах», предусматривающих создание третейских судов, в тот период широко использовалась формулировка о том, что решение должно выноситься «в соответствии с принципами международного права, а также с практикой и правом, применяемым подобными же судами, пользующимися высоким авторитетом»<sup>3</sup>.

Л. А. Камаровский относил решения международных судов к прямым формам положительного международного права, «которые непосредственно высказывают международное право как совокупность обязательных для государств юридических норм» В. А. Уляницкий также указывал на необходимость развития вследствие неполноты международных норм творческой деятельности со стороны судебной международной практики Решения судов, имеющих международное значение, включал в число источников международного права Н. А. Захаров В 1910 г. профессор Парижского университета А. Вейсс, занимавший впоследствии (1922–1928 гг.) должность судьи Постоянной палаты международного правосудия, высказывал мнение о том, что ввиду отсутствия законодательной власти в международных отношениях нужно, чтобы решениями третейских судов устанавливались юридические нормы, не уступающие jus scriptum, писаному праву Однако в доктрине эти взгляды обычно увязывались с перспективой возникновения постоянно действующего международного суда.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Weiss A. L'Arbitrage de 1909 entre la Bolivie et le Pérou // Revue générale de droit international public. 1910. Vol. 17. P. 106.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Циммерман М. А. Очерки нового международного права. Прага, 1924. С. 302.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Pradier-Fodere P. Traité de droit international public européen et américain. P., 1885–906; Fiore P. Le droit international codifié et sa sanction juridique. P., 1890.

 $<sup>^3</sup>$  Хадсон М. О. Международные суды в прошлом и будущем. М., 1947. С. 145.

 $<sup>^4</sup>$  Камаровский Л. А. Основные вопросы науки международного права. М., 1895. С. 105.

 $<sup>^5</sup>$  Уляницкий В. А. Международное право // Золотой фонд российской науки международного права: в 3 т. М., 2010. Т. 3. С. 35.

 $<sup>^{\</sup>rm 6}$  Захаров Н. А. Курс общего международного права. П<br/>г., 1917. С. 35.

Формирование и деятельность Постоянной палаты международного правосудия, учрежденной в 1920 г. под эгидой Лиги Наций, вывели вопрос о международном судебном нормотворчестве на новый уровень. Еще в 1918 г. в ходе дискуссий, связанных с созданием Палаты, П. Г. Виноградов высказывал идею о том, что если государства будут обращаться в суд с требованиями, основанными не на кодифицированных правилах или соглашениях, а на общих принципах справедливости, то суд мог бы прибегать в данных случаях не только к логическому расширению принципов, признанных существующими нормами, но и к соображениям справедливости (equity); «решения подобного рода могут, в конце концов, привести к формированию ведущих принципов, подобных нормам общего права...»<sup>1</sup>.

Что же касается решений ранее действовавших международных третейских судов и арбитражей, то после создания Палаты в доктрине стала проявляться тенденция к полному отказу от их использования в деятельности Палаты. «Вместо отдельных случайных решений, неизбежно противоречивых, хотя бы вследствие постоянной смены личного состава, - отмечал М. А. Циммерман, - для международного суда нужна определенная система преюдиций, которые в одних случаях дополняли бы действующее право, в других случаях его бы реформировали. Нет другой области права, где так сильно чувствовались бы пробелы, неясности и противоречия, как в области международной... сейчас истолкование... договоров должно быть одной из функций новой Постоянной Палаты, и ясно, что толкование во всех случаях должно быть однородным и должно исходить из правовых, а не политических мотивов. Для такой задачи нужна постоянная однородная коллегия юристов, пользующаяся бесспорным международным авторитетом, а не случайные собрания, деятельность которых ограничивается несколькими месяцами и затем кончается навсегда»<sup>2</sup>. При этом автор, характеризуя юридическую природу Постоянной палаты международного правосудия, непосредственно указывал на ее нормотворческие возможности: «Международный суд, однако, обладает возможностью... применять действующее право, или дополнять его, руководствуясь общими принципами права, или даже видоизменять его, присоединяясь к мнению доктрины, которая может отвергать установившийся обычай и существующие прецеденты»<sup>3</sup>. Ж. Ссель прямо называл решения суда источником международного права<sup>4</sup>.

Позиция самой Палаты по данному вопросу была обозначена в деле о реадаптации палестинских концессий Мавромматиса. В частности, в решении по делу от 10 октября 1927 г. отмечалось, что у Палаты «нет причин отклоняться от той конструкции, которая построена на предыдущих решениях, если Палата считает аргументацию, лежащую в основе решений, разумной»<sup>5</sup>.

При этом при характеристике нормотворческой деятельности Палаты исследователи того периода обоснованно утверждали, что недопустимо смешивать обязательный характер решений и юридическую силу выработанных правоположений, на которые опирался суд при вынесении этих решений. Так, У. Э. Беккет, анализируя

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Case of the Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions (jurisdiction), *Greece v. United Kingdom*, Judgment № 10, Series A, № 11 (PCIJ, Oct. 10, 1927).



 $<sup>^1</sup>$  Виноградов П. Г. Правовой и политический аспекты Лиги Наций // Россия на распутье: историко-публицистические статьи. М., 2008. С. 473.

 $<sup>^{2}</sup>$  Циммерман М. А. Указ. соч. С. 301.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Там же. С. 305.

 $<sup>^4</sup>$  Scelle G. Essai sur les sources formelles du droit international // Recueil d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Geny. Sirey, 1935 [reprint 1977]. T. III. P. 426.

ст. 59 Статута Палаты, в соответствии с которой решение суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу, указывал, что эта статья относится к самому решению в противоположность тем правовым принципам, на которых оно основано¹. «Согласно Статуту Постоянной палаты международного правосудия, – писал М. О. Хадсон, занимавший должность судьи Палаты в 1931–1945 гг., – решение имеет обязательное значение только для сторон и в отношении данного конкретного дела. Это положение представляет собой признание важного принципа res judicata или chose yugée, однако оно не мешает Палате основывать свои решения на прецедентах, выработанных в ее собственной практике»². При этом, как подчеркивал автор, задача Палаты «заключается не в применении обычаев, общих принципов права и судебных прецедентов, а в извлечении из этих источников принципов, которые Палата могла бы применить»³. Данные «принципы» и являются результатом нормотворческой деятельности Палаты.

Следует также отметить, что все акты, принимаемые Палатой по каждому делу, подлежали обязательному опубликованию на двух языках и рассылке всем государствам, имеющим право обращения к Палате.

Постоянная палата международного правосудия в большинстве дел обращалась к правоположениям, выработанным ею и изложенным в ранее принятых решениях и консультативных заключениях, как к источнику норм, на основании которых разрешались споры. «Практика Постоянной палаты международного правосудия, – утверждал М. О. Хадсон, – является ныне одним из авторитетных источников международного права» Г. Лаутерпахт, на наш взгляд, наиболее четко обосновал право Палаты следовать своим прецедентам: «Суд следует своим собственным решениям по тем же причинам, по которым все суды, связанные или не связанные доктриной прецедента, делают это, в частности, потому что такие решения являются хранилищем правового опыта, которого следует придерживаться; потому что они отражают то, что Суд полагает правом; потому что уважение к решениям, вынесенным в прошлом, способствуют преемственности и стабильности, которые являются сущностью правильного отправления правосудия» 5.

Правоположения, выработанные Палатой, стали важным вкладом в развитие международного права. По мнению М. О. Хадсона, «с созданием Постоянной палаты международного правосудия возникла возможность накопления единой совокупности норм прецедентного права, и практика Палаты сделала в этом направлении многообещающий шаг» 6. Результаты деятельности Палаты, активно применявшиеся при осуществлении международного правосудия как самой Палатой, так и иными, созданными впоследствии международными судами, свидетельствуют об использовании на практике прецедента в качестве основания вынесения судебных решений, что подтверждает его значение как источника международного права.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Beckett W.-E. Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale // Recueil de Cours. Collected courses of the Hague academy of international law. 1932. Vol. 39. T. I. P. 141.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Хадсон М. О. Указ. соч. С. 175.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Там же. С. 147.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Там же. С. 26.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Lauterpacht H. The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice. L., 934. P. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Хадсон М. О. Указ. соч. С. 323.

При формировании Международного суда ООН как преемника Постоянной палаты международного правосудия обсуждению подверглась и ст. 59 Статута Палаты как ограничивающая возможность создания Судом прецедентов. Однако еще в 1944 г. Межсоюзнический комитет по будущему Постоянной палаты международного правосудия, основываясь на предшествующем опыте Палаты, подготовил и опубликовал доклад, в котором изложил и позицию по ст. 59, указав, что ее содержание «означает не то, что решения Суда не обладают эффектом прецедентов для Суда или для международного права в целом, но то, что они не обладают обязывающей силой конкретных решений в отношениях между государствами, которые являются сторонами Статута... [Это] ни в коем случае не препятствует Суду рассматривать свои собственные решения как прецеденты» 1. Данный подход фактически отражал позицию создателей Суда по данному вопросу, забытую впоследствии.

После официального роспуска 17 апреля 1946 г. Постоянной палаты международного правосудия (Резолюция Лиги Наций А.35.1946)<sup>2</sup> и начала деятельности Международного суда ООН, первое публичное заседание которого состоялось 18 апреля 1946 г., в науке стал актуальным вопрос о значении принимаемых им судебных актов для развития международного права. Мнения ученых по данному вопросу не отличались единством. Так, согласно утверждению Г. Кельзена «решения Суда не могут иметь характера прецедента»<sup>3</sup>. По мнению А. Фердросса, «судебное решение не может никогда опираться исключительно на отдельные предшествующие решения или доктрину. Оно может использовать предшествующее решение и доктрину с тем, чтобы установить еще недостаточно ясную норму международного права. Таким образом, судебная практика и доктрина не являются самостоятельными источниками международного права...»<sup>4</sup>. Г. Шварценбергер, представитель английской международно-правовой науки, исходил из того, что «решения международных судов и трибуналов не имеют силы прецедентов в буквальном смысле английского права... значение, которое международные решения могут иметь, носит чисто убеждающий характер»<sup>5</sup>. «Позитивное право, – писал П. Веллас, – не признает нормативную власть международной юриспруденции...»<sup>6</sup>. Ф. Капоторти, отрицая возможность признания решений Суда источником международного права в силу отсутствия прямого на то указания в тексте Устава ООН и Статута, констатирует: «...за практикой Суда остается только функция интерпретации норм права, применимых в том или ином деле» $^7$ .

В советской правовой науке также получила широкое распространение точка зрения, категорически отвергающая возможность как Постоянной палаты международного правосудия, так и Международного суда ООН создавать нормы права<sup>8</sup>. Так,

 $<sup>^8</sup>$  Полянский Н. Н. Международный Суд. М., 1951; Левин Д. Б. Основные проблемы современного международного права. М., 1958; Перетерский И. С. Толкование международных договоров. М., 1959; Лукин П. И. Источники международного права. М., 1960; Курс международного права: в 6 т. М., 1967. Т. 1.; Тункин Г. И.



 $<sup>^{\</sup>scriptscriptstyle 1}$  Report of the Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice, 10 February 1944 // British Parliamentary Papers. 1944.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Official Journal of the League of Nations. 1946. Special supplement. № 194. P. 100.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Kelsen H. Principles of International Law. N. Y., 1952. P. 394.

⁴ Фердросс А. Международное право. М., 1959. С. 164–165.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Schwarzenberger G. A Manual of International Law. 5th ed. L., 1967. P. 255.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Vellas P. Droit international public. P., 1970. P. 21.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Capotorti F. Cours general de droit international public // Recueil de Cours. Collected courses of the Hague academy of international law 1994-IV. Dordrecht; Boston; L., 1995. T. 248. P. 123–124.

по утверждению И. С. Перетерского, «было бы необоснованным использование решений Палаты в качестве имеющих юридическую силу прецедентов для разрешения аналогичных дел другими органами... Нужно подчеркнуть, что это относится, в частности, к Международному Суду ООН, который является новым судом. Поэтому Международный Суд ни в какой степени не может быть признан связанным взглядами, выработанными покончившей свое существование Палатой»<sup>1</sup>. Однако данная позиция показала свою нежизнеспособность.

Среди тех, кто придерживался иных взглядов, можно выделить таких известных юристов, как А. Нуссбаум, Г. Лаутерпахт, Дж. Фицморис, О'Коннел и др. А. Нуссбаум, комментируя п. 1 ст. 38 Статута Международного суда ООН, заявлял: «Это четырехстороннее направление, которое принято Уставом Организации Объединенных Наций для новой Международной палаты правосудия, дает возможность Палате заполнить зияющую дыру в праве народов в каждом отдельном случае, а значит, для практических целей дает возможность создавать новые правила»<sup>2</sup>. По словам Γ. Лаутерпахта, международные суды констатируют, что есть право, их решения выступают свидетельством существования нормы права. «Это не означает, что они не являются фактически источниками международного права. Дело в том, что различие между свидетельством и источником многих норм права является более надуманным и не столь четким, чем обычно думают... Поскольку они показывают, каковы нормы международного права, они в значительной мере идентичны им»<sup>3</sup>. Особое значение международных судов в процессе создания норм международного права подчеркивал Дж. Фицморис: «Международное сообщество находится... в особой зависимости от международных судов в деле развития и уточнения права и придания ему более основательной силы, чем та, которая может основываться на часто различной и неопределенной практике государств или на мнениях отдельных авторов, каков бы ни был их авторитет»<sup>4</sup>. С позиций признания судебного нормотворчества выступал О'Коннел: «...роль судьи в системе международного права подобна роли судьи в системе общего права, где он занимает главное место в формулировании общих принципов, в их применении и изменении путем ссылок на соответствующее стечение обстоятельств, в их расширении путем аналогии и выводов из принятой гипотезы»<sup>5</sup>.

Следует отметить также позицию некоторых ученых, не признающих судебные решения в качестве источников права, но, вместе с тем, не отвергающих самой возможности международных судов создавать нормы права. Так, Л. Оппенгейм отмечал: «Весьма вероятно, что ввиду трудностей, возникающих при кодификации международного права, международные суды в будущем будут выполнять – незаметно, но эффективно – значительную часть задачи развития международного права» 6. «В отличие от доктрины и несмотря на постановление ст. 38, – пишут Нгуен Куок Дин, П. Дайе, А. Пелле, – судебные решения могут создавать прецеденты, генерирующие

Теория международного права. М., 1970; Курс международного права. М., 1972; Курс международного права: в 7 т. М., 1989. Т. 1.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Перетерский И. С. Указ. соч. С. 69.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Nussbaum A. A Concise History of the Law of Nations. N. Y., 1947. P. 267.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court. L., 1958. P. 21.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Fitzmaurice D. Hersch Lauterpacht «The Scholar as Judge» // British Yearbook of International Law 1961. 1962. Vol. 37. P. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> O'Connell D. P. International Law. L., 1965. Vol. 1. P. 28.

 $<sup>^6</sup>$  Оппенгейм Л. Международное право: в 2 т. М., 1948. Т. 1. Полут. 1. С. 50.



обычные нормы, и таким образом непосредственно участвовать в процессе создания норм права» $^1$ .

Вместе с тем в современной западной науке расширяется круг сторонников признания международного судебного нормотворчества. «Показательно, – отмечает В. Г. Буткевич, – что даже те, кто отрицал за судебными решениями признаки источников права (А. Фердросс, Г. Шварценбергер, Г. Лаутерпахт и др.), впоследствии изменили свое мнение... А. Фердросс в конце 50-х годов утверждал, что судебное решение не может базироваться на предыдущем судебном решении. После избрания его судьей Европейского Суда по правам человека он изменил свою позицию на противоположную. Г. Шварценбергер также изменил свою позицию от утверждения, что "решения международных судов имеют лишь убеждающее характер", к утверждению, что такие решения являются обязательными с правовой точки зрения источниками международного права»<sup>2</sup>.

Влияние судебной практики как на принятие решений Международным судом ООН, так и в целом на процесс создания норм международного права признается и представителями отечественной науки. «Решения Суда, которые соответствуют международному праву и тенденциям его развития, – писал  $\Gamma$ . И. Тункин, – приобретают значительный вес, и на них нередко ссылаются»<sup>3</sup>. Такие ссылки на судебные решения объясняются фактом наличия в них норм права, но, как правило, происхождение этих норм не связывают с деятельностью Суда. «Важная роль международных судов состоит в том, чтобы подметить в разнообразной практике государств международный обычай, иногда выразить его в форме международно-правового принципа...»<sup>4</sup>. По утверждению  $\Gamma$ . И. Тункина, «решения Международного суда входят в процесс нормообразования как часть международной практики в том, что касается констатации наличия норм международного права или их толкования»<sup>5</sup>.

В изданном в 1986 г. Дипломатической академией МИД СССР «Словаре международного права» также указывается на то, что «международная судебная практика, создавая прецеденты, может подтверждать существующие международно-правовые нормы или способствовать созданию новых» б. Данный подход распространен и в современной отечественной доктрине международного права. При этом в последние годы в литературе наблюдается тенденция к развитию указанной позиции. Например, по словам А. Я. Капустина, «практика Международного суда ООН показывает, что Суд демонстрирует определенную тенденцию применять юридические правила, сформулированные им самим, что он ссылается на них, выводя их из общих принципов права и из конвенционной или обычно-правовой межгосударственной практики» 7. Р. А. Каламкарян также обращает внимание на то, что решения Международного суда ООН выступают «в ряде случаев (при наличии соответствующих обстоятельств) – в качестве прецедентов при урегулировании аналогичных споров» 8.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Dinh Nguyen Quoc, Dailler P., Pellet A. Droit international public. P., 1980. P. 344.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії. Київ, 2002. С. 135.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Курс международного права: в 7 т. М., 1989. Т. 1. С. 217.

 $<sup>^4</sup>$  Курс международного права: в 6 т. М., 1967. Т. 1. С. 195.

 $<sup>^5</sup>$  *Тункин Г. И.* Теория международного права. М., 2009. С. 163.

<sup>6</sup> Словарь международного права. М., 1986. С. 357.

 $<sup>^{7}</sup>$  Капустин А. Я. Организация Объединенных Наций и развитие современного международного права (к 60-летию ООН) // Вестн. Рос. ун-та дружбы народов. Сер.: Юрид. науки. 2005. № 2. С. 91.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Каламкарян Р. А. Международный суд в миропорядке на основе господства права. М., 2012. С. 218.

Большинство взглядов на рассматриваемую проблему было сформировано в отечественной науке международного права в 50-70-е гг. XX в., т. е. в период, когда международные суды еще находились в начале своего развития, и поэтому их вряд ли можно признать полностью объективными применительно к современным условиям. Немаловажным аспектом, обусловившим развитие в науке подходов, исключавших иную оценку значения деятельности международных судебных органов, стала и политическая ситуация в мире, связанная с наличием противоборствующих идеологических систем. По мнению судьи Международного суда ООН (1995–2006 гг.) В. С. Верещетина, «неуверенность в объективности решений, принимаемых классово чуждым большинством членов Суда, служила одной из причин негативного отношения к Суду в прошлом»<sup>1</sup>. В обстановке такого недоверия признание юридической обязательности правоположений, сформулированных судьями, представлявшими буржуазную юридическую науку, чуждую социалистическому мировоззрению, представлялось недопустимым. Однако сегодня определение роли международных судебных органов в создании международного права с позиции советской идеологии видится неприемлемым. Тем не менее приходится констатировать, что указанный подход поддерживается и в настоящее время рядом юристов-международников. Так, по мнению С. В. Черниченко, «...следует дать однозначный ответ: Международный Суд правотворчеством не занимается. Любые попытки обосновать возможность правотворческой деятельности Суда направлены на отход от Статута и Устава ООН, частью которого Статут является»<sup>2</sup>.

Вместе с тем как в науке, так и на практике мы можем наблюдать (особенно в последние десятилетия) проявление тенденции, связанной с признанием большого вклада Международного суда ООН в нормотворческой сфере. «Хорошо известна роль Суда, – отмечает В. С. Верещетин, – в формировании ряда принципов делимитации территориального моря, континентального шельфа и исключительной экономической зоны, принципов, которые нашли свое закрепление в соответствующих конвенциях по морскому праву»<sup>3</sup>. С позиций признания судебного нормотворчества в международном праве выступает и К. А. Бекяшев, высказывающий мнение о том, что «нормы международного права развиваются, уточняются и конкретизируются Международным судом ООН и другими судебными учреждениями»<sup>4</sup>.

Формирование Международным судом ООН прецедентного права признается как самим Судом, так и иными органами системы ООН. В частности, в мотивировочной части решений и консультативных заключений Суд регулярно ссылается на выводы, изложенные в своих прежних решениях, как на прецеденты, служащие нормативной основой для разрешения спора. Применительно к своим решениям и решениям Постоянной палаты международного правосудия Судом используется термин «прецедентное право» 5. Обращение в последующем к выработанному Судом положению,

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> См., например: решения Международного суда ООН от 5 октября 2016 г. по делу «Обязательства, касающиеся переговоров, связанных с прекращением гонки ядерных вооружений и ядерным разоружением (Маршалловы острова против Индии)» (п. 34); от 17 марта 2016 г. по делу «Предполагаемые нарушения суверенных прав и морских пространств в Карибском море (Никарагуа против Колумбии)» (п. 50); от 1 апреля



 $<sup>^1</sup>$  Верещетин В. С. Международный суд ООН на новом этапе // Москов. журн. междунар. права. 2002. № 2. С. 74.

 $<sup>^2</sup>$  Черниченко С. В. Теория международного права: в 2 т. Т. 1: Современные теоретические проблемы. М., 1999. С. 24.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Верещетин В. С. Указ. соч. С. 76.

 $<sup>^4</sup>$  *Бекяшев К. А.* Правотворчество в международном праве // Lex Russica. 2004. № 3. С. 788.

закрепленному в принятых им актах, воспринимается как ссылка на норму международного права. На данные положения государства часто ссылаются, отстаивая свои интересы как в Международном суде, так и в различных международных структурах. При этом представители государств обычно уверены в том, что Международный суд должен следовать своим прежним решениям.

Термин «прецедентное право Международного Суда» достаточно распространен в рамках ООН и используется в различных официальных документах, принимаемых органами, входящими в структуру организации.

Практика отсылок к прежним судебным решениям, носящим прецедентный характер, существует и в деятельности таких международных судебных учреждений, как Международный трибунал по морскому праву, ОРС ВТО, Международный трибунал по бывшей Югославии и др.

Еще более ярко нормотворческая функция проявляется в деятельности некоторых региональных судов. Среди них особое место занимает Суд Европейского союза. В отличие от Статута Международного суда ООН договоры о создании Европейских сообществ не закрепили перечня источников, применяемых данным судебным органом при рассмотрении споров. В соответствии со ст. 164 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (ЕЭС), ст. 31 Договора об учреждении Европейского объединения угля и стали (ЕОУС) и ст. 136 Договора об учреждении Европейского сообщества по атомной энергии (Евратом) на Суд возлагается общая задача по обеспечению сохранения единообразия права Сообщества при толковании и применении названных договоров. В настоящее время данное положение закреплено в ст. 19 Договора о Европейском союзе, согласно которой Суд «обеспечивает соблюдение права в ходе толкования и применения Договоров».

Выполнение данной задачи потребовало весьма широких полномочий Суда ЕС. При этом в ряде случаев итогом такой деятельности являются создание, изменение либо прекращение действия норм права. В связи с этим обоснованным представляется утверждение М. Н. Марченко о том, что Европейский суд выступает одновременно в «трех лицах» и «исходящие от него акты толкования в силу своего нормативного и строго обязательного для всех институтов, имеющих дело с правом Европейского союза, содержания являются не только актами толкователя этого права, но и актами правотворца, законодателя»<sup>1</sup>.

В соответствии со ст. 263 Договора о функционировании Европейского союза в компетенцию Суда входит осуществление контроля правомерности актов, принимаемых институтами, органами и учреждениями ЕС. При этом под правомерностью понимается соответствие правовых актов Европейского союза как учредительным документам (договорам) и другим источникам, обладающим в отношении данных актов более высокой юридической силой (например, соответствие делегированных или исполнительных актов Комиссии законодательным актам Европейского парламента и Совета), так и общим принципам права.

Другой прерогативой Суда является его право на толкование договоров и актов институтов, органов или учреждений Союза. Толкование осуществляется Судом ЕС как в ходе рассмотрения иска, так и при принятии решения в преюдициальном порядке



<sup>2011</sup> г. по делу «О применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации ( $\Gamma$ рузия против Poccuu)» (п. 30); от 6 июля 2010 г. по делу «Юрисдикционные иммунитеты государства ( $\Gamma$ ермания против  $\Gamma$ имлии)» (п. 23).

 $<sup>^1</sup>$  Марченко М. Н. Европейский союз и его судебная система. М., 2014. С. 133–134.

по запросу какого-либо национального суда. Данные полномочия Суда закреплены в ст. 267 Договора о функционировании ЕС, согласно которой Суд Европейского союза полномочен выносить решения в преюдициальном порядке о толковании Договоров, действительности и толковании актов институтов, органов или учреждений Союза. Когда подобный вопрос ставится перед юрисдикционным органом государства-члена, то данный орган, если считает, что постановление по этому вопросу необходимо ему для разрешения дела по существу, может обратиться к Суду Европейского союза с запросом о вынесении такого постановления. Когда упомянутый вопрос ставится в деле, находящемся на рассмотрении в национальном юрисдикционном органе, решения которого, согласно внутреннему праву, не подлежат судебному обжалованию, данный орган обязан обратиться в Суд Европейского союза. «При этом национальный суд в своем решении следует за предварительным решением Суда европейских сообществ прежде всего потому, что у него нет и не может быть другого такого правового основания для решения» 1.

Такие предварительные решения Суда ЕС воспринимаются национальными судами в качестве правовых актов, которым они обязаны следовать во всех случаях, когда возникает аналогичный вопрос. Важность данной функции Суда ЕС подчеркнута в подготовленном в 2000 г. докладе Рабочей группы по будущему судебной системы европейских сообществ, в котором преюдициальная процедура названа «краеугольным камнем коммунитарного правопорядка», «наиболее эффективным средством обеспечения единообразного применения коммунитарного права», «исключительным фактором интеграции»<sup>2</sup>.

Практика Суда ЕС показывает, что в некоторых случаях Суд весьма расширительно толкует положения учредительных договоров, создавая, по сути, новые нормы. Такая вольная интерпретация положений европейских договоров зачастую используется Судом для того, чтобы закрепить те или иные полномочия за каким-либо из органов ЕС, которые учредительными актами не предусматривались. В деле С-70/88 «European Parliament v. Council» (1990 г.) Суд фактически расширил полномочия Парламента, признав за ним право подачи исков об аннулировании актов Совета или Комиссии в соответствии с § 2 ст. 146 Договора об учреждении Евратома, несмотря на то что данная статья содержит исчерпывающий перечень истцов, к которым относятся государства-члены, Совет и Комиссия ЕС.

Новые нормы и принципы, регулирующие взаимоотношения государств-участников ЕС, устанавливаются Судом также при наличии пробела в праве. В законодательстве большинства государств отсутствует норма, закрепляющая приоритет европейского права перед внутригосударственным. Суд ЕС восполнил этот пробел, установив в ряде своих решений принцип прямого действия и приоритета права Сообществ на территории государств-членов³. Сегодня данный принцип является основополагающим в вопросе соотношения коммунитарного и национального права. Приверженность принципу верховенства, как его сформулировал Суд, государства-члены подтвердили в Декларации о примате № 17 к Заключительному акту 2007/С 306/02 Межправительственной конференции 2007 г. Текст Декларации гласит: «Конференция напоминает, что согласно устойчивой судебной практике

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Case 26/62 «Van Gend en Loos v Administratie der Belastingen»; case 6/64 «Costa v. ENEL»; case 11/70 «Internationale Handelsgesellschaft».



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Топорнин Б. Н. Европейское право. М., 1998. С. 423.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> *Толстых В. Л.* Международные суды и их практика. М., 2015. С. 417.

Суда Европейского союза Договоры и право, создаваемое Союзом на основании Договоров, обладают приматом над правом государств-членов на условиях, определенных упомянутой судебной практикой»<sup>1</sup>. Суду принадлежит роль создателя и таких важнейших принципов в системе права Союза, как принцип правового единства ЕС, принцип автономии правового порядка ЕС и др.

Примером создания иного рода норм может служить постановление от 17 декабря 1980 г. по делу 149/79 «Commission v. Belgium». В нем сформулировано определение государственной службы, которому отныне, вне зависимости от положений внутригосударственного законодательства, должны следовать национальные суды странучастников ЕС.

Суд ЕС при рассмотрении дел, касающихся невыполнения государством-членом своих обязательств, вправе высказываться по поводу соответствия национального права праву Союза. Хотя Суд и не обладает непосредственным правом отменять внутригосударственные нормативные акты, он «компетентен указать государству на необходимость отменить противоречащий закон исходя из соображения его несоответствия положениям интеграционного права»<sup>2</sup>. Так, в постановлении от 12 июля 1973 г. по делу 70/72 «Commission v. Germany» Суд обратил внимание государств-членов на то, что в их обязанности входит отмена национальных нормативных актов, противоречащих праву Сообществ. Он добавил также, что постановление об отмене должно иметь обратную силу. В решении от 14 декабря 1982 г. по объединенным делам 314-316/81 и 83/82 «Procureur de la République v. Waterkeyn» Суд указал, что если он приходит к заключению о том, что национальное законодательство противоречит праву сообществ, это порождает обязанность у соответствующего государства-члена внести в него необходимые изменения. При этом в случае непринятия государством мер, указанных в решении, Суд в соответствии со ст. 260 Договора о функционировании ЕС может возложить на это государство обязанность по уплате фиксированной суммы или пени.

Признание за решениями Суда ЕС общего нормативного характера сегодня не вызывает сомнения ни у западных, ни у отечественных ученых<sup>3</sup>. Решения Суда по конкретным делам, как затрагивающие вопросы толкования норм права Сообществ, так и формулирующие новые нормы, признаются источниками права ЕС, которые связывают и спорящие стороны, и все иные государства-члены. Данные решения служат прецедентом для национальных судебных органов. Сегодня все чаще звучат заявления о том, что прецедентное право в Сообществах «соответствует принципу

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Boulouis J. Droit institutionnel des Communautes europeennes. P., 1984. P. 126–127; Lasok D., Bridge J. W. Introduction to the Law and Institutions of the European Communities. L., 1982. P. 48; Derlen M., Lindholm J. Characteristics of Precedent: The Case Law of the European Court of Justice in three Dimensions // German Law Journal. 2015. Vol. 16. № 5. P. 1073–1098; Jacob M. Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business. Cambridge, 2014; The Role and Future of the European Court of Justice / ed. by S. Hadley. L., 1996; Европейское право / под ред. А. И. Абдуллина, Ю. С. Безбородова. М., 2015. С. 26; Интеграционное правосудие: сущность и перспективы / отв. ред. С. Ю. Кашкин, М., 2014. С. 18–21; Исполинов А. С. Прецедент в практике Суда Европейского Союза // Междунар. правосудие. 2016. № 3. С. 64–77; Капустин А. Я. Европейский Союз: интеграция и право. М., 2000. С. 315–316; Клемин А. В. Указ. соч. С. 13; Марченко М. Н. Указ. соч. С. 124–139; Энтин М. Л. Суд европейских сообществ: правовые формы обеспечения западноевропейской интеграции. М., 1987. С. 36.



 $<sup>^1</sup>$  *Кашкин С. Ю.*, *Четвериков А. О.* Европейский союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. 2007 // СПС «КонсультантПлюс».

 $<sup>^2</sup>$  Клемин А. В. Европейский союз и государства-участники: взаимодействие правовых порядков (практика ФРГ). Казань, 1996. С. 136–137.

господства права»<sup>1</sup>. Национальный суд не может игнорировать решения Суда ЕС и должен разрешать споры, опираясь на его позицию. Сам Суд ЕС обычно следует ранее принятым решениям, но практика знает и примеры отступления Суда от созданного им прецедента<sup>2</sup>.

Большое значение в формировании международных стандартов прав человека принадлежит специализированным региональным судам в области прав человека. За годы своей деятельности Европейским Судом по правам человека и Межамериканским судом по правам человека сформированы самостоятельные системы прецедентного права, признаваемые государствами. По аналогичному пути идет Африканский суд по правам человека и народов, начавший рассматривать дела с 2006 г.

Феномен прецедентного права известен и такому международному судебному учреждению, как Экономический суд СНГ, созданному на основании Соглашения о статусе Экономического суда Содружества Независимых Государств от 6 июля 1992 г. В отличие от рассмотренных выше международных судебных органов, документы, регламентирующие деятельность Экономического суда СНГ, прямо указывают на право Суда создавать прецеденты. Прежде всего это вытекает из утвержденного названным Соглашением Положения об Экономическом суде Содружества Независимых Государств, в соответствии с которым Экономический суд не может отказаться от разрешения спора за отсутствием или неясностью подлежащей применению нормы права (п. 3). Данное положение получило свое развитие в Регламенте Экономического суда СНГ, утвержденном постановлением Пленума данного Суда 10 июля 1997 г. Согласно п. 29 Регламента коллегии Экономического суда рассматривают дела и разрешают споры на основе норм материального права, применяя, наряду с актами органов и институтов Содружества, международными договорами, обычаями, общепризнанными принципами международного права, общими принципами права, признанными в государствах-участниках Содружества, и такие источники, как постановления Пленума и иные решения Экономического суда, носящие прецедентный характер. При этом в п. 97 Регламента отмечается, что решение коллегии Экономического суда может носить прецедентный характер как для государствучастников Соглашения о статусе Экономического суда, так и для органов и институтов Содружества.

Эти положения находят подтверждение на практике. В качестве примера можно привести решение Экономического суда от 3 октября 1996 г. по делу № С-1/15-96, которое гласит: «...в соответствии с решениями Экономического Суда Содружества Независимых Государств № 03/94 от 14.12.1994 г. "О ненадлежащем выполнении Правительством Республики Казахстан Соглашения от 09.02.1992 г." и № 04/95 от 30.03.1995 г. "О ненадлежащем выполнении Правительством Республики Казахстан Соглашения от 04.08.1993 г. и погашении им задолженности Республике Беларусь", обязательства, принятые хозяйствующими субъектами и территориальными образованиями в развитие межправительственных соглашений и согласованные на уровне правительств, рассматриваются как обязательства данных правительств. Поскольку в соответствии с Регламентом Экономического Суда Содружества Независимых Государств Экономический Суд вправе при вынесении решений использовать общепризнанные прин

 $<sup>^3</sup>$  Действовавший ранее Регламент Экономического суда СНГ от 5 июля 1994 г. содержал аналогичные положения.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> *Топорнин Б. Н.* Указ. соч. С. 410.

 $<sup>^2</sup>$  Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества. М., 1998. С. 87–88.

ципы международного права (а данные принципы допускают использование в качестве источника международного права и решения международных судов, принятые в соответствии с их компетенцией), указанные выше решения Экономического Суда как носящие прецедентный характер могут быть использованы в целях разрешения данного спора между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Казахстан».

На необходимость следования выводам Экономического суда СНГ обращает внимание Министерство путей сообщения РФ в распоряжении от 4 марта 2003 г. № 01-1/5-02 «О решении Экономического Суда Содружества Независимых Государств».

Национальные суды также ссылаются в своей деятельности на созданные Экономическим судом СНГ прецеденты. Так, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса», разъясняя порядок отнесения на убытки расходов по конвертации национальных валют при уплате госпошлины в рублях при рассмотрении хозяйственных споров между лицами государств-участников СНГ, сослался на решение Экономического суда СНГ от 7 февраля 1996 г. № 10/95 С1/3-96 как на основополагающий акт по данному вопросу.

Деятельность Экономического суда СНГ в контексте рассматриваемой проблемы представляет особый интерес. Во-первых, этот судебный орган создан государствами (в том числе Российской Федерацией), официально не признававшими прецедент в качестве источника ни во внутригосударственном, ни в международном праве. Однако практика показывает, что потребность в судебном прецеденте существует. Более того, он просто необходим по причине несовершенства норм, регламентирующих отношения в рамках СНГ. Во-вторых, государства признали, что решение Экономического суда может служить в качестве прецедента для национальных судов. Тем самым констатируется, что суд должен следовать прецедентной норме, как и любой иной норме международного права. Косвенным подтверждением признания решений Суда в качестве нормативного регулятора является их включение в Единый реестр правовых актов и других документов Содружества Независимых Государств, созданный в соответствии с Положением, утвержденным Решением Совета глав правительств Содружества Независимых Государств от 15 сентября 2004 г.

Определенный интерес представляет и подход Суда Евразийского экономического сообщества (Суд ЕврАзЭС). Основываясь на положении п. 1 ст. 13 Статута Суда, возлагавшего на Суд задачу по обеспечению единообразного применения Договора об учреждении Евразийского экономического сообщества от 10 октября 2000 г. и других заключенных в рамках ЕврАзЭС международных договоров и принимаемых органами ЕврАзЭС решений<sup>1</sup>, Суд в постановлении от 8 апреля 2013 г. указал, что его решение действует применительно не только к лицам, участвующим в деле, но и к неограниченному кругу лиц (erga omnes), и постановил в резолютивной части: «Правоприменительную практику судов государств – членов Таможенного союза... в отношении аналогичных дел привести в соответствие с настоящим решением». Из данного судебного акта следует, что Суд ЕврАзЭС однозначно признал прецедентный характер своих решений.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Действие Статута Суда Евразийского экономического сообщества приостановлено с 1 января 2015 г.



Суд Евразийского экономического союза (Суд ЕАЭС), начавший свою деятельность в 2015 г., также исходит из необходимости следования как собственным правовым позициям, так и позициям Суда ЕврАзЭС по ранее вынесенным решениям<sup>1</sup>.

Таким образом, судебное нормотворчество весьма активно проявляет себя не только во внутригосударственном, но и в международном праве.

### Список литературы

*Beckett W.-E.* Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale // Recueil de Cours. Collected courses of the Hague academy of international law. 1932. Vol. 39. T. I.

Boulouis J. Droit institutionnel des Communautes europeennes. P., 1984.

*Capotorti F.* Cours general de droit international public // Recueil de Cours. Collected courses of the Hague academy of international law 1994-IV. Dordrecht; Boston; L., 1995. T. 248.

Derlen M., Lindholm J. Characteristics of Precedent: The Case Law of the European Court of Justice in three Dimensions // German Law Journal. 2015. Vol. 16.  $\mathbb{N}^{0}$  5.

Dinh Nguyen Quoc, Dailler P., Pellet A. Droit international public. P., 1980.

Fiore P. Le droit international codifié et sa sanction juridique. P., 1890.

Fitzmaurice D. Hersch Lauterpacht «The Scholar as Judge» // British Yearbook of International Law 1961. 1962. Vol. 37.

Jacob M. Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business. Cambridge, 2014.

Kelsen H. Principles of International Law. N. Y., 1952.

Lasok D., Bridge J. W. Introduction to the Law and Institutions of the European Communities. L., 1982.

Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court. L., 1958.

Lauterpacht H. The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice. L., 1934.

Nussbaum A. A Concise History of the Law of Nations. N. Y., 1947.

O'Connell D. P. International Law. L., 1965. Vol. 1.

Pradier-Fodere P. Traité de droit international public européen et américain. P., 1885-1906.

Report of the Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice, 10 February 1944 // British Parliamentary Papers. 1944. Misc.  $\mathbb{N}_2$  2. Cmd. 6531.

*Scelle G.* Essai sur les sources formelles du droit international // Recueil d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Geny. Sirey, 1935 [reprint 1977]. T. III.

Schwarzenberger G. A Manual of International Law. 5th ed. L., 1967.

The Role and Future of the European Court of Justice / ed. by S. Hadley. L., 1996.

Vellas P. Droit international public. P., 1970.

Weiss A. L'Arbitrage de 1909 entre la Bolivie et le Pérou // Revue générale de droit international public. 1910. Vol. 17.

*Бекяшев К. А.* Правотворчество в международном праве // Lex Russica. 2004. № 3.

Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії. Київ, 2002.

*Верещетин В. С.* Международный суд ООН на новом этапе // Москов. журн. междунар. права. 2002. № 2.

 $Bиноградов \ \Pi. \ \Gamma.$  Правовой и политический аспекты Лиги Наций // Россия на распутье: историкопублицистические статьи. М., 2008.

Голубев Н. Н. Международные третейские суды XIX века. Очерки теории и практики. М., 1903.

Европейское право / под ред. А. И. Абдуллина, Ю. С. Безбородова. М., 2015.

Захаров Н. А. Курс общего международного права. Пг., 1917.

Интеграционное правосудие: сущность и перспективы / отв. ред. С. Ю. Кашкин, М., 2014.

Исполинов А. С. Прецедент в практике Суда Европейского Союза // Междунар. правосудие. 2016. № 3.

Каламкарян Р. А. Международный суд в миропорядке на основе господства права. М., 2012.

Камаровский Л. А. О международном суде. М., 2007.

Камаровский Л. А. Основные вопросы науки международного права. М., 1895.

Капустин А. Я. Европейский Союз: интеграция и право. М., 2000.

 $<sup>^1</sup>$  Особые мнения судей Нешатаевой Т. Н., Чайки К. Л. по Постановлению Большой коллегии Суда от 17 января 2018 года // URL: http://courteurasian.org/page-25501.



*Капустин А. Я.* Организация Объединенных Наций и развитие современного международного права (к 60-летию ООН) // Вестн. Рос. ун-та дружбы народов. Сер.: Юрид. науки. 2005. № 2.

 $\it Kaukuh C. IO., Четвериков A. O. Европейский союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. 2007 // СПС «Консультант<math>\Pi$ люс».

 $\mathit{Клемин}$   $\mathit{A. B.}$  Европейский союз и государства-участники: взаимодействие правовых порядков (практика ФРГ). Казань, 1996.

Курс международного права. М., 1972.

Курс международного права: в 7 т. М., 1989. Т. 1.

Курс международного права: в 6 т. М., 1967. Т. 1.

Левин Д. Б. Основные проблемы современного международного права. М., 1958.

Лукин П. И. Источники международного права. М., 1960.

*Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов: в 2 т. М., 1996. Т. 1.

Марченко М. Н. Европейский союз и его судебная система. М., 2014.

Оппенгейм Л. Международное право: в 2 т. М., 1948. Т. 1. Полут. 1.

Особые мнения судей Нешатаевой Т. Н., Чайки К. Л. по Постановлению Большой коллегии Суда от 17 января 2018 года // URL: http://courteurasian.org/page-25501.

Перетерский И. С. Толкование международных договоров. М., 1959.

Полянский Н. Н. Международный Суд. М., 1951.

Словарь международного права. М., 1986.

Толстых В. Л. Международные суды и их практика. М., 2015.

Топорнин Б. Н. Европейское право. М., 1998.

Тункин Г. И. Теория международного права. М., 1970.

Тункин Г. И. Теория международного права. М., 2009.

Уляницкий В. А. Международное право // Золотой фонд российской науки международного права: в 3 т. М., 2010. Т. 3.

Фердросс А. Международное право. М., 1959.

Хадсон М. О. Международные суды в прошлом и будущем. М., 1947.

Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества. М., 1998.

Циммерман М. А. Очерки нового международного права. Прага, 1924.

*Черниченко С. В.* Теория международного права: в 2 т. Т. 1: Современные теоретические проблемы. М., 1999.

Энтин M. Л. Суд европейских сообществ: правовые формы обеспечения западноевропейской интеграции. М., 1987.

### References

*Beckett W.-E.* Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale // Recueil de Cours. Collected courses of the Hague academy of international law. 1932. Vol. 39. T. I.

Bekyashev K. A. Pravotvorchestvo v mezhdunarodnom prave // Lex Russica. 2004. № 3.

Boulouis J. Droit institutionnel des Communautes europeennes. P., 1984.

Butkevich V. G., Mitsik V. V., Zadorozhnii O. V. Mizhnarodne pravo. Osnovi teoriï. Kiïv, 2002.

*Capotorti F.* Cours general de droit international public // Recueil de Cours. Collected courses of the Hague academy of international law 1994-IV. Dordrecht; Boston; L., 1995. T. 248.

Chernichenko S. V. Teoriya mezhdunarodnogo prava: v 2 t. T. 1: Sovremennye teoreticheskie problemy. M., 1999.

Derlen M., Lindholm J. Characteristics of Precedent: The Case Law of the European Court of Justice in three Dimensions // German Law Journal. 2015. Vol. 16.  $\mathbb{N}^{0}$  5.

Dinh Nguyen Quoc, Dailler P., Pellet A. Droit international public. P., 1980.

*Entin M. L.* Sud evropeiskikh soobshchestv: pravovye formy obespecheniya zapadnoevropeiskoi integratsii. M., 1987.

Evropeiskoe pravo / pod red. A. I. Abdullina, Yu. S. Bezborodova. M., 2015.

Ferdross A. Mezhdunarodnoe pravo. M., 1959.

Fiore P. Le droit international codifié et sa sanction juridique. P., 1890.

Fitzmaurice D. Hersch Lauterpacht «The Scholar as Judge» // British Yearbook of International Law 1961. 1962. Vol. 37.

Golubev N. N. Mezhdunarodnye treteiskie sudy XIX veka. Ocherki teorii i praktiki. M., 1903.

Integratsionnoe pravosudie: sushchnost' i perspektivy / otv. red. S. Yu. Kashkin, M., 2014.



*Ispolinov A. S.* Pretsedent v praktike Suda Evropeiskogo Soyuza // Mezhdunar. pravosudie. 2016. № 3.

Jacob M. Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business. Cambridge, 2014.

Kalamkaryan R. A. Mezhdunarodnyi sud v miroporyadke na osnove gospodstva prava. M., 2012.

Kamarovskii L. A. O mezhdunarodnom sude. M., 2007.

Kamarovskii L. A. Osnovnye voprosy nauki mezhdunarodnogo prava. M., 1895.

Kapustin A. Ya. Evropeiskii Soyuz: integratsiya i pravo. M., 2000.

*Kapustin A. Ya.* Organizatsiya Ob"edinennykh Natsii i razvitie sovremennogo mezhdunarodnogo prava (k 60-letiyu OON) // Vestn. Ros. un-ta druzhby narodov. Ser.: Yurid. nauki. 2005. № 2.

*Kashkin S. Yu., Chetverikov A. O.* Evropeiskii soyuz: osnovopolagayushchie akty v redaktsii Lissabonskogo dogovora s kommentariyami. 2007 // SPS «Konsul'tantPlyus».

Kelsen H. Principles of International Law. N. Y., 1952.

Khadson M. O. Mezhdunarodnye sudy v proshlom i budushchem. M., 1947.

Khartli T. K. Osnovy prava Evropeiskogo soobshchestva. M., 1998.

Klemin A. V. Evropeiskii soyuz i gosudarstva-uchastniki: vzaimodeistvie pravovykh poryadkov (praktika FRG). Kazan', 1996.

Kurs mezhdunarodnogo prava. M., 1972.

Kurs mezhdunarodnogo prava: v 6 t. M., 1967. T. 1.

Kurs mezhdunarodnogo prava: v 7 t. M., 1989. T. 1.

Lasok D., Bridge J. W. Introduction to the Law and Institutions of the European Communities. L., 1982.

Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court. L., 1958.

Lauterpacht H. The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice. L., 1934.

Levin D. B. Osnovnye problemy sovremennogo mezhdunarodnogo prava. M., 1958.

Lukin P. I. Istochniki mezhdunarodnogo prava. M., 1960.

Marchenko M. N. Evropeiskii soyuz i ego sudebnaya sistema. M., 2014.

Martens F. F. Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo tsivilizovannykh narodov: v 2 t. M., 1996. T. 1.

Nussbaum A. A Concise History of the Law of Nations. N. Y., 1947.

O'Connell D. P. International Law. L., 1965. Vol. 1.

Oppengeim L. Mezhdunarodnoe pravo: v 2 t. M., 1948. T. 1. Polut. 1.

Osobye mneniya sudei Neshataevoi T. N., Chaiki K. L. po Postanovleniyu Bol'shoi kollegii Suda ot 17 yanvarya 2018 goda // URL: http://courteurasian.org/page-25501.

Pereterskii I. S. Tolkovanie mezhdunarodnykh dogovorov. M., 1959.

Polyanskii N. N. Mezhdunarodnyi Sud. M., 1951.

Pradier-Fodere P. Traité de droit international public européen et américain. P., 1885-1906.

Report of the Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice, 10 February 1944 // British Parliamentary Papers. 1944. Misc. № 2. Cmd. 6531.

*Scelle G.* Essai sur les sources formelles du droit international // Recueil d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de Francois Geny. Sirey, 1935 [reprint 1977]. T. III.

Schwarzenberger G. A Manual of International Law. 5th ed. L., 1967.

Slovar' mezhdunarodnogo prava. M., 1986.

The Role and Future of the European Court of Justice / ed. by S. Hadley. L., 1996.

Tolstykh V. L. Mezhdunarodnye sudy i ikh praktika. M., 2015.

Topornin B. N. Evropeiskoe pravo. M., 1998.

Tsimmerman M. A. Ocherki novogo mezhdunarodnogo prava. Praga, 1924.

Tunkin G. I. Teoriya mezhdunarodnogo prava. M., 1970.

Tunkin G. I. Teoriya mezhdunarodnogo prava. M., 2009.

*Ulyanitskii V. A.* Mezhdunarodnoe pravo // Zolotoi fond rossiiskoi nauki mezhdunarodnogo prava: v 3 t. M., 2010. T. 3.

Vellas P. Droit international public. P., 1970.

 $Vereshchetin\ V.\ S.$  Mezhdunarodnyi sud OON na novom etape // Moskov. zhurn. mezhdunar. prava. 2002.  $\mathbb{N}_2$  2.

*Vinogradov P. G.* Pravovoi i politicheskii aspekty Ligi Natsii // Rossiya na rasput'e: istoriko-publitsisticheskie stat'i. M., 2008.

Weiss A. L'Arbitrage de 1909 entre la Bolivie et le Pérou // Revue générale de droit international public. 1910. Vol. 17.

Zakharov N. A. Kurs obshchego mezhdunarodnogo prava. Pg., 1917.





### ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД И РОССИЯ: КАЗНИТЬ НЕЛЬЗЯ ПОМИЛОВАТЬ

#### Лихачев Максим Александрович

Доцент кафедры международного и европейского права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук, доцент (Екатеринбург), e-mail: ledroitint@gmail.com

Представлен анализ текущего состояния отношений России и Европейского Суда по правам человека. Автор на отдельных примерах показывает необоснованность большинства упреков в адрес Суда, касающихся его предвзятого и политически ангажированного подхода к рассмотрению российских дел. Делается вывод о необходимости корректировки политики России в отношении ЕСПЧ в целях обеспечения ее деятельного участия в формировании европейского правозащитного пространства.

Ключевые слова: Россия, Совет Европы, постановления Европейского Суда по правам человека, права человека в России

# THE EUROPEAN COURT AND RUSSIA: PARDON IMPOSSIBLE TO EXECUTE

#### Likhachev Maksim

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: ledroitint@gmail.com

In the article, there is an analysis of current relations between Russia and the European Court of Human Rights. Based on certain examples, the author demonstrates that most of the critique against the ECtHR concerning its hardly biased approach towards Russian cases is unfounded. The article concludes that the Russian politics toward the ECtHR should be adjusted in order to make possible its active engagement in developing the European human rights-based domain.

Key words: Russia, Council of Europe, European Court of Human Rights judgment, human rights in Russia

В 2018 г. Россия отметила 20-летие участия в работе Европейского Суда по правам человека (далее также – ЕСПЧ, Европейский Суд, Страсбургский суд). Отношения Европейского Суда и РФ складывались непросто в течение этих двух десятилетий. Тем не менее возникающие противоречия разрешались в юридическом поле. Переломными для этих отношений стали дело Константина Маркина 2013 г. (о предоставлении длительного отпуска по уходу за ребенком военнослужащему) и последовавшее за ним постановление Конституционного Суда РФ 2015 г. Тогда был

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П по делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4



¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2013 г. № 27-П по делу о проверке конституционности положений статьи 11 и пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Ленинградского окружного военного суда.



разработан механизм, позволяющий Российской Федерации отказаться от исполнения решения Европейского Суда, если оно вступает в противоречие с российской Конституцией.

Сегодня разногласия юридического характера усугубляются политическими противоречиями стран Запада и России. Геополитическое противостояние накладывается на политизацию деятельности Европейского Суда по правам человека. Даже в европейском юридическом сообществе Страсбургский суд все чаще обвиняется в судейском активизме и ультралиберальном толковании Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее также – Европейская конвенция, Конвенция). На фоне устойчиво высокого числа жалоб против России в ЕСПЧ и его критического отношения к российской правоохранительной системе звучат предложения о денонсации Конвенции и выходе РФ из страсбургской системы<sup>1</sup>.

Тем не менее интересы России требуют ее участия в развитии европейского правозащитного пространства. Противоречия в правозащитных подходах РФ и ЕСПЧ диктуют необходимость повышения эффективности в защите российских подходов к пониманию Европейской конвенции.

### Доля российских дел в работе Европейского Суда: динамика и ключевые факторы

Доля жалоб против Российской Федерации в общем объеме работы Европейского Суда по правам человека продолжает неуклонно расти. По данным Секретариата ЕСПЧ за 2017 г., Судом рассмотрено 8042 жалобы против РФ, из которых 6886 (86 %) были признаны неприемлемыми или исключены из списка дел, подлежащих рассмотрению (ст. 35 и 37 Конвенции). По результатам судебного рассмотрения по существу оставшихся 1156 жалоб, поданных против России, принято 305 постановлений. Среди них в 96 % случаев (293 постановления) Суд признал хотя бы одно нарушение Россией прав человека по Европейской конвенции<sup>2</sup>.

По-прежнему сохраняется высокая динамика подачи жалоб против РФ. Так, в 2014 г. в Суд поступило 8913 жалобы, в 2015 г. – 6004, в 2016 г. – 5587, в 2017 г. – 8042. В настоящее время в производстве Суда находятся 9777 жалоб в отношении Российской Федерации<sup>3</sup>. Тем не менее сделать однозначный вывод о постоянном росте этого показателя нельзя.

Примечательно, что Россия остается в числе лидеров по общему количеству жалоб среди государств-ответчиков в процедуре Европейского Суда. Так, в 2017 г. в Суд всего поступило 63 350 жалоб. Рост по сравнению с показателями 2016 г. (53 400 жалоб) составил 19 %. 12,6 % (8042) общего количества жалоб пришлось на Россию. В этом РФ уступила только Турции, число жалоб в отношении которой по-



части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы.

 $<sup>^1</sup>$  См., например: Россия рассматривает возможность выхода из Совета Европы из-за ЕСПЧ // РИА Новости. 2018. 1 марта. URL: https://ria.ru/politics/20180301/1515506788.html; Россия думает о выходе из Совета Европы // ВВС News. 2015. 26 янв. URL: https://www.bbc.com/russian/russia/2015/01/150107\_russia\_europe\_council\_leave (дата обращения: 28.08.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Press Country Profile. Russia. April 2018 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/CP\_Russia\_ENG. pdf (дата обращения: 28.08.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Ibid.

сле попытки госпереворота многократно возросло – с 2212 в 2015 г. и 8303 в 2016 г. до 25 978 в 2017 г. Вслед за Россией идет Румыния  $(6509 \text{ жалоб})^1$ .

Приблизительно та же картина наблюдается при подсчете количества жалоб, принятых Судом к производству. Так, по данным за 2017 г., на рассмотрении ЕСПЧ на различных стадиях процедуры находились 56 250 жалоб. Из них 13,8 % (7750) относились к России. Здесь РФ также занимает второе место, уступая Румынии, чья доля составляет 17,6 % (9900) от общего количества принятых к рассмотрению жалоб. В пятерку государств, против которых Судом возбуждено наибольшее количество дел, кроме России и Румынии, также входят Турция (13,3 %, или 7500 жалоб), Украина (12,6 %, или 7100 жалоб), Италия (8,3 %, или 4560 жалоб)<sup>2</sup>.

Нередко такие статистические данные используются противниками страсбургской системы для обоснования политической ангажированности и предвзятости ЕСПЧ по отношению к России. Тем не менее в относительном выражении складывается совершенно иная картина.

Во-первых, согласно сведениям Совета Европы Российская Федерация является самым крупным по населению государством-членом организации. На РФ приходится 17,2 % от общего числа жителей стран Совета Европы. В таком случае 13,8 % российских дел, находящихся на рассмотрении Суда, и 12,6 % жалоб против России, поступивших в Суд, в полной мере коррелируют с количеством потенциальных заявителей от РФ.

Во-вторых, важным является показатель количества жалоб, поданных против России, на 10 000 населения. По этому параметру, на основании сведений за 2017 г., РФ занимает 23-е место из 47 государств-членов Совета Европы с коэффициентом 0,55 (55 жалобы на 1 млн жителей страны). Причем по сравнению с 2014 г. этот показатель сократился на 11 % (с 0,62). Средний уровень по организации в 2017 г. составлял 0,76, что на 38 % выше российского уровня<sup>3</sup>. Здесь в числе лидеров – Турция (3,25), Сан Марино (3,33), Монтенегро (2,22), Молдова (2,13).

В-третьих, данные за 2017 г. демонстрируют высокую долю жалоб, признанных Судом приемлемыми и рассмотренных по существу с вынесением постановления о признании или непризнании допущенного Россией нарушения Конвенции. Так, в 2017 г. Европейский Суд по правам человека вынес всего 1068 постановлений по существу, из них 305 (28,5 %) пришлись на дела в отношении Российской Федерации. Тем не менее такой перегиб вызван взрывным ростом дел по ст. 3 и 5 (запрет бесчеловечного и унижающего наказания или обращения; право на свободу и личную неприкосновенность). Вместе с тем из общего количества рассмотренных Судом жалоб с вынесением постановления (15 5954) лишь 7,4 % (1156) пришлось на жалобы против Российской Федерации.

В-четвертых, нередко критику вызывает значительное количество дел, которые дошли до Суда и по которым установлено нарушение Россией положений Конвенции о правах человека. Так, как уже отмечалось, в 96 % случаев при рассмотрении дела

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Количество рассмотренных Европейским Судом по правам человека жалоб, завершенных вынесением постановления ЕСПЧ. В результате по этим 15 595 жалобам было вынесено 1068 постановлений: Суд нередко объединяет аналогичные по характеру предполагаемого нарушения жалобы.



¹ Analysis of Statistics. 2017 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_analysis\_2017\_ENG.pdf (дата обращения: 28.08.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid



по существу Страсбургский суд признал Россию нарушившей конвенционные обязательства. Такая высокая доля проигранных государством дел вызвана усовершенствованным в последнее время отбором жалоб Секретариатом Суда, когда до стадии вынесения судебного постановления доходят единичные жалобы с высокой долей вероятности нарушения. Необоснованные жалобы отфильтровываются на предшествующих стадиях производства.

Примечательно, что такое же соотношение характерно для дел с участием других государств-членов Совета Европы. Например, по данным 2017 г. по Италии, в 90 % постановлений ЕСПЧ установлено хотя бы одно нарушение Конвенции $^1$ .

Таким образом, статистические данные едва ли отражают предвзятый подход Суда к оценке заявлений по российским делам. Скорее, это связано *inter alia* с высокой популярностью страсбургской системы среди жителей самой населенной страны-члена Совета Европы и повышением технической эффективности работы ЕСПЧ.

# Проблемные вопросы российской практики и их разрешение страсбургской системой

Система Европейской конвенции продолжает играть роль значимого фактора совершенствования российского законодательства и правоприменительной практики. Положительное влияние европейской правозащитной системы на отечественное правоприменение и ситуацию в области прав человека в России сложно переоценить. С 1998 по 2017 г. Европейский Суд вынес 2253 постановления, в 2127 из которых было установлено хотя бы одно нарушение Российской Федерацией положений Конвенции 1950 г. Больше решений Страсбургский суд вынес только в отношении Турции (3386) и Италии (2382)<sup>2</sup>.

При этом результаты взаимодействия Европейского Суда по правам человека, его судебной практики и российской правовой системы не ограничиваются политически чувствительными делами<sup>3</sup>. Абсолютное большинство постановлений в отношении России касается интересов рядовых граждан, пострадавших, например, от необоснованной длительности национального судебного разбирательства, неисполнения решения национального суда, необоснованного и противоправного задержания и содержания под стражей, применения пыток сотрудниками правоохранительных органов, насильственного исчезновения в горячих точках и т. д. По таким категориям дел позиция Европейского Суда способствовала совершенствованию российской правоприменительной практики и законодательства.

Благодаря ЕСПЧ в РФ достигнуты некоторые успехи в разрешении проблемы неисполнения решений национальных судов, упорядочены правила о длительности судебного разбирательства, на законодательном уровне решен вопрос о выплате компенсаций пострадавшим от процессуальной волокиты. С мертвой точки сдвинулась

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> См., например: «Навальный и Яшин против России»; «Навальный против России»; «Навальный и Офицеров против России»; «ОАО "Нефтяная компания "ЮКОС" против России»; «Анчугов и Гладков против России» (о праве заключенных голосовать); «Алексеев против России» (о запрете гей-парадов); «Баев и другие против России» (о законе о запрете гей-пропаганды); «А. Х. и другие против России» (по закону Димы Яковлева); «Мария Алехина и другие против России». Решения Суда доступны на официальном ресурсе ЕСПЧ: URL: https://hudoc.echr.coe.int (дата обращения: 28.08.2018).



¹ Press Country Profile. Italy. February 2018 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/CP\_Italy\_ENG. pdf (дата обращения: 28.08.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Violations by Article and by State. 1959–2017 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_violation\_1959\_2017\_ENG.pdf (дата обращения: 28.08.2018).



проблема условий содержания лиц под стражей в СИЗО, а также условий отбывания наказания в местах заключения. Реформировано процессуальное законодательство, в особенности стадиальная схема рассмотрения дел в национальных судах (первая инстанция, апелляция, кассация, надзор, возобновление производства). Повышен уровень процессуальных гарантий подозреваемых (обвиняемых) при рассмотрении вопроса об их содержании под стражей<sup>1</sup>.

За годы участия России в деятельности Европейского Суда по правам человека изменилось содержание вопросов, поднимаемых заявителями в жалобах против РФ. На начальном этапе это были преимущественно дела, связанные с нарушением требований к продолжительности судебного разбирательства и исполнением решений национальных судов (ст. 6)2. Сегодня основной объем жалоб, поданных в Суд против России, касается ст. 3 (запрет пыток) и ст. 5 (свобода и неприкосновенность личности) Европейской конвенции. Так, в 2010 г. из 217 постановлений ЕСПЧ, вынесенных в отношении Российской Федерации, 135 (62 %) касались нарушений по ст. 3 Конвенции и были связаны с применением пыток, допущением бесчеловечных и (или) унижающих человеческое достоинство видов обращения и наказания, а также неисполнением государством обязательств по расследованию фактов таких нарушений (так называемый процессуальный аспект ст. 3 Конвенции). Другая крупная группа жалоб касается установленного судом нарушения ст. 5 Конвенции, гарантирующей свободу и личную неприкосновенность (речь идет преимущественно о незаконном задержании, содержании под стражей и лишении свободы). По этим делам вынесено 89 постановлений Суда (41 %)<sup>3</sup>.

Такие же показатели характерны для 2017 г. На жалобы по ст. 3 Конвенции пришлось 143 постановления Европейского Суда по правам человека – 47 % от общего числа актов ЕСПЧ, вынесенных по существу в отношении РФ. Статья 5 Конвенции стала объектом 116 жалоб (38 %). Также в этом году в число лидеров по обжалуемым действиям Российской Федерации в ЕСПЧ вырвалась ст. 6, защищающая право лиц на справедливое судебное разбирательство, в том числе относительно продолжительности национального судебного процесса и исполнения судебных актов, – 100 жалоб (33 %)<sup>4</sup>.

Очевидно, что специфика этих дел сводит к минимуму их политизацию. Едва ли возможно обвинить Европейский Суд в политической ангажированности и предвзятости в части установления фактов пыток сотрудниками правоохранительных органов или же содержания под стражей лица в течение длительного периода при отсутствии санкции суда. Совершенно другие оценки позиции Суда возможны по более чувствительным с культурно-гуманитарной и политической точек зрения вопросам, таким как уважение частной жизни (ст. 8 Конвенции), свобода слова (ст. 10), свобода собраний (ст. 11), запрет дискриминации (ст. 14) и т. д. Тем не менее дела по этим вопросам остаются в определяющем меньшинстве по сравнению с делами по ст. 3 и 5.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Violations by State and Article. 2017 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_violation\_2017\_ENG.pdf (дата обращения: 28.08.2018).



¹ Подробнее см.: Country Factsheet. Russian Federation. 12.04.2018 // ECHR. URL: https://rm.coe.int/russian-factsheet/1680764748 (дата обращения: 28.08.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Analysis of statistics. 2006 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_analysis\_2006\_ENG.pdf (дата обращения: 28.08.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Несовпадение количества постановлений, вынесенных по ст. 3 и 5 Конвенции, с общим количеством постановлений Суда против РФ вызвано тем, что по некоторым делам Суд устанавливает одновременное нарушение обеих конвенционных статей.



Показательно высказывание бывшего судьи от Российской Федерации в Европейском Суде А. И. Ковлера о картине нарушений, выявляемых ЕСПЧ в отношении России. Ученый-практик отметил, что в настоящее время в РФ наблюдаются существенные проблемы в работе правоохранительной системы государства, связанные с обеспечением физической целостности и неприкосновенности человека и свидетельствующие о «безразборном применении летальной силы [в отношении граждан, пребывающих во власти официальных лиц], небрежном применении процессуальных мер пресечения и принуждения»<sup>1</sup>.

# Ангажированность Европейского Суда: политическая составляющая и пределы политизации

В последнее время все чаще в адрес судей Европейского Суда по правам человека звучат обвинения в судейском активизме. Критика ультралиберального подхода к пониманию правозащитной доктрины, выходящего за рамки изначального намерения создателей Европейской конвенции, подкрепляется замечаниями о политизированности Суда и двойных стандартах в его работе. Такая ситуация характерна для большинства государств-членов Совета Европы вне зависимости от их геополитического статуса и принадлежности к условному западному миру.

Тем не менее нередко обвинения в политической ангажированности Европейского Суда по правам человека основаны на превратном толковании позиции Суда или даже ее открытом искажении. Так, в конце февраля 2018 г. председатель Комиссии Совета Федерации по информационной политике Алексей Пушков в Тwitter-аккаунте выступил с резкой критикой в адрес Страсбургского суда, заявив: «ЕСПЧ оправдал украинскую "активистку", сделавшую себе яичницу на Вечном Огне в 2010 в Киеве. Объявили это ее правом на самовыражение. Так утверждают фальшивые права и "новые" псевдо-ценности, оскорбляя память погибших в схватке против Гитлера. Аморально. Омерзительно»<sup>2</sup>. Учитывая высокий статус парламентария, его мнение практически автоматически было размножено авторитетными российскими СМИ<sup>3</sup>.

Речь шла о постановлении Европейского Суда от 22 февраля 2018 г. по делу «Синькова против Украины»<sup>4</sup>. Заявительница оспаривала свое задержание и последующее привлечение к ответственности украинскими властями за то, что в группе с тремя другими членами «Братства Святого Луки» совершила так называемый act of performance. Выступление состояло в том, что активисты приготовили яичницу на мемориале Вечного огня в Киеве. В дальнейшем видео перформанса была размещено в сети Интернет с комментариями провокационного содержания.

По итогам рассмотрения дела Европейский Суд признал нарушение украинскими властями положений ст. 5 Конвенции (свобода и личная неприкосновенность). Основанием для такого вывода Суда послужило отсутствие судебной санкции на



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Выступление А. И. Ковлера на ежегодных курсах повышения квалификации для государственных служащих и судей по теме «Реализация конституционных и международных гарантий прав человека в российском праве и правоприменительной практике», апрель 2018 г. (МГИМО, г. Москва).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Twitter-аккаунт A. Пушкова. URL: https://twitter.com/Alexey\_Pushkov/status/968498334276182016?ref\_src =twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E968498334276182016&ref\_url=https%3A%2F%2Frussian. rt.com%2Fworld%2Fnews%2F487124-pushkov-espch-reshenie (дата обращения: 28.08.2018).

 $<sup>^3</sup>$  Пушков назвал аморальным решение ЕСПЧ о выплате осквернившей в Киеве Вечный огонь девушке // Russia Today. 2018. 27 февр. URL: https://russian.rt.com/world/news/487124-pushkov-espch-reshenie (дата обращения: 28.08.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Sinkova v. Ukraine, 27 February 2018, app. 39496/11.

содержание под стражей заявительницы. Так, ЕСПЧ постановил, что пребывание Синьковой в изоляторе было предписано судом с 1 апреля по 29 мая 2011 г. 17 июня, когда началось судебное слушание по делу, национальный суд продлил содержание под стражей в качестве меры пресечения. Таким образом, отсутствовали какие-либо правовые и процессуальные основания для ограничения свободы заявительницы на срок с 29 мая по 17 июня.

С юридической точки зрения сомнений в противоправности таких действий правоохранителей нет и быть не может. И данная ситуация не единична, она характерна также для российской практики и объясняется в абсолютном большинстве случаев халатным и безответственным отношением сотрудников правоохранительных органов к исполнению своих обязанностей. В этих условиях иного решения Европейский Суд принять не мог (§ 67–69 постановления). Отсюда закономерно и присуждение заявительнице компенсации в рамках ст. 41 Конвенции в размере 4000 евро (§ 117 постановления).

Однако в контексте поставленной проблемы по делу Синьковой важны выводы Суда о наличии нарушения ст. 10 Европейской конвенции, гарантирующей свободу слова и выражения мнения.

Во-первых, ЕСПЧ положительно оценил нормы Уголовного кодекса Украины (ст. 297), предусматривающие ответственность за осквернение Могилы Неизвестного Солдата (в контексте данного дела). И хотя заявитель оспаривал соответствие статьи УК требованиям предсказуемости, ЕСПЧ отметил «невозможность достижения абсолютной точности в формулировании законоположения», потому «многие законы сформулированы в терминах, которые в некоторой степени неясны и требуют интерпретации и применения на практике» (§ 101 постановления).

Во-вторых, Суд не согласился с доводами заявительницы о том, что ее поведение (приготовление яичницы на Мемориале) нельзя назвать пренебрежительным и вызывающим. ЕСПЧ подчеркнул, что «вечные огни являются устоявшейся традицией во многих культурах и религиях и ориентированы на увековечение памяти об отдельных лицах или событиях». В контексте данного дела, с позиции Суда, речь шла о «почтении солдат, отдавших свои жизни, защищая свою страну и страну заявительницы во время Второй мировой войны» (§ 110 постановления). По мнению Страсбургского суда, у Синьковой была возможность выразить свой протест (относительно нерационального использования природного газа) иным образом, не связанным с «оскорблением памяти погибших солдат и чувств ветеранов».

Очевидно, что Европейский Суд по правам человека не только не оправдал акцию заявительницы, но и прямо осудил с морально-этических позиций, признав отсутствие нарушений ст. 10 Европейской конвенции со стороны Украины.

Одним из громких дел, обсуждаемых в российском юридическом и политическом сообществе, стало дело «Винтер и другие против Соединенного Королевства» (постановление Большой палаты ЕСПЧ от 9 июля 2013 г.)<sup>1</sup>. Так, авторы широко цитируемого российскими СМИ доклада Центра актуальной политики «ЕСПЧ: от института правосудия к инструменту политического давления» (2017 г.), заявив о «вольной интерпретации [Судом] основополагающего европейского законодательства в области защиты прав человека», сослались на указанное постановление ЕСПЧ, где Страсбургский суд «принял решение в пользу британских убийц Джереми Бамбера,



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Vinter and others v. the UK, 9 July 2013, app. 66069/09.



Питера Мура и Дугласа Винтера, отбывающих пожизненное наказание в английских тюрьмах... Суд постановил, что вынесение приговора в форме пожизненного заключения нарушает статью 3 Европейской Конвенции, запрещающую использование пыток против заключенных»<sup>1</sup>.

Тем не менее в самом постановлении ЕСПЧ речь не шла о признании нарушения прав заявителей самим наложением наказания в виде пожизненного лишения свободы. Суд отметил, что по вопросам назначения наказания государство «обладает свободой усмотрения» и в этой части выбор государства «в целом находится за пределами надзора суда» (§ 104–105 постановления). Тем не менее назначение наказания в виде пожизненного лишения свободы, срок которого принципиально не может быть сокращен, в некоторых ситуациях поднимает вопрос о соответствии данной меры ст. 3 Конвенции, предусматривающей запрет на пытки и бесчеловечное и (или) унижающее достоинство наказание или обращение.

Дальнейшие рассуждения Суда вполне последовательны. Во-первых, отбывание де-факто пожизненного срока еще не свидетельствует о нарушении прав осужденного по ст. Конвенции (§ 108 постановления). Во-вторых, лицо, которому назначено такое наказание, все же должно иметь шанс на освобождение досрочно («any prospect of release») с соответствующим правом на пересмотр назначенного наказания (§ 110 постановления). При этом такая возможность не гарантирует потенциальному заявителю право на положительный исход рассмотрения прошения о досрочном освобождении.

В основании такой позиции Суда лежит общепринятая в настоящее время концепция целей и задач наказания, характерная также для российского Уголовного кодекса. Часть 2 ст. 43 УК РФ предусматривает, что «наказание применяется в целях восстановления социальной справедливости, а также в целях исправления осужденного и предупреждения совершения новых преступлений». По такой же логике строится позиция Европейского Суда: «Если такой заключенный лишен свободы без малейшего шанса на освобождение и без какой-либо возможности пересмотра пожизненного приговора, существует риск, что он никогда не раскается в связи с совершенным деянием... хотя кара остается одной из целей лишения свободы, в настоящее время акцент в европейской пенитенциарной системе делается на реабилитационной цели лишения свободы...» (§ 112, 115 постановления). В связи с этим «лицо, осужденное пожизненно, имеет право знать с самого начала (с момента осуждения), что оно должно сделать, чтобы получить возможность освобождения и при каких условиях, в том числе когда его наказание может быть пересмотрено» (§ 122 постановления).

Не ставя под сомнение правомерность наложения наказания в виде пожизненного лишения свободы, Европейский Суд, тем не менее, счел, что отбывание такого наказания в Великобритании, не предусматривающее возможности сокращения срока физического лишения свободы по установленным и ясным правилам и процедуре, противоречит требованиям ст. 3 Европейской конвенции. Разъясняя свою позицию, Страсбургский суд подчеркнул, что «признание нарушения в указанных делах не сулит заявителям неизбежного освобождения» (§ 131 постановления).

Другой аргумент противников страсбургской правозащитной системы заключается в том, что присуждаемые Европейским Судом компенсации стали чрезмерным



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> URL: http://pravfond.ru/media/admin/ECHR\_report.pdf (дата обращения: 28.08.2018).



бременем для государственного бюджета РФ. Так, нередко Суд критикуется за предваятую строгость в отношении РФ в части присуждения справедливой компенсации при выявлении нарушений Россией Европейской конвенции. Вообще принятие государством решения о выплате компенсации жертве нарушения – ординарная процедура, предусмотренная ст. 41 Конвенции. Такая компенсация призвана восстановить нарушенные материальные интересы и возместить причиненный моральный вред лицу в тех ситуациях, когда Суд посчитал, что государством допущено неправомерное отступление от принятых на себя обязательств по Конвенции, а национальные средства не позволяют в полной мере восстановить попранные права.

Статистические данные Суда не подтверждают вывод о растущем бремени РФ в части выплаты справедливой компенсации заявителям по делам, рассмотренным ЕСПЧ. Так, в 2011 г. Суд постановил России выплатить жертвам нарушений Конвенции 8,7 млн евро, в 2013 г. – 4,1 млн, в 2016 г. – 7,4 млн. Рекордным оказался 2014 г., когда Суд присудил компенсации на сумму 1,88 млрд евро (в связи с принятием постановления по делу ЮКОСа). По состоянию на апрель 2018 г. ЕСПЧ присудил выплаты в объеме 3,5 млн евро<sup>1</sup>.

Тем не менее приведенные показатели существенно ниже размеров компенсаций, которые выплачивает Италия по делам в Страсбургском суде: в 2011 г. – 8,4 млн евро, в 2012 г. – 119 млн, в 2013 г. – 71 млн, в 2016 г. – 15,1 млн. За первых четыре месяца 2018 г. заявителям от Италии присуждено уже 5 млн евро<sup>2</sup>.

Высокий объем присужденных компенсаций в отношении России соответствует общему количеству дел с участием РФ, рассматриваемых Европейским Судом, и характеру выявленных Судом нарушений Конвенции.

# Либеральная правозащитная концепция в практике Европейского Суда и ее соотношение с российскими реалиями

Европейский Суд по правам человека сегодня является активным поборником правозащитной концепции, ставящей во главу угла достоинство человеческой личности. Все чаще такой индивидуалистский подход не находит понимания у ряда европейских государств. Усиливающиеся ультралиберальные тенденции в практике ЕСПЧ неизбежно сталкиваются с традиционными морально-этическими представлениями значительной части российского общества.

При этом практика Европейского Суда по правам человека опирается на либеральный правозащитный подход, предполагающий весьма широкую интерпретацию положений Европейской конвенции. В этом смысле Европейский Суд давно отошел от классической модели толкования международного договора, ориентированной на установление намерения государств-участников соглашения при его заключении (ст. 31, 32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.).

Так, еще в постановлении по делу *«Тайлер против Великобритании»* 1978 г. Суд отметил, что Конвенция является *«живым инструментом, который должен толковаться* в свете современных реалий»<sup>3</sup>. Ввиду этого в своей практике ЕСПЧ ориентируется не на конкретное намерение государств, выраженное ими в 1950 г. (время создания

 $<sup>^3</sup>$  Харрис Д. Право Европейской конвенции по правам человека / Д. Харрис, М. О'Бойл, К. Уорбрик. М., 2016. С. 10.



 $<sup>^{\</sup>scriptscriptstyle 1}$  Country Factsheet. Russian Federation // ECHR. URL: https://rm.coe.int/russian-factsheet/1680764748 (дата обращения: 28.08.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Country Factsheet. Italy // ECHR. URL: https://rm.coe.int/1680709750 (дата обращения: 28.08.2018).



Европейской конвенции), а на общее намерение, связанное с защитой человеческой личности. Такое общее намерение раскрывается через генеральные цели Конвенции, сформулированные Судом в его постановлениях: 1) защита индивидуальных прав человека<sup>1</sup>; 2) сохранение и продвижение идеалов и ценностей демократического общества<sup>2</sup>; 3) достижение бо́льшего единства между членами Совета Европы<sup>3</sup>.

Такой подход к применению Европейским Судом Конвенции, предполагающий ее эволютивное (динамичное) толкование, сложился задолго до вступления России в Совет Европы, не является особенностью лишь текущей практики Суда и применяется в равной степени по всем делам и в отношении любого государства-ответчика. Специфика интерпретационной деятельности Суда предполагает также возможность постепенного изменения позиции ЕСПЧ относительно толкования отдельных положений Конвенции. Речь идет не о двойных стандартах, а о планомерном развитии подходов Суда в контексте изменяющихся социально-исторических условий. При этом исключается толкование, приводящее к появлению прав, не подразумеваемых государствами в момент создания европейской правозащитной системы<sup>4</sup>.

В качестве одного из ориентиров эволютивного толкования положений Конвенции является так называемый европейский консенсус, предполагающий относительное единство государств-членов Совета Европы по тому или иному правозащитному вопросу. Достижение такого единства предоставляет Европейскому Суду существенную свободу в прогрессивном толковании конвенционных прав<sup>5</sup>. Высокая интерпретационная активность Европейского Суда заложена также самой Конвенцией. Статья 32, определяющая компетенцию Суда, устанавливает, что в его ведении находятся «все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней, которые могут быть ему переданы в случаях, предусмотренных положениями статей 33, 34, 46 и 47».

Таким образом, значительная часть обвинений в политической ангажированности Европейского Суда и непостоянстве его практики проистекают из непонимания природы этого института и оснований его подхода к толкованию Европейской конвенции.

Вместе с тем нередко позиция Суда основывается на ультралиберальных представлениях о правах человека, неприемлемых для ряда государств-членов Совета Европы. Идея защиты человеческого достоинства как первостепенной задачи всей конвенционной системы в понимании Суда, когда интересам личности (как заявителя) отдается приоритет перед интересами государства (как ответчика), исключает иные варианты развития практики ЕСПЧ. В этом плане показательна эволюция подхода Страсбургского суда к легализации однополых союзов, «дрейфующего» от предоставления таким парам защиты на недискриминационной основе до постепенного признания позитивного обязательства государства по ст. 8 Конвенции (уважением частной и семейной жизни) в части юридического признания однополых партнерств.

Очевидна формальная неприемлемость для России ряда решений Европейского Суда, основанных на указанном прогрессивном толковании положений Европейской конвенции. Так, в 2010 г. ЕСПЧ вынес решение по жалобе Алексеева против



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Soering v. UK, A 161 (1949), 11 EHRR 439, 87, PC.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, A 23 (1976), 1 EHRR 711, 53.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Преамбула Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Johnston v. Ireland, A 112 (1986), 9 EHRR 203, PC.

⁵ Харрис Д. Указ. соч. С. 12–13.

 ${\rm P}\Phi^{\scriptscriptstyle 1}$ . Предметом жалобы был отказ российских властей в проведении парада сексуальных меньшинств в столице в нарушение прав заявителя, гарантированных ст. 11 Европейской конвенции (свобода мирных собраний).

По итогам рассмотрения жалобы ЕСПЧ принял решение о нарушении Россией обязательств по ст. 11 Конвенции. Суд отметил, что «хотя частные интересы во многих случаях должны быть подчинены интересам группы, демократия не означает безусловно, что позиция большинства всегда преобладает: необходимо сохранение баланса, обеспечивающего справедливое и надлежащее обращение с меньшинствами и исключающее злоупотребление доминирующим положением» (§ 70 постановления). Что касается аргумента российского правительства об обеспечении безопасности участников такого парада и о необходимости предупреждения беспорядков, Суд в традиционном ключе подчеркнул, что именно на государстве лежит обязанность «предпринять разумные и надлежащие меры по созданию условий для проведения законной и мирной демонстрации» (§ 73 постановления).

Суд аргументированно отметил сомнительность ссылки российской стороны на «призыв к насилию» в отношении демонстрантов, озвученный муфтием Нижнего Новгорода («забросать камнями») и оставленный, тем не менее, без надлежащей реакции властей (§ 76 постановления). Что касается аргумента правительства о принципиальном запрете подобных мероприятий «ввиду пропаганды гомосексуальности» (§ 78 постановления), то Суд сослался на свои предшествующие решения (по вопросам уголовной ответственности за половые контакты с несовершеннолетними, доступа к военной службе, криминализации однополых контактов и т. д.), демонстрирующие толерантное отношение к секс-меньшинствам. Учитывая устоявшуюся практику Суда по этим проблемам, а также разницу между «признанием материальных прав за гомосексуалистами» и «признанием их права на борьбу за такие права» (§ 84 постановления), ЕСПЧ пришел к выводу о нарушении Российской Федерацией гарантий ст. 11 Европейской конвенции. Примечательно, что постановление Европейского Суда по этому делу было принято палатой из семи судей единогласно (с участием тогдашнего судьи от РФ А. И. Ковлера).

Другое громкое дело последнего времени – «Баев и другие против России»<sup>2</sup>. В постановлении от 20 июня 2017 г. Европейский Суд по правам человека признал нарушение ст. 10 (свобода слова и выражения мнения) и ст. 14 в связке со ст. 10 (дискриминация в отношении сексуальных меньшинств) в части применения законодательства РФ о запрете публичных действий, направленных на пропаганду гомосексуализма среди несовершеннолетних.

Европейский Суд отметил недопустимость политики, основанной на «предвзятом отношении гетеросексуального большинства к гомосексуальному меньшинству». С точки зрения Страсбургского суда, именно на такой идее зиждется подход российского законодателя, который формирует превратное представление о социальной равноценности традиционных и нетрадиционных сексуальных отношений (§ 68–69 постановления). Что касается аргумента российской стороны об «осуждении большинством гомосексуальности», то Суд подчеркнул, что «существует значительная разница между поддержкой мнения большинства путем расширения гарантий Конвенции и ситуациями, когда общественное мнение используется для ограничения



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Alekseyev v. Russia, 11 April 2011, app. 4916/07.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Bayev and others v. Russia, 13 November 2017, app. 67667/09.

пределов защиты прав». При этом «несовместимо с основополагающими ценностями Конвенции положение, когда осуществление конвенционных прав меньшинством ставится в зависимость от его принятия большинством» (§ 70 постановления).

Относительно интересов детей Европейский Суд отметил, что «не существует научных доказательств или социологических данных, подтверждающих, что лишь одно упоминание гомосексуальности или открытое обсуждение статуса сексуальных меньшинств отрицательно повлияет на детей или уязвимые категории взрослых» (§ 77 постановления). Что касается прав родителей на воспитание своих детей, то Суд не считает необходимым для достижения таких целей наложение оспариваемых ограничений, потому что, во-первых, «нереалистично, чтобы религиозные и философские представления родителей имели автоматический приоритет в любых ситуациях, в особенности когда ребенок пребывает вне школы», во-вторых, заявители по делу не допускали «неаккуратные, сексуально открытые или агрессивные обращения» в рамках выражения собственной гражданской позиции, как и «не отстаивали отдельный тип сексуального поведения» (§ 82 постановления).

Примечательно, что постановление Суда, признавшего нарушение со стороны Российской Федерации по делу о запрете пропаганды гомосексуализма, было принято большинством из шести судей против семи. Не поддержал позицию палаты Суда только судья от РФ Д. И. Дедов.

Расхождение морально-этических оснований позиции Европейского Суда по правам человека с ментальным кодом большинства российского населения и соответствующей позицией российских властей по таким деликатным культурно-гуманитарным и социальным проблемам очевидно. В подобных ситуациях не имеет смысла ратовать как за безраздельное принятие, так и за огульное непринятие позиции Страсбургского суда. Здесь важны работа на упреждение и умелая юридическая аргументация позиции государства по сложным правовым вопросам, которые обеспечили бы если не принятие подхода Европейского Суда, то, по крайней мере, его понимание.

Во-первых, ст. 46 Европейской конвенции предусматривает абсолютное обязательство государства по исполнению решений ЕСПЧ. Никакие аргументы против в этой части не имеют юридического смысла. Потому некорректно с правовой позиции ставить вопрос о неисполнении решения Европейского Суда. Такая постановка вопроса имеет исключительно политический подтекст и лишает последовательности позицию России, отстаивающей неуклонное соблюдение норм международного права<sup>1</sup>.

Во-вторых, Европейская конвенция наделяет Европейский Суд широкими полномочиями, в том числе по вопросам обязательного для государств-членов Совета Европы толкования конвенционных положений (ст. 32, 46 Конвенции). В этом контексте ожидания России относительно учета ее подхода Европейским Судом не только политически нецелесообразны, но и лишены значимых правовых оснований.

В-третьих, позиция Европейского Суда по делам Алексеева и Баева была однозначно предсказуема для российской стороны и основывалась на прежней утвердившейся страсбургской практике. Иное априори невозможно. Это подтверждают ре-

 $<sup>^1</sup>$  Анализ выработанного Конституционным Судом РФ в июле 2015 г. механизма реализации «права на возражения» остается за рамками данной статьи. De lege lata и в соответствии с принципом pacta sunt servanda постановления Европейского Суда по правам человека в отношении РФ обязательны к исполнению. Подробнее см.: Лихачев М. А. Место решений Европейского суда по правам человека в контексте постановлений Конституционного Суда РФ 2013 и 2015 гг. и последующих законодательных изменений // Рос. юрид. журн. 2016. № 2. С. 46–59.





зультаты голосования по указанным постановлениям (единогласно по делу Алексеева и шестью из семи «за» по делу Баева). Персональная позиция судьи Д. И. Дедова и его правозащитные представления предопределили его голосование в поддержку российского закона о запрете пропаганды нетрадиционных сексуальных отношений. Хотя такой подход, вне зависимости от его морально-этической обоснованности и целесообразности с точки зрения российских интересов, идет вразрез с устоявшейся практикой Европейского Суда. Примечательна реакция на особое мнение судьи Дедова по делу Баева, названное одним из самых «гомофобным» и «ксенофобных» заявлений за всю историю страсбургского правосудия<sup>1</sup>.

ЕСПЧ же неоднократно демонстрировал гибкость подхода к разрешению деликатных проблем, исключающего превращение интересов заявителя в самоценность. Один из таких последних примеров, касающихся России, – признание недискриминационными возрастные и половые различия при назначении наказания в виде пожизненного лишения свободы. В постановлении от 24 января 2017 г. по делу «Хамтоху и Аксенчик против России» Суд отметил, что различия в обращении с подсудимыми при назначении им наказания в зависимости от возраста и пола «содействуют принципам справедливости и гуманности». Более того, ЕСПЧ положительно оценил российскую законодательную и правоприменительную практику назначения и реализации наказания в виде пожизненного лишения свободы как соответствующую конвенционным требованиям. Такое наказание в России не назначается «произвольно и неразумно, а также подлежит пересмотру через 25 лет»<sup>2</sup>.

# «Объективная политизированность» Европейского Суда и пути ее преодоления во взаимодействии ЕСПЧ и России

По мере повышения активности Европейского Суда по правам человека и его эффективности с точки зрения защиты индивидуальных интересов объективно растет недовольство государств, выступающих в качестве ответчиков по делам. Показательным в этом плане стал проект Копенгагенской декларации, вызвавший бурю негодования у сторонников страсбургской системы<sup>3</sup>. Вмешательство европейского правосудия в чувствительные проблемы внутренней политики России требует юридически выверенного, деполитизированного и адекватного с точки зрения системы Конвенции ответа России.

Нередко политизированность решений Европейского Суда по правам человека обусловлена политизированностью подходов к оценке его работы. Желание найти

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Речь идет об одном из первоначальных проектов декларации, готовившейся по итогам конференции высокого уровня министров иностранных дел государств-участников Совета Европы в Копенгагене в апреле 2018 г. В дальнейшем существенно измененный вариант документа предусматривал ряд положений, призванных разрешить кризис в отношениях государств и Европейского Суда в пользу первых. Подробнее см.: A Wolf in Sheep's Clothing: Why the Draft Copenhagen Declaration Must be Rewritten // EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law. 2018. 21 Feb. URL: https://www.ejiltalk.org/a-wolf-in-sheeps-clothing-why-the-draft-copenhagen-declaration-must-be-rewritten (дата обращения: 28.08.2018).



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Bayev and others v. Russia: on Judge Dedov's outrageously homophobic dissent // Strasbourg Observes. 2017. 13 July. URL: https://strasbourgobservers.com/2017/07/13/bayev-and-others-v-russia-on-judge-dedovs-outrageously-homophobic-dissent; Homophobia in the European Court of Human Rights // ECHR Sexual Orientation Blog. 2017. 13 July. URL: http://echrso.blogspot.ru/2017/07/homophobia-in-european-court-of-human.html (дата обращения: 28.08.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Life sentencing in Russia is not discriminatory // Press Release. 2017. 24 Jan. URL: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5607491-7086661&filename=Grand%20Chamber%20judgment%20Khamtokhu%20and%20Aksenchik%20v.%20Russia%20-%20life%20sentencing%20in%20Russia%20is%20not%20discriminatory.pdf (дата обращения: 28.08.2018).

политический подтекст дает ожидаемый результат. Однако, во-первых, сама по себе правозащитная доктрина имеет прочные основания в политике, а отсюда неизбежна связь последней со многими делами о нарушениях прав человека. Во-вторых, ответчиком в рамках страсбургской процедуры является государство. Личность как самостоятельный субъект международного права в статусе заявителя-жертвы оспаривает действия государства, принявшего на себя обязательства по соблюдению и защите прав человека. Ответчик же по делу, отстаивая публичные ценности, нередко оправдывает свое поведение интересами соответствующего национального общества. Сама по себе аксеологическая триада «личность – общество – государство» крайне политизирована, а соотношение их потребностей и притязаний чаще всего предопределяется политическим контекстом. В-третьих, международная судебная процедура, предполагающая принятие государством обязательств в отношении исполнения решения органа, стоящего над таким государством, неразрывно связана с политическими интересами страны и соответствующего общества.

Отсюда процедура рассмотрения дел в Европейском Суде по правам человека, будучи по своей природе юридической и правозащитной, одновременно носит политический характер. Европейский Суд, являющийся институтом политической международной организации (Совета Европы) и формируемый государствами-членами, объективно не способен функционировать в юридизированном вакууме. Притязания на аполитичность Суда и его правовую стерильность иллюзорны и нецелесообразны.

В то же время свою имманентную политизированность Европейский Суд преодолевает путем принятия решений, основываясь на юридически обязательном международном договоре – Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Задача Суда – обеспечить единообразный подход к разрешению правозащитных проблем в различных странах. Задача государства-ответчика в связи с этим – оказать содействие Суду в формулировании его позиции путем представления юридически выверенных, созвучных предшествующей практике ЕСПЧ и составленных на языке Конвенции аргументов.

Именно реализация такой задачи Российской Федерацией имеет очевидные проблемы. В этом плане показательно дело Анчугова и Гладкова<sup>1</sup>, по результатам рассмотрения которого Европейский Суд признал нарушение Россией ст. 3 Протокола I Европейской конвенции. Суд постановил, что недифференцированное и автоматическое лишение всех заключенных избирательного права противоречит требованиям Конвенции. Речь не шла о том, чтобы всем отбывающим наказание в виде лишения свободы предоставить право голоса. Требование Суда заключалось в том, что лицо, которому назначается наказание в виде лишения свободы, не должно произвольно лишаться права голоса: национальному суду надлежит принимать решение о поражении в этом праве отдельно – с учетом специфики совершенного деяния, тяжести назначенного наказания, его срока.

Несмотря на заявления российской стороны в процессе о том, что такое ограничение избирательных прав осужденных применяется дифференцированно и с учетом конкретных обстоятельств дела, Страсбургский суд остался неудовлетворенным российским подходом к применению данной разновидности наказания. Так, в § 104–105 постановления Суд отметил, что правительство ответчика не представило какие-ли-



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Anchugov and Gladkov v. Russia, 4 July 2013, app. 11157/04.



бо статистические данные в подтверждение того, что оспариваемая мера касается только ограниченного числа российских граждан, в то время как «российская Конституция налагает бланкетные ограничения на всех осужденных лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы».

Вопрос о возможности исполнения указанного постановления Европейского Суда рассматривался Конституционным Судом РФ в рамках новой процедуры, введенной в декабре 2015 г. В апреле 2016 г. КС РФ принял решение<sup>2</sup> о невозможности исполнения постановления Европейского Суда по правам человека в части признания нарушения со стороны России прав заключенных голосовать. При этом Конституционный Суд представил развернутую аргументацию с необходимыми статистическими данными и детальным анализом российской судебной практики в подтверждение того, что в России применяется де-факто дифференцированный подход к лишению лиц, отбывающих наказание в виде заключения, активного избирательного права (пп. 5.1–5.4 постановления КС РФ). Именно такой анализ требовался Европейскому Суду по правам человека от российской стороны при первоначальном рассмотрении жалобы Анчугова и Гладкова. Подобная непоследовательность защиты российской позиции в рамках страсбургского процесса была усилена итоговой рекомендацией Конституционного Суда РФ о возможности введения законодателем альтернативного вида наказания в виде лишения свободы, не связанного с поражением лица в активном избирательном праве (п. 5.5 постановления КС РФ).

Данный пример свидетельствует о проблемах коммуникации между разными уровнями и звеньями государственной власти при выстраивании защитной линии Российской Федерации в Европейском Суде по правам человека.

Другое важное направление кооперации России и Европейского Суда по правам человека – это выстраивание диалога в правовой плоскости. Политические лозунги и претензии России в адрес международного правозащитного органа должны отойти на второй план, уступив место аргументам юридического характера. Обвиняя Европейский Суд в политизированности, российская сторона сама нередко подходит к оценке деятельности ЕСПЧ с политических позиций.

В этом плане следует продолжить взаимодействие Европейского Суда по правам человека с отечественным Конституционным Судом. И хотя аргументация КС РФ и разработанный им механизм отказа от исполнения постановлений ЕСПЧ $^3$  вызывают резкую критику как в отечественном юридическом сообществе, так и за рубежом $^4$ , все же Россией предпринята вразумительная попытка разрешить имеющиеся противоречия в подходах РФ и ЕСПЧ в юридической плоскости.

В таких условиях нуждается в корректировке политика Российской Федерации в отношении Европейского Суда по правам человека. Если российская сторона под-

 $<sup>^4</sup>$  См., например: Исполинов А. С. Россия и ЕСПЧ: несколько слов в защиту Конституционного Суда РФ // Закон.py. 2015. 21 июля. URL: https://zakon.ru/blog/2015/07/21/rossiya\_i\_espch\_neskolko\_slov\_v\_zashhitu\_konstitucionnogo\_suda\_rf (дата обращения: 28.08.2018).



 $<sup>^1</sup>$  Федеральный конституционный закон от 14 декабря 2015 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон "О Конституционном Суде Российской Федерации"».

 $<sup>^2</sup>$  Постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 г. № 12-П по делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации.

 $<sup>^3</sup>$  Постановления Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2013 г. № 27-П; от 14 июля 2015 г. № 21-П; от 19 апреля 2016 г. № 12-П.



держивает принципиальное решение о сохранении статуса участника Европейской конвенции, то необходимо обеспечение деятельного участия России в формировании практики Суда с учетом ее правовых, политических и идеологических интересов. Самоизоляция РФ, имеющая место в случае как выхода из Совета Европы, так и категорического неприятия постановлений Европейского Суда, бесперспективна.

Продвижение отстаиваемых Россией консервативных ценностей радикальными мерами, предполагающими дифференцированные (а по мнению ЕСПЧ, дискриминационные) запреты и ограничения, контрпродуктивно и не находит поддержки у Страсбургского суда. Идя на поводу у отдельных общественных деятелей, занимающих радикальную позицию в отстаивании традиционных взглядов и зачастую рассчитывающих на политические дивиденды, российский законодатель принимает акты, применение которых идет вразрез с ценностями, защищаемыми Конвенцией в ее интерпретации Европейским Судом¹. Значительно осложняют продуктивный и взаимовыгодной диалог страсбургской системы и России политизированные оценки выносимых Судом постановлений, нередко превратно представляющие общественности позицию ЕСПЧ.

Недальновидны и, как подтвердила практика, пагубны для позиции России в ЕСПЧ отдельные заявления государственных функционеров, сформулированные в эмоциональных терминах и не подверженные правовой оценке российской властью при разрешении спора на внутригосударственном уровне. Так, в деле Алексеева ЕСПЧ обратил внимание на заявления тогдашнего мэра Москвы Ю. Лужкова о том, что «администрация столицы не допустит проведение гей-парада в какой-либо форме» и что «гомосексуальность, по его убеждениям, противоестественна» (§ 7–8 постановления). Не вдаваясь в морально-этическую оценку позиции московского мэра и разумно допуская ее оправданность в качестве личного взгляда Ю. Лужкова, все же нужно отметить, что такой подход очевидно противоречит практике Европейского Суда по правам человека. Неаккуратные же политические и даже популистские заявления во многих ситуациях не оставляют Страсбургскому суду выбора, существенно сужая пространство для маневра в оценке позиции правительства по делу.

Защита и продвижение интересов России требуют более деликатного и юридически выверенного подхода, чем нетерпимые эмоциональные высказывания Ю. Лужкова, ксенофобские угрозы нижегородского муфтия (дело Алексеева), человеконенавистнические законодательные инициативы С. Милонова, специализированные запреты российского законодателя, сомнительные с точки зрения правовой аргументации особые мнения судьи Д. И. Дедова (дело Баева). Очевидно, что такая политика не находит и не найдет понимания в Страсбургском суде и европейском сообществе. Она наносит ущерб и российским интересам, ограничивая возможности России по влиянию на формирование практики Европейского Суда.

### Список литературы

A Wolf in Sheep's Clothing: Why the Draft Copenhagen Declaration Must be Rewritten // EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law. 2018. 21 Feb. URL: https://www.ejiltalk.org/a-wolf-in-sheeps-clothing-why-the-draft-copenhagen-declaration-must-be-rewritten.

Analysis of statistics. 2006 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_analysis\_2006\_ENG. pdf.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> См., например: Содом в каждый дом: ЕСПЧ обязал Россию проводить гей-парады // Первый Русский. 2017. 21 июня. URL: https://tsargrad.tv/articles/sodom-v-kazhdyj-dom-espch-objazal-rossiju-provodit-gej-parady\_70395 (дата обращения: 28.08.2018).

Analysis of Statistics. 2017 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_analysis\_2017\_ENG. pdf.

Bayev and others v. Russia: on Judge Dedov's outrageously homophobic dissent // Strasbourg Observes. 2017. 13 July. URL: https://strasbourgobservers.com/2017/07/13/bayev-and-others-v-russia-on-judge-dedovs-outrageously-homophobic-dissent.

Country Factsheet. Italy // ECHR. URL: https://rm.coe.int/1680709750.

Country Factsheet. Russian Federation // ECHR. URL: https://rm.coe.int/russian-factsheet/1680764748.

Country Factsheet. Russian Federation. 12.04.2018 // ECHR. URL: https://rm.coe.int/russian-factsheet/1680 764748.

Homophobia in the European Court of Human Rights // ECHR Sexual Orientation Blog. 2017. 13 July. URL: http://echrso.blogspot.ru/2017/07/homophobia-in-european-court-of-human.html.

Life sentencing in Russia is not discriminatory // Press Release. 2017. 24 Jan. URL: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5607491-7086661&filename=Grand%20Chamber%20judgment%20Khamtokhu%20and%20Aksenchik%20v.%20Russia%20-%20life%20sentencing%20in%20Russia%20is%20 not%20discriminatory.pdf.

Press Country Profile. Italy. February 2018 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/CP\_Italy\_ENG.pdf.

Press Country Profile. Russia. April 2018 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/ Documents/CP\_Russia ENG.pdf.

Violations by Article and by State. 1959–2017 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_violation 1959 2017 ENG.pdf.

Violations by State and Article. 2017 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/ Stats\_violation 2017 ENG.pdf.

EСПЧ: от института правосудия к инструменту политического давления: доклад Центра актуальной политики. 2017. URL: http://pravfond.ru/media/admin/ECHR\_report.pdf.

 $\it Uсполинов A. C.$  Россия и ЕСПЧ: несколько слов в защиту Конституционного Суда РФ // Закон. py. 2015. 21 июля. URL: https://zakon.ru/blog/2015/07/21/rossiya\_i\_espch\_neskolko\_slov\_v\_zashhitu\_konstitucionnogo suda rf.

 $\it Лихачев M. A.$  Место решений Европейского суда по правам человека в контексте постановлений Конституционного Суда РФ 2013 и 2015 гг. и последующих законодательных изменений // Рос. юрид. журн. 2016. № 2.

Пушков назвал аморальным решение ЕСПЧ о выплате осквернившей в Киеве Вечный огонь девушке // Russia Today. 2018. 27 февр. URL: https://russian.rt.com/world/news/487124-pushkov-espch-reshenie.

Россия думает о выходе из Совета Европы // BBC News. 2015. 26 янв. URL: https://www.bbc.com/russian/russia/2015/01/150107\_russia\_europe\_council\_leave.

Россия рассматривает возможность выхода из Совета Европы из-за ЕСПЧ // РИА Новости. 2018. 1 марта. URL: https://ria.ru/politics/20180301/1515506788.html.

Содом в каждый дом: ЕСПЧ обязал Россию проводить гей-парады // Первый Русский. 2017. 21 июня. URL: https://tsargrad.tv/articles/sodom-v-kazhdyj-dom-espch-objazal-rossiju-provodit-gej-parady\_70395.

 $Xappuc\ \mathcal{A}$ . Право Европейской конвенции по правам человека /  $\mathcal{A}$ . Харрис, М. О'Бойл, К. Уорбрик. М., 2016.

#### References

A Wolf in Sheep's Clothing: Why the Draft Copenhagen Declaration Must be Rewritten // EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law. 2018. 21 Feb. URL: https://www.ejiltalk.org/a-wolf-in-sheeps-clothing-why-the-draft-copenhagen-declaration-must-be-rewritten.

Analysis of statistics. 2006 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_analysis\_2006\_ENG. pdf.

Analysis of Statistics. 2017 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_analysis\_2017\_ENG. pdf.

Bayev and others v. Russia: on Judge Dedov's outrageously homophobic dissent // Strasbourg Observes. 2017. 13 July. URL: https://strasbourgobservers.com/2017/07/13/bayev-and-others-v-russia-on-judge-dedovs-outrageously-homophobic-dissent.

Country Factsheet. Italy // ECHR. URL: https://rm.coe.int/1680709750.

Country Factsheet. Russian Federation // ECHR. URL: https://rm.coe.int/russian-factsheet/1680764748.



Country Factsheet. Russian Federation. 12.04.2018 // ECHR. URL: https://rm.coe.int/russian-factsheet/1680764748.

ESPCh: ot instituta pravosudiya k instrumentu politicheskogo davleniya: doklad Tsentra aktual'noi politiki. 2017. URL: http://pravfond.ru/media/admin/ECHR\_report.pdf.

Homophobia in the European Court of Human Rights // ECHR Sexual Orientation Blog. 2017. 13 July. URL: http://echrso.blogspot.ru/2017/07/homophobia-in-european-court-of-human.html.

Ispolinov A. S. Rossiya i ESPCh: neskol'ko slov v zashchitu Konstitutsionnogo Suda RF // Zakon.ru. 2015. 21 iyulya. URL: https://zakon.ru/blog/2015/07/21/rossiya\_i\_espch\_neskolko\_slov\_v\_zashhitu\_konstitucionnogo suda rf.

Kharris D. Pravo Evropeiskoi konventsii po pravam cheloveka / D. Kharris, M. O'Boil, K. Uorbrik. M., 2016. Life sentencing in Russia is not discriminatory // Press Release. 2017. 24 Jan. URL: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5607491-7086661&filename=Grand%20Chamber%20judgment%20Khamtokhu%20and%20Aksenchik%20v.%20Russia%20-%20life%20sentencing%20in%20Russia%20is%20 not%20discriminatory.pdf.

Likhachev M. A. Mesto reshenii Evropeiskogo suda po pravam cheloveka v kontekste postanovlenii Konstitutsionnogo Suda RF 2013 i 2015 gg. i posleduyushchikh zakonodatel'nykh izmenenii // Ros. yurid. zhurn. 2016.  $\mathbb{N}^{0}$  2.

Press Country Profile. Italy. February 2018 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/CP\_Italy\_ENG.pdf.

Press Country Profile. Russia. April 2018 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/ Documents/CP\_Russia ENG.pdf.

Pushkov nazval amoral'nym reshenie ESPCh o vyplate oskvernivshei v Kieve Vechnyi ogon' devushke // Russia Today. 2018. 27 fevr. URL: https://russian.rt.com/world/news/487124-pushkov-espch-reshenie.

Rossiya dumaet o vykhode iz Soveta Evropy // BBC News. 2015. 26 yanv. URL: https://www.bbc.com/russian/russia/2015/01/150107 russia europe council leave.

Rossiya rassmatrivaet vozmozhnost' vykhoda iz Soveta Evropy iz-za ESPCh // RIA Novosti. 2018. 1 marta. URL: https://ria.ru/politics/20180301/1515506788.html.

Sodom v kazhdyi dom: ESPCh obyazal Rossiyu provodit' gei-parady // Pervyi Russkii. 2017. 21 iyunya. URL: https://tsargrad.tv/articles/sodom-v-kazhdyj-dom-espch-objazal-rossiju-provodit-gej-parady 70395.

Violations by Article and by State. 1959–2017 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\_violation\_1959\_2017\_ENG.pdf.

Violations by State and Article. 2017 // ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/ Stats\_violation\_2017\_ENG.pdf.





# СВОБОДА МИРНЫХ СОБРАНИЙ В РОССИИ И ГЕРМАНИИ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРОЦЕДУРЫ УВЕДОМЛЕНИЯ

#### Саленко Александр Владимирович

Доцент кафедры международного и европейского права Балтийского федерального университета им. Иммануила Канта, кандидат юридических наук, магистр права (LL.M., Гёттинген) (Калининград), e-mail: ASalenko@kantiana.ru

В статье проводится сравнительный конституционно-правовой анализ российского и немецкого законодательства о свободе мирных собраний. Основное внимание автора сосредоточено на особенностях процедуры уведомления о публичном мероприятии, в частности исследуются способы подачи и адресат уведомления, а также процессуальные сроки, в течение которых надлежит уведомить уполномоченный орган о предстоящем публичном мероприятии. На основе проведенного анализа сделан вывод о необходимости модернизации процедуры уведомления, применяемой при организации публичных собраний в России, с учетом немецкого опыта. В частности, автор предлагает использовать процедуру онлайн-уведомления, изменить сроки уведомления, а также передать полномочие по приему уведомлений о массовых мероприятиях органам внутренних дел (полиции).

Ключевые слова: свобода мирных собраний, право публичных собраний, демонстрация, публичное мероприятие, процедура уведомления, онлайн-уведомление, формуляр уведомления, Германия, Россия

# THE FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY IN RUSSIA AND GERMANY: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE NOTIFICATION PROCEDURE

### Salenko Alexander

Immanuel Kant Baltic Federal University (Kaliningrad), e-mail: ASalenko@kantiana.ru

The article provides a comparative analysis of constitutional legislation on the freedom of peaceful assembly in the Russian Federation and the Federal Republic of Germany. The author focuses on the examination of the notification procedure applied by the organizers of public assemblies in Russia and Germany. In particular, the methods and means of notification, its addressee and deadlines for notification are investigated. Based on the comparative research, the author provides recommendations regarding possible use of the German experience for improving the procedure of notification in Russia. In particular, the author proposes to adopt the online-notification procedure, to change the addressee and the procedural period of notification about a public assembly.

Key words: freedom of peaceful assembly, public assembly law, demonstration, public event, notification procedure, online-notification, notification form, Germany, Russia

### Введение

С одной стороны, свобода мирных собраний является важнейшим политическим правом, которое закрепляется на международном и национальном уровне; с другой – свобода собраний представляет собой весьма «неудобное (неуютное)» право,

 $<sup>^*</sup>$  Статья подготовлена при поддержке БФУ им. Иммануила Канта за счет средств субсидии, предоставленной по программе повышения конкурентоспособности ведущих российских университетов среди ведущих мировых научно-образовательных центров – проект «5-100» (докторские гранты БФУ им. И. Канта по проекту «5-100»).



поскольку наряду с двумя основными формами прямой демократии (выборы и референдум) собрания позволяют напрямую доводить до сведения публичной власти волю народа, в том числе такие взгляды и умонастроения, которые могут беспокоить и даже шокировать<sup>1</sup>. Поэтому в конституционном законодательстве современных демократических государств свободе мирных собраний отводится важнейшее место среди остальных прав и свобод человека и гражданина.

Примечательно, что ФРГ характеризуется немецкими государствоведами в качестве государства, основанного на «демократии собраний» (Versammlungsdemokratie)<sup>2</sup>. Исходя из общественно-политических событий последнего десятилетия можно сделать вывод о том, что в Российской Федерации также происходит активное формирование демократии собраний: увеличивается количество публичных мероприятий, вызывающих большой общественный резонанс, и параллельно с этим трансформируется конституционное и административное законодательство о свободе мирных собраний. Однако приходится констатировать, что российское право публичных собраний (в объективном смысле) все еще далеко от совершенства<sup>3</sup>. Данный вывод подтверждают актуальная правоприменительная практика и специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации «О соблюдении на территории Российской Федерации конституционного права на мирные собрания». Поэтому большое прикладное значение имеет изучение опыта правового регулирования свободы мирных собраний в зарубежных странах и действующих в данной сфере международных стандартов.

Немецкое конституционное законодательство отличается высокой детализацией всех стадий реализации свободы мирных собраний $^4$ . В этом отношении будет полезно сравнить применяемый в ФРГ механизм уведомления о публичном мероприятии с российским.

### Адресат уведомления о проведении публичного мероприятия

В соответствии с российским законодательством уведомление об организации массового мероприятия чаще всего подается в администрацию муниципального образования, на территории которого предполагается проведение публичного мероприятия. За прошедшие десять лет с момента появления специального доклада Уполномоченного по правам человека в РФ о соблюдении свободы собраний произошли незначительные изменения в сфере унификации правового регулирования адресата уведомления и эффективности его работы в ходе согласования публичного мероприятия<sup>5</sup>. Однако все еще сохраняют актуальность слова федерального омбудсмена

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> *Симонова С. В.* Юридические ограничения свободы собраний: уведомительный порядок // Вестн. Ярослав. гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Сер.: Гуманитар. науки. 2016. № 1. С. 61.



 $<sup>^1</sup>$  Бланкенагель А., Левин И. Г. Свобода собраний и митингов в Российской Федерации – сделано в СССР?: «лучше мы не можем» или «по-другому не хотим»? // Сравн. конституц. обозрение. 2013. № 2. С. 55; *Храмова Т. М.* Небезопасная свобода: о пределах ограничения свободы собраний в целях охраны общественного порядка и безопасности // Там же. 2014. № 3. С. 42–53.

 $<sup>^2\</sup> Janz\ N.,\ Peters\ W.$  Aktuelle Fragen des Versammlungsrechts – Rechtsprechungsübersicht // Landes- und Kommunalverwaltung (LKV). 2016. Heft 3. S. 193.

 $<sup>^3</sup>$  Бланкенагель А., Левин И. Г. Остатки свободы собраний перед Конституционным судом России // Сравн. конституц. обозрение. 2013. № 5. С. 106.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Buchheister J. Entwicklungslinien im Versammlungsrecht // Landes- und Kommunalverwaltung (LKV). 2016. Heft 4. S. 160; Musil A. Berlin, Hauptstadt der Demonstrationen – Das Versammlungsrecht, ein Rechtsgebiet im Wandel? // Landes- und Kommunalverwaltung (LKV). 2002. Heft 3. S. 115; Scheidler A. Änderung der Gesetzgebungskompetenz im Versammlungsrecht – Erste Aktivitäten der Länder // Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP). 2008. Heft 5. S. 151; Weber A. Menschenrechte. Texte und Fallpraxis. München, 2004.

о том, что «в большинстве регионов Российской Федерации структурное подразделение или должностное лицо в органе местного самоуправления, уполномоченное осуществлять прием, учет и рассмотрение уведомлений, не определено нормативно и назначается распоряжением руководителя соответствующей местной администрации по его усмотрению». Можно согласиться с выводом российского омбудсмена о том, что в России подобная правовая неопределенность увеличивает вероятность злоупотреблений и произвола в ходе согласования публичных мероприятий.

Порядок осуществления свободы мирных собраний в ФРГ отличает то, что в подавляющем большинстве случаев уведомление о проведении массового мероприятия подается в органы полиции, а не в органы местного самоуправления. По нашему мнению, именно такой порядок подачи уведомления представляется наиболее правильным по отношению к законным интересам всех субъектов свободы мирных собраний.

Во-первых, полиция должна незамедлительно получать информацию обо всех готовящихся публичных мероприятиях, поскольку впоследствии именно ей придется обеспечивать соблюдение общественного порядка в ходе массового мероприятия.

Во-вторых, органы местного самоуправления фактически имеют политический характер, который может оказать негативное влияние на реализацию свободы мирных собраний. По общему порядку представительный и исполнительный органы местного самоуправления формируются в результате выборов и объединяют представителей отдельных политических партий, которые могут проявлять предвзятое отношение к публичным мероприятиям своих политических соперников. В результате возрастает риск того, что члены конкурирующих политических партий, представленных в органах местного самоуправления, прямо или косвенно начнут оказывать воздействие на процесс согласования «неудобных» публичных мероприятий. Однако если компетенция по приему уведомлений будет передана полиции, субъективное влияние на согласование публичных мероприятий будет минимизировано.

В соответствии с российским законодательством сотрудникам полиции прямо запрещается состоять в политических партиях и принимать участие в их деятельности; при осуществлении служебной деятельности сотрудники полиции не должны быть связанными решениями политических партий<sup>1</sup>. Таким образом, законодателем фактически установлена дополнительная гарантия реализации свободы собраний человеком и гражданином независимо от его принадлежности к политическим партиям и общественным объединениям.

Важно, что в отличие от сотрудников полиции лица, занимающие государственные должности, и гражданские государственные служащие по общему правилу могут состоять в качестве члена в отдельной политической партии<sup>2</sup>. Запрет на членство в политических партиях предусматривается лишь в исключительных случаях (например, для судей федеральных судов и судов субъектов Российской Федерации). Конечно, объективности ради следует отменить, что российское законодательство содержит оговорку о том, что государственный служащий не вправе использовать должностные полномочия в интересах политических партий и общественных объединений. Однако в данном контексте закон о полиции является более предпочтительным, поскольку он полностью блокирует любое формальное и неформальное взаимодействие сотрудников полиции с политическими партиями.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Пункты 13, 14 ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации».



 $<sup>^{1}</sup>$  Статья 7 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции».



В-третьих, выбор полиции в качестве адресата уведомления устранит ряд излишних межведомственных согласований. Например, сегодня органы местного самоуправления после получения уведомления о публичном мероприятии вынуждены направлять в органы МВД межведомственный запрос о наличии (отсутствии) судимости у организатора массового мероприятия, а также проводить дополнительные согласования с ГИБДД в том случае, если публичное мероприятие требует перекрытия улиц и вызванного этим изменения маршрутов движения частного и общественного транспорта.

### Способ уведомления о проведении публичного мероприятия

Федеральное законодательство о свободе собраний в России (ст. 7 Федерального закона от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях», далее – Закон о собраниях) содержит лишь общую формулировку о том, что уведомление о проведении публичного мероприятия (за исключением собрания и пикетирования, проводимого одним участником) должно подаваться его организатором в орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации или орган местного самоуправления в письменной форме. Соответственно, российское законодательство допускает лишь один возможный вариант уведомления – посредством личного обращения и подачи письменного уведомления, т. е. путем передачи в уполномоченный орган написанного от руки уведомления или заявления в распечатанном виде. Данная практика свидетельствует о том, что в настоящий момент в России применяется архаичная процедура уведомления о публичном мероприятии.

В ФРГ также закрепляется обязанность организатора публичного мероприятия подавать уведомление в уполномоченные органы. Однако способ уведомления определяется организатором самостоятельно. Согласно законодательству ФРГ организатор публичного мероприятия может отправить уведомление в адрес полиции по почте, факсом, по электронной почте через Интернет и по телефону службы спасения (по единому номеру экстренных служб – Notruf 110). Безусловно, допускается подача уведомления классическим способом – посредством личного обращения и подачи письменного уведомления в органы полиции.

Следует отметить, что в ФРГ при подаче уведомления активно используются информационные системы. Например, на официальных сайтах полиции доступна отдельная государственная услуга, с помощью которой осуществляется подача онлайнуведомления о проведении публичного мероприятия. Помимо этого организатор может ввести на сайте адрес места проведения массового мероприятия и получить подробную информацию об уполномоченном органе, в частности о подразделении полиции, которое должно принять его уведомление и в последующем будет обеспечивать общественный порядок в ходе проведения публичного мероприятия.

Подобный порядок уведомления ежедневно применяется берлинской полицией. В связи с этим Берлин по праву называют столицей демонстраций, поскольку публичные мероприятия представляют собой повседневную картину городской жизни. Следует отметить, что для удобства организаторов берлинская полиция разработала специальный бланк уведомления, в котором содержится вся существенная информация о предстоящем публичном мероприятии<sup>2</sup>. Практика использования

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Информационный портал федеральной земли Берлин «BERLIN.DE»: URL: https://www.berlin.de/polizei/service/versammlung-anmelden (дата обращения: 20.02.2017).



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Musil A. Op. cit. S. 115.



специальных формуляров (бланков) уведомления получила распространение во всех федеральных землях Германии.

Таким образом, процедура уведомления о публичном мероприятии в Германии отличается максимальной простотой и доступностью: организатору достаточно заполнить одностраничный официальный бланк уведомления и выбрать один из возможных способов его отправки в адрес полиции. Российской Федерации следует перенять этот положительный опыт и разработать унифицированный бланк (формуляр) уведомления о публичном мероприятии. Ниже приведем авторский вариант такого бланка уведомления, подготовленный с учетом немецкого опыта и требований российского законодательства о свободе собраний.

Контактная информация	уполномоченного орган	на по приему уведомления

Наименование уполномоченного органа:		Адрес:
		Телефон:
		Факс:
		E-mail:
уведомление о проведени	и публичного	МЕРОПРИЯТИЯ
Сведения об организаторе публичного мероприя	тия:	
Фамилия, имя, отчество – наименование организатора:		Контактная информация:
		Адрес:
		Телефон:
		Факс:
		E-mail:
Цель и тема публичного мероприятия:		
Форма публичного мероприятия:		
Дата публичного мероприятия:	Запланированная продолжительность публичного	
	мероприятия: с	до ч
Место или маршрут публичного мероприятия:		
Предполагаемое количество участников публичного мероприятия:		
Формы и методы обеспечения организатором публичного		
мероприятия общественного порядка и организации		
медицинской помощи:		
Использование транспортных средств:		□ НЕТ □ ДА число:
Использование звукоусиливающих технических средств:		□ НЕТ □ ДА
Установка информационных стендов:		□ НЕТ □ ДА число:
Иные конструкции или предметы, которые будут установлены		□ НЕТ □ ДА следующего рода:
на месте публичного мероприятия:		
Сведения о лицах, уполномоченных организатором публичного		ФИО, контактные данные:
мероприятия выполнять распорядительные функции		
по организации и проведению публичного меро	приятия;	
Прочая важная информация,		
по мнению организатора публичного мероприят	:киз	
П		π->
Дата		Подпись





Данное предложение полностью согласуется со стратегическими целями Российского государства по совершенствованию механизмов электронной демократии, развитию технологий электронного взаимодействия граждан, государственных органов и органов местного самоуправления, а также по улучшению качества государственных и муниципальных услуг, разновидностью которых, по сути, является согласование публичного мероприятия<sup>1</sup>.

### Сроки уведомления о проведении публичного мероприятия

В соответствии со ст. 7 Закона о собраниях уведомление о проведении публичного мероприятия подается его организатором в письменной форме в уполномоченный орган в срок не ранее 15 и не позднее 10 дней до дня проведения публичного мероприятия. Федеральный закон предусматривает также сокращенные сроки уведомления при проведении пикетирования группой лиц либо пикетирования, осуществляемого одним участником с использованием быстровозводимой сборно-разборной конструкции, создающей препятствия для движения пешеходов и транспортных средств. В данном случае уведомление о проведении публичного мероприятия может подаваться в срок не позднее трех дней до дня его проведения, а если указанные дни совпадают с воскресеньем и (или) нерабочим праздничным днем (нерабочими праздничными днями), – не позднее четырех дней до дня его проведения.

Уведомление не требуется только в одном случае – в случае «собрания и пикетирования, проводимого одним участником без использования быстровозводимой сборно-разборной конструкции». Следует отметить неудачный характер формулировки (точнее – логическую ошибку в тексте федерального закона): «собрание... проводимое одним участником...». Слово «собрание» предполагает наличие как минимум двух участников; совершенно очевидно, что собрание не может состоять из одного человека. Более того, в некоторых государствах законодатель устанавливает в качестве отправной точки минимальное число участников мероприятия, чтобы оно считалось публичным. Например, согласно испанскому законодательству это число составляет 20 человек, а в немецкой федеральной земле Шлезвиг-Гольштейн для того, чтобы мероприятие было признано публичным, в нем должно участвовать минимум три человека<sup>2</sup>.

Законодатель ФРГ использует принципиально другой подход к исчислению сроков уведомления. По общему правилу организатор массового мероприятия в Германии должен уведомить полицию не позднее чем за 48 ч до момента распространения (оглашения, опубликования) любой информации о предстоящем массовом мероприятии<sup>3</sup>. Таким образом, немецкое законодательство о свободе мирных собраний рассматривает в качестве ключевого момента дату и время, когда в адрес третьих лиц начинают рассылаться приглашения к участию в публичном мероприятии (ч. 1 § 14 Федерального закона ФРГ о собраниях)<sup>4</sup>. Фактически немецкой полиции отво-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Versammlungsgesetz (Gesetz über Versammlungen und Aufzüge) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.11.1978 (BGBl. I S. 1790) zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.12.2008 (BGBl. I S. 2366) m.W.v. 11.12.2008. URL: http://www.gesetze-im-internet.de (дата обращения: 20.02.2017).



 $<sup>^1</sup>$  Указ Президента РФ от 9 мая 2017 г. № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 годы».

 $<sup>^2</sup>$  Ullrich N. Das Versammlungsfreiheitsgesetz Schleswig-Holstein im Kontext europäischer Versammlungsgesetze // Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ). 2016. № 8. S. 501; Versammlungsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (VersFG SH) vom 18. Juni 2015 // Fundstelle: Gesetz- und Verordnungsblatt (GVOBl). 2015. 135. Gliederungs-Nr: 2180-1. URL: http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de (дата обращения: 20.02.2017).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Haselhaus F. S., Nowak C. Handbuch der Europäischen Grundrechte. München; Wien; Bern, 2006.



дится максимум двое суток, чтобы отреагировать и подготовиться к проведению публичного мероприятия. Однако если речь идет о так называемом срочном собрании (Eilversammlung), то у организатора отпадает обязанность уведомлять органы полиции в установленный 48-часовой срок. В данном случае необходимо поставить в известность полицию о срочном мирном собрании одновременно с распространением приглашения на массовое мероприятие. Под срочным собранием понимается такое публичное мероприятие, цели которого не будут достигнуты, если будет соблюден установленный 48-часовой срок уведомления.

Законодательство ФРГ регламентирует также максимально ранние сроки приема уведомления о публичном мероприятии. Например, в федеральной земле Бавария действует порядок, согласно которому уведомить полицию о предстоящем публичном мероприятии можно за два года до его проведения (ч. 1 ст. 13 Баварского закона о свободе собраний)<sup>1</sup>. Фактически речь идет о возможности зарезервировать конкретную дату и время для проведения публичного мероприятия на самых ранних сроках.

Помимо закрепления права организатора бронировать дату и время публичного мероприятия на максимально ранних сроках, немецкий законодатель допускает возможность проведения мирных собраний без уведомления. В данном случае речь идет о так называемых спонтанных, стихийно возникающих собраниях (Spontanversammlungen), организатора которых невозможно установить.

#### Заключение

Вне всякого сомнения, отдельные юридические техники правового регулирования процедуры уведомления о публичных мероприятиях в ФРГ могут быть использованы в российском законодательстве о свободе мирных собраний.

Во-первых, действующий в Российской Федерации порядок уведомления о публичном мероприятии может быть усовершенствован посредством создания и применения единого бланка (формуляра) уведомления.

Во-вторых, необходимо модернизировать способ уведомления о публичном мероприятии, предоставив его организатору возможность подачи онлайн-уведомления через единый портал государственных услуг. Практика подачи электронных уведомлений на портале «Госуслуги» создаст дополнительные гарантии реализации свободы собраний, в частности предотвратит злоупотребления на стадии согласования конкурирующих публичных мероприятий<sup>2</sup>. Подача онлайн-уведомлений обеспечит прозрачность процесса согласования, поскольку невозможными станут любые споры между организаторами публичных мероприятий о том, кто раньше подал уведомление о его проведении<sup>3</sup>. Дополнительное преимущество подобного порядка состоит в том, что портал государственных услуг гарантирует полную идентификацию пользователя – организатора публичного мероприятия, а также существенно ускорит взаимодействие организатора и уполномоченного органа.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Иванов А. О. Право выбора места проведения публичных мероприятий: теория и практика согласования // Конституц. и муницип. право. 2013. № 9. С. 39.



 $<sup>^{\</sup>scriptscriptstyle 1}$  Bayerisches Versammlungsgesetz (BayVersG) vom 22. Juli 2008 (GVBl. S. 410). URL: http://gesetze-bayern.de (дата обращения: 20.02.2017).

 $<sup>^2</sup>$  Симонова С. В. Конкуренция в сфере организации и проведения публичных мероприятий: сущность и проявления // Вестн. Ярослав. гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Сер.: Гуманитар. науки. 2015. № 3. С. 65; *Храмова Т. М.* Право на контрдемонстрации: угроза или индикатор уровня демократии? // Конституц. и муницип. право. 2013. № 7. С. 10.

В-третьих, российское законодательство о свободе собраний, в отличие от немецкого, все еще имеет значительный пробел в отношении правового регулирования спонтанных публичных собраний<sup>1</sup>. К сожалению, российский законодатель игнорирует возросшее в стране в последние годы количество масштабных спонтанных мероприятий. В связи с этим требуется доработать Закон о собраниях и регламентировать процедуру уведомления о «срочных мероприятиях», а также порядок проведения «спонтанных собраний». Можно использовать немецкий опыт правового регулирования такого рода собраний.

В-четвертых, необходимо модернизировать действующий в России порядок уведомления о публичном мероприятии в части адресата уведомления, а именно передать полномочие по приему уведомления о публичных мероприятиях от органов местного самоуправления органам внутренних дел (полиции). По нашему мнению, именно такой порядок создаст условия для беспрепятственной реализации свободы собраний в Российской Федерации, в частности исключит ненужных посредников между организатором публичного мероприятия и полицией, которой в конечном счете приходится обеспечивать соблюдение общественного порядка при проведении публичного мероприятия.

Подводя общий итог, важно заметить, что принципы прозрачности, ответственности публичной власти перед законом и населением, а также учет интересов граждан и участие общественности в принятии решений являются основой эффективного управления демократическим государством и обществом<sup>2</sup>. В связи с этим российскому законодательству о свободе собраний требуется максимально возможная детализация процедуры уведомления о публичном мероприятии, которая обеспечит эффективную реализацию принципов правового и демократического государства.

Соответственно, сложно согласиться с устаревшими рассуждениями о низком уровне правовой культуры и правовом нигилизме российского общества, поскольку следует принимать во внимание современную информационную реальность и стратегические цели развития Российской Федерации. Как отмечается в Стратегии развития информационного общества в России на 2017–2030 годы, «российское общество заинтересовано в получении информации, соответствующей высокому интеллектуальному и культурному уровню развития граждан России»<sup>3</sup>. Неотъемлемой частью повседневной жизни российских граждан стали электронные средства массовой информации, информационные системы и социальные сети, доступ к которым осуществляется через Интернет. Полагаем, что именно эти очевидные факты следует принимать во внимание при модернизации российского права публичных собраний, а именно при совершенствовании процедуры согласования публичного мероприятия, представляющей собой, по сути, разновидность муниципальных услуг, большая часть которых не протяжении уже нескольких лет предоставляется в электронной форме на едином портале государственных услуг.

 $<sup>^3</sup>$  Пункт 19 Указа Президента РФ от 9 мая 2017 г. № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы».



 $<sup>^1</sup>$  Вашкевич А. Е. Спонтанные собрания: национальное законодательство европейских стран и прецедентное право Европейского суда по правам человека // Сравн. конституц. обозрение. 2013. № 2. С. 44.

 $<sup>^2</sup>$  Риэккинен М. А. «Протест» в конституционном праве: содержание и значение // Рос. журн. правовых исслед. 2016. № 1. С. 163; Риэккинен М. А. К вопросу об учете протестных мнений граждан // Евраз. юрид. журн. 2016. № 8. С. 331.

Таким образом, недостатки правового регулирования порядка уведомления о публичном мероприятии в России являются вполне очевидными и могут приводить к дисбалансу между интересами отдельных граждан и государства. Поэтому надеемся, что изложенные в настоящей статье аргументы будут способствовать совершенствованию ст. 7 Закона о собраниях.

### Список литературы

Buchheister J. Entwicklungslinien im Versammlungsrecht // Landes- und Kommunalverwaltung (LKV). 2016. Haft  $\Lambda$ 

Haselhaus F. S., Nowak C. Handbuch der Europäischen Grundrechte. München; Wien; Bern, 2006.

Janz~N.,~Peters~W. Aktuelle Fragen des Versammlungsrechts – Rechtsprechungsübersicht // Landes- und Kommunalverwaltung (LKV). 2016. Heft 3.

 $\it Musil~A.$  Berlin, Hauptstadt der Demonstrationen – Das Versammlungsrecht, ein Rechtsgebiet im Wandel? // Landes- und Kommunalverwaltung (LKV). 2002. Heft 3.

Scheidler A. Änderung der Gesetzgebungskompetenz im Versammlungsrecht – Erste Aktivitäten der Länder // Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP). 2008. Heft 5.

Ullrich N. Das Versammlungsfreiheitsgesetz Schleswig-Holstein im Kontext europäischer Versammlungsgesetze // Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ). 2016.  $\mathbb{N}_{2}$  8.

Weber A. Menschenrechte. Texte und Fallpraxis. München, 2004.

*Бланкенагель А., Левин И. Г.* Остатки свободы собраний перед Конституционным судом России // Сравн. конституц. обозрение. 2013. № 5.

*Бланкенагель А., Левин И. Г.* Свобода собраний и митингов в Российской Федерации – сделано в СССР?: «лучше мы не можем» или «по-другому не хотим»? // Сравн. конституц. обозрение. 2013. № 2.

*Вашкевич А. Е.* Спонтанные собрания: национальное законодательство европейских стран и прецедентное право Европейского суда по правам человека // Сравн. конституц. обозрение. 2013. № 2.

Иванов А. О. Право выбора места проведения публичных мероприятий: теория и практика согласования // Конституц. и муницип. право. 2013. № 9.

*Риэккинен М. А.* «Протест» в конституционном праве: содержание и значение // Рос. журн. правовых исслед. 2016. № 1.

Риэккинен М. А. К вопросу об учете протестных мнений граждан // Евраз. юрид. журн. 2016. № 8.

Cимонова C. B. Конкуренция в сфере организации и проведения публичных мероприятий: сущность и проявления // Вестн. Ярослав. гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Сер.: Гуманитар. науки. 2015. № 3.

 $\it Cимонова$   $\it C. В.$  Юридические ограничения свободы собраний: уведомительный порядок // Вестн. Ярослав. гос. ун-та им. П. Г. Демидова. Сер.: Гуманитар. науки. 2016. № 1.

Xрамова T. M. Небезопасная свобода: о пределах ограничения свободы собраний в целях охраны общественного порядка и безопасности // Сравн. конституц. обозрение. 2014. № 3.

Xрамова T. M. Право на контрдемонстрации: угроза или индикатор уровня демократии? // Конституц. и муницип. право. 2013. № 7.

#### References

*Blankenagel' A., Levin I. G.* Ostatki svobody sobranii pered Konstitutsionnym sudom Rossii // Sravn. konstituts. obozrenie. 2013. № 5.

*Blankenagel' A., Levin I. G.* Svoboda sobranii i mitingov v Rossiiskoi Federatsii − sdelano v SSSR?: «luchshe my ne mozhem» ili «po-drugomu ne khotim»? // Sravn. konstituts. obozrenie. 2013. № 2.

Buchheister  $\mathcal{J}$ . Entwicklungslinien im Versammlungsrecht // Landes- und Kommunalverwaltung (LKV). 2016. Heft 4.

Haselhaus F. S., Nowak C. Handbuch der Europäischen Grundrechte. München; Wien; Bern, 2006.

Ivanov A. O. Pravo vybora mesta provedeniya publichnykh meropriyatii: teoriya i praktika soglasovaniya // Konstituts. i munitsip. pravo. 2013.  $\mathbb{N}_2$  9.

 ${\it Janz~N.,~Peters~W.}$  Aktuelle Fragen des Versammlungsrechts – Rechtsprechungsübersicht // Landes- und Kommunalverwaltung (LKV). 2016. Heft 3.

*Khramova T. M.* Nebezopasnaya svoboda: o predelakh ogranicheniya svobody sobranii v tselyakh okhrany obshchestvennogo poryadka i bezopasnosti // Sravn. konstituts. obozrenie. 2014. № 3.

 $Musil\ A.$  Berlin, Hauptstadt der Demonstrationen – Das Versammlungsrecht, ein Rechtsgebiet im Wandel? // Landes- und Kommunalverwaltung (LKV). 2002. Heft 3.



Riekkinen M. A. «Protest» v konstitutsionnom prave: soderzhanie i znachenie // Ros. zhurn. pravovykh issled. 2016. № 1.

Riekkinen M. A. K voprosu ob uchete protestnykh mnenii grazhdan // Evraz. yurid. zhurn. 2016. № 8. Scheidler A. Änderung der Gesetzgebungskompetenz im Versammlungsrecht – Erste Aktivitäten der Länder // Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP). 2008. Heft 5.

Simonova S. V. Konkurentsiya v sfere organizatsii i provedeniya publichnykh meropriyatii: sushchnost' i proyavleniya // Vestn. Yaroslav. gos. un-ta im. P. G. Demidova. Ser.: Gumanitar. nauki. 2015. № 3.

Simonova S. V. Yuridicheskie ogranicheniya svobody sobranii: uvedomitel'nyi poryadok // Vestn. Yaroslav. gos. un-ta im. P. G. Demidova. Ser.: Gumanitar. nauki. 2016. № 1.

Ullrich N. Das Versammlungsfreiheitsgesetz Schleswig-Holstein im Kontext europäischer Versammlungsgesetze // Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ). 2016. № 8.

Vashkevich A. E. Spontannye sobraniya: natsional'noe zakonodatel'stvo evropeiskikh stran i pretsedentnoe pravo Evropeiskogo suda po pravam cheloveka // Sravn. konstituts. obozrenie. 2013. № 2.

Weber A. Menschenrechte. Texte und Fallpraxis. München, 2004.



# ПРОБЛЕМЫ ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ НАКАЗАНИЯ В СВЯЗИ С ИЗМЕНЕНИЕМ ОБСТАНОВКИ ПРИ ВЫПОЛНЕНИИ УСЛОВИЙ И ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ДОСУДЕБНОГО СОГЛАШЕНИЯ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ

#### Строганова Татьяна Юрьевна

Преподаватель кафедры уголовного права Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург), e-mail: tstyu@yandex.ru

В статье рассматриваются вопросы освобождения от наказания в связи с изменением обстановки в случае соблюдения условий и выполнения обязательств, предусмотренных в досудебном соглашении о сотрудничестве. Автор приходит к выводу, что последовательное применение ст. 80.1 и чч. 2, 4 ст. 62 УК РФ затруднено, и объясняет почему. В частности, одной из причин является то, что основания для применения ст. 80.1 и чч. 2, 4 ст. 62 УК РФ исключают друг друга. Досудебные соглашения в большинстве случаев заключаются с лицами, имеющими судимость или совершившими серию тяжких и особо тяжких преступлений, тогда как освобождение от наказания в связи с изменением обстановки возможно только при совершении лицом преступления небольшой или средней тяжести впервые. Одним из вариантов устранения правовых противоречий в случае применения освобождения от наказания в связи с изменением обстановки и правила, предусмотренного чч. 2, 4 ст. 62 УК РФ, представляется изменение ч. 5 ст. 317.7 УПК РФ, а именно исключение из нее возможности последовательного применения чч. 2, 4 ст. 62 и ст. 80.1 УК РФ.

Ключевые слова: досудебное соглашение о сотрудничестве, освобождение от наказания в связи с изменением обстановки, общественная опасность, личность преступника

# PROBLEMS OF THE RELEASE FROM PUNISHMENT DUE TO A CHANGE OF SITUATION IN CASE OF PERFORMANCE OF ALL THE CONDITIONS AND UNDERTAKINGS SET OUT IN THE PRE-JUDICIAL COOPERATION AGREEMENT

#### Stroganova Tat'yana

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: tstyu@yandex.ru

The article deals with the issues of the release from punishment due to a change of situation if all the conditions and undertakings set out in the pre-judicial cooperation agreement are performed. The author believes that the consistent application of Art. 80.1 and pp. 2, 4 of Art. 62 of the RF Criminal Code is hampered and explains why it is so. In particular, one of the reasons is that the grounds for the application of Art. 80.1 and pp. 2, 4 of Art. 62 of the RF Criminal Code are mutually exclusive. In most cases, pre-judicial cooperation agreements are concluded by persons with a criminal record or who have committed a series of serious and particularly serious crimes, whereas the release from punishment due to a changes of situation is possible only when a person commits a crime of small or medium gravity for the first time. One of the options for eliminating legal contradictions in case of applying the release from punishment due to a change of situation and the rules, provided for in pp. 2, 4 of Art. 62 of the RF Criminal Code, is the change of p. 5 Art. 317.7 of the RF Criminal Code by excluding the possibility of the consistent application of pp. 2, 4 of Art. 62 and Art. 80.1 of the RF Criminal Code.

Key words: pre-judicial cooperation agreement, release from punishment due to a change of situation, social danger, offender's identity



Значительный интерес в уголовно-правовой литературе вызывает содержащаяся в ч. 5 ст. 317.7 УПК РФ ссылка на освобождение от наказания в связи с изменением обстановки в случае соблюдения условий и выполнения обязательств, предусмотренных в досудебном соглашении о сотрудничестве. Данный вид освобождения от наказания, в отличие от условного осуждения, является безусловной мерой уголовноправового характера, т. е. у освобождаемого от наказания осужденного отсутствуют условия, при несоблюдении которых он обязан отбыть оставшуюся часть наказания, от отбывания которой ранее был освобожден судом. Суть этого вида освобождения от наказания заключается в том, что в случае установления изменения обстановки виновный, совершивший преступление небольшой или средней тяжести впервые, может быть освобожден от наказания. При этом законодатель в качестве альтернативных оснований применения ст. 80.1 УК РФ предусматривает: 1) изменение обстановки в случае, когда происходит утрата общественной опасности преступления; 2) изменение обстановки в случае, когда происходит утрата общественной опасности личности преступника.

Изменение обстановки в связи с утратой общественной опасности преступления, совершенного лицом, – это существенные социально-экономические, политические, организационно-хозяйственные перемены в масштабе страны или отдельного региона, произошедшие независимо от лица, совершившего преступление. По мнению С. Г. Келиной, «общим свойством таких изменений является то, что они происходят независимо от воли и желания лица, но и в равной мере распространяются на всех граждан страны, или всех жителей определенного района, или всех работников того или иного предприятия»<sup>1</sup>. Исходя из этого, утрачивать общественную опасность должно не только одно преступление, но и все подобные преступные деяния. Изменение обстановки, связанное с утратой преступлением общественной опасности, не соответствует ситуации, складывающейся в связи с выполнением обвиняемым досудебного соглашения о сотрудничестве, поскольку обязательства, установленные в таком соглашении и способствующие смягчению наказания, влияют не на общественную опасность совершенного преступления, а лишь на общественную опасность личности преступника.

«Изменение обстановки в случае утраты общественной опасности личности преступника, согласно ст. 80.1 УК РФ, может быть связано с изменениями обычного поведения виновного или его правового статуса»<sup>2</sup>. К. В. Михайлов полагает, что «само лицо, совершившее преступление, перестает быть общественно опасным вследствие реальных изменений, произошедших во внешних условиях и касающихся только той обстановки, которая окружала конкретное лицо до и в момент совершения им преступления... Такие изменения относятся не столько к объективным, не зависящим от его воли условиям жизни, сколько к субъективным обстоятельствам, характеризующим позитивное постпреступное поведение лица и свидетельствующим об утрате им общественной опасности»<sup>3</sup>. Обстановка должна измениться так, чтобы у суда, принимающего решение об освобождении от наказания осужденного, не было

 $<sup>^3</sup>$  *Михайлов К. В.* Освобождение от наказания в связи с изменением обстановки // Вестн. ЮУрГУ. Сер.: Право. 2007. № 28. Вып. 12. С. 63.



<sup>1</sup> Келина С. Г. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. М., 1974. С. 93.

 $<sup>^2</sup>$  Уголовное право России: Общая часть: учеб. для вузов / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. СПб., 2006. С. 919.



сомнений в том, что данная уголовно-правовая мера поможет лицу изменить свой образ жизни и убережет его от дальнейшего преступного поведения.

В уголовно-правовой литературе существует мнение о том, что «в случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве с осужденным применение ст. 80.1 УК РФ невозможно»<sup>1</sup>. Основным аргументом сторонников такой позиции является то, что освобождение от наказания в связи с изменением обстановки допустимо только при совершении лицом преступления небольшой или средней тяжести впервые. Исходя из основной направленности создания института досудебного соглашения о сотрудничестве, а также учитывая результаты судебной практики, досудебные соглашения в большинстве случаев заключаются с лицами, входящими в группу лиц, организованную группу, преступное сообщество либо имеющими судимость или совершившими серию тяжких и особо тяжких преступлений. Поэтому, даже если принять во внимание, что суд, используя положения ч. 6 ст. 15 УК РФ, понизит категорию преступления, применение ст. 80.1 УК РФ будет затруднено, поскольку одним из оснований применения этой статьи является совершение преступления впервые, что означает «отсутствие у виновного судимости за ранее совершенное преступление и возбужденного в отношении него уголовного дела, связанного с совершением какого-либо другого преступления»<sup>2</sup>.

Согласно данным Прокуратуры по Свердловской области, в 2012 г. ходатайства о заключении досудебных соглашений о сотрудничестве чаще всего заявлялись по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, предусмотренных ст. 105, 158, 159, 162, 228, 228.1 УК РФ $^3$ . По сведениям прокуратуры Хабаровского края, в 2012 г. все преступления по уголовным делам в отношении лиц, заключивших досудебное соглашение о сотрудничестве, относились к тяжким; наибольший удельный вес имели дела, связанные с незаконным оборотом наркотических средств (61,3 %); 33,8 % составили дела по преступлениям имущественного характера и 5 % – по преступлениям против личности $^4$ . За полтора года в особом порядке по правилам гл. 40.1 УПК РФ в Московской области было рассмотрено 34 уголовных дела об особо тяжких преступлениях, что составило почти 70 % от общего количества таких дел; тяжкие преступления и преступления средней тяжести составили соответственно 24 и 6 % $^5$ . По данным прокуратуры Республики Коми, «применение института досудебного соглашения о сотрудничестве способствует раскрытию наиболее тяжких пре-

 $<sup>^5</sup>$  Обобщение по результатам изучения практики применения судами Московской области норм главы 40.1 УПК РФ об особом порядке принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве за 2010 год и первое полугодие 2011 года // Сайт Московского областного суда РФ. URL: http://www.mosoblsud.ru/ss\_detale.php?id=143377 (дата обращения: 20.06.2013).



¹ *Шадрина Е. Г.* Новая процессуальная форма участия прокурора в расследовании и рассмотрении уголовных дел // Известия Рос. гос. пед. ун-та им. А. И. Герцена. 2012. № 146. С. 135.; *Любенко В. В.* Институт досудебного соглашения о сотрудничестве обвиняемого с прокурором: вопросы теории из законодательной техники // Вестн. Саратов. гос. акад. права. 2012. № 1. С. 121–122.

 $<sup>^2</sup>$  Полный курс уголовного права: в 5 т. Т. 1: Преступление и наказание / под ред. А. И. Коробеева. СПб., 2008. С. 1004

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Справка о результатах рассмотрения Прокуратурой Свердловской области в 2012 году уголовных дел, по которым с подозреваемыми (обвиняемыми) заключены досудебные соглашения // Сайт прокуратуры Свердловской области РФ. URL: http://www.prokuratura.ur.ru/main.php?id=330 (дата обращения: 10.03.2015).

 $<sup>^4</sup>$  Справка о результатах рассмотрения Прокуратурой Хабаровского края в 2012 году уголовных дел, по которым с подозреваемыми (обвиняемыми) заключены досудебные соглашения // Сайт прокуратуры Хабаровского края РФ. URL: http://prokuror.hbr.ru/results.php?subaction=showfull&id=1359618205&ucat=2& (дата обращения: 04.06.2014).

ступлений: убийств, незаконного оборота наркотических средств, мошенничеств. При этом зачастую данные преступления совершаются в составе организованных преступных групп, состоящих из большого количества участников»<sup>1</sup>.

Изменение обстановки, влекущее утрату самим подсудимым общественной опасности, по мнению А. В. Смирнова, «не соответствует ситуации, складывающейся в связи с выполнением обвиняемым соглашения о сотрудничестве. Статья 80.1 УК РФ подразумевает утрату лицом опасности вследствие изменения обычного поведения лица (за рамками уголовного судопроизводства). В случае же заключения досудебного соглашения о сотрудничестве следует говорить об особом, уголовно-процессуальном изменении поведения лица»<sup>2</sup>. Позитивное постпреступное поведение виновного, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, зачастую является временным и распространяется на период раскрытия и расследования преступления. Обязательства, которые должен выполнить подозреваемый, обвиняемый, установленные в досудебном соглашении о сотрудничестве и являющиеся смягчающими обстоятельствами (перечислены в п. «и» ч. 1 ст. 61 УК РФ), на наш взгляд, не свидетельствуют о том, что по истечении продолжительного периода с момента совершения преступления лицо не совершит другое преступление. Данные обстоятельства характеризуют положительное поведение виновного, выраженное в его содействии следствию в ходе расследования совершенного им преступления в связи с заключением досудебного соглашения о сотрудничестве. Несомненно, такое поведение виновного снижает степень общественной опасности личности на время расследования преступления, но не гарантирует ее утрату данным лицом, как того требует ст. 80.1 УК РФ.

В судебной практике имеются уголовные дела, при расследовании которых виновный выполнил все действия, предусмотренные заключенным с ним досудебным соглашением о сотрудничестве, в связи с чем суд применил положения ст. 80.1 УК РФ при вынесении приговора. Например, по уголовному делу № 1-942/2013, рассмотренному Якутским городским судом Республики Саха (Якутия), П., осужденный по ч. 2 ст. 159.2 УК РФ, заключил досудебное соглашение о сотрудничестве и в рамках него дал признательные показания, изобличившие других входящих в организованную группу лиц, в отношении которых были раскрыты и расследованы иные преступления. «Явка с повинной, раскаяние, полное признание вины, активное способствование раскрытию и расследованию уголовного дела, изобличение других соучастников преступления были признаны судом в качестве смягчающих обстоятельств, которые существенно уменьшили степень общественной опасности совершенного виновным преступления и его самого как личности. На основании ст. 80.1 УК РФ и ч. 5 ст. 317.7 УПК РФ суд освободил П. от наказания в связи с изменением обстановки, поскольку он и совершенное им преступление перестали быть общественно опасными»<sup>3</sup>.

В рассмотренном приговоре суда ст. 80.1 УК РФ была применена при вынесении приговора. На наш взгляд, данная норма должна применяться судом в процессе от-

 $<sup>^3</sup>$  Приговор Якутского городского суда Республики Саха (Якутия) от 26 августа 2013 г. по уголовному делу № 1-942/2013.



 $<sup>^1</sup>$  Сайт прокуратуры Республики Коми. URL: http://www.prockomi.ru/news/index.php?ELEMENT\_ID=4786 (дата обращения: 20.03.2015).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Смирнов А. В. Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголов. процесс. 2009. № 10. С. 9.

бывания наказания осужденным, поскольку только по истечении определенного времени можно определить, произошли ли положительные изменения, свидетельствующие об утрате осужденным общественной опасности, либо нет.

Анализ судебной практики, опубликованной на электронном ресурсе «РосПравосудие», показал, что из 818 вынесенных за период с 2013 по 2018 г. приговоров в отношении осужденных, выполнивших все обязательства, указанные в заключенном досудебном соглашении о сотрудничестве, только в одном случае суд применил ст. 80.1 УК РФ. В остальных суд не нашел оснований для освобождения лица от наказания в связи с изменением обстановки<sup>1</sup>. Согласно данным судебной практики, опубликованным на электронном ресурсе «Судебные и нормативные акты Российской Федерации»<sup>2</sup>, за период с 2013 по 2018 г. из 393 приговоров ни в одном случае суд не усмотрел оснований для применения ст. 80.1 УК РФ.

А. В. Смирнов, анализируя проблему последовательного применения чч. 2, 4 ст. 62 и ст. 80.1 УК РФ, констатирует, что «для специального изменения поведения, такого как активное содействие раскрытию и расследованию преступления подозреваемым (обвиняемым), закон предусматривает освобождение уже не от наказания, а от самой уголовной ответственности (ст. 75 УК, ст. 28 УПК РФ). Исходя из этого, есть предположение, что законодатель в ч. 5 ст. 317.7 УПК РФ подразумевал возможность освобождения обвиняемого не от наказания, а от ответственности ввиду его деятельного раскаяния (ст. 75 УК РФ и ст. 28 УПК РФ)»<sup>3</sup>. Представляется, что такое предположение имеет право на существование, однако оно достаточно спорно, поскольку одной из целей применения досудебного соглашения является эффективное раскрытие и расследование тяжких и особо тяжких преступлений, а деятельное раскаяние применимо только к преступлениям небольшой или средней тяжести, совершенным впервые.

Институт деятельного раскаяния предусматривает такое условие, как возмещение нанесенного ущерба или иным образом заглаживание вреда, причиненного в результате совершения преступления. Что касается досудебного соглашения о сотрудничестве, то возмещение вреда, причиненного в результате совершения преступления, при выполнении обязательств такого соглашения не является обязательным для смягчения наказания. Кроме того, при последовательном применении ст. 62 и 75 УК РФ теряется уголовно-правовое значение этих норм, поскольку при применении ст. 75 УК РФ суд первой инстанции наказание виновному не назначает.

Н. П. Кириллова высказывает мысль, что «в главе 12 УК РФ отсутствует специальная норма, в соответствии с которой суд вправе освободить от отбывания наказания лицо, выполнившее условия досудебного соглашения о сотрудничестве, и правоприменитель вынужден применять норму процессуального права при отсутствии нормы материального права. Главу 12 УК РФ необходимо дополнить статьей "Освобождение от наказания в связи с выполнением условий досудебного соглашения о сотрудничестве"». При этом далее автор пишет, что введение в уголовный закон нового института освобождения от уголовной ответственности было бы неправильным, поскольку при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве дело должно пройти судебные стадии уголовного процесса. Оно не может быть прекращено на



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> URL: https://rospravosudie.com (дата обращения: 05.05.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> URL: http://sudact.ru (дата обращения: 05.05.2018).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Смирнов А. В. Указ. соч. С. 13.

стадии предварительного расследования. Следовательно, наказание должно быть назначено, но суд вправе освободить подсудимого от его отбывания»<sup>1</sup>.

Заключение досудебного соглашения о сотрудничестве при наличии возможности применения судом как ст. 80.1, так и ст. 75 УК РФ представляется нецелесообразным. Это обусловлено тем, что уголовно-правовое значение применения института досудебного соглашения о сотрудничестве – смягчить наказание лицу, с которым такое соглашение заключено, а не освободить его от уголовной ответственности или наказания. При наличии условий, установленных в ст. 75 и 80.1 УК РФ, освобождение лица от уголовной ответственности или наказания может применяться независимо от соблюдения условий и выполнения обязательств, указанных в досудебном соглашении о сотрудничестве. Подводя итог, отметим, что одним из вариантов устранения правовых противоречий, рассмотренных нами в настоящей статье, представляется изменение ч. 5 ст. 317.7 УПК РФ посредством исключения из ее содержания возможности последовательного применения чч. 2, 4 ст. 62 и ст. 80.1 УК РФ.

#### Список литературы

Келина С. Г. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. М., 1974.

*Кириллова Н. П.* Назначение наказания в случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве и в случае его нарушения // Правоведение. 2009. № 6.

*Любенко В. В.* Институт досудебного соглашения о сотрудничестве обвиняемого с прокурором: вопросы теории из законодательной техники // Вестн. Саратов. гос. акад. права. 2012. № 1.

 $\it Muxaйлов$  К. В. Освобождение от наказания в связи с изменением обстановки // Вестн. ЮУрГУ. Сер.: Право. 2007. № 28. Вып. 12.

Полный курс уголовного права: в 5 т. Т. 1: Преступление и наказание / под ред. А. И. Коробеева. СПб., 2008.

Смирнов А. В. Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголов. процесс. 2009. № 10.

Уголовное право России: Общая часть: учеб. для вузов / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. СПб., 2006.

*Шадрина Е. Г.* Новая процессуальная форма участия прокурора в расследовании и рассмотрении уголовных дел // Известия Рос. гос. пед. ун-та им. А. И. Герцена. 2012. № 146.

#### References

Kelina S. G. Teoreticheskie voprosy osvobozhdeniya ot ugolovnoi otvetstvennosti. M., 1974.

Kirillova N. P. Naznachenie nakazaniya v sluchae zaklyucheniya dosudebnogo soglasheniya o sotrudnichestve i v sluchae ego narusheniya // Pravovedenie. 2009. № 6.

*Lyubenko V. V.* Institut dosudebnogo soglasheniya o sotrudnichestve obvinyaemogo s prokurorom: voprosy teorii iz zakonodatel'noi tekhniki // Vestn. Saratov. gos. akad. prava. 2012. № 1.

*Mikhailov K. V.* Osvobozhdenie ot nakazaniya v svyazi s izmeneniem obstanovki // Vestn. YuUrGU. Ser.: Pravo. 2007. № 28. Vyp. 12.

Polnyi kurs ugolovnogo prava: v 5 t. T. 1: Prestuplenie i nakazanie / pod red. A. I. Korobeeva. SPb., 2008.

*Shadrina E. G.* Novaya protsessual'naya forma uchastiya prokurora v rassledovanii i rassmotrenii ugolovnykh del // Izvestiya Ros. gos. ped. un-ta im. A. I. Gertsena. 2012. № 146.

 $Smirnov\ A.\ V.$  Osobyi poryadok prinyatiya sudebnogo resheniya pri zaklyuchenii dosudebnogo soglasheniya o sotrudnichestve // Ugolov. protsess. 2009.  $\mathbb{N}_2$  10.

Ugolovnoe pravo Rossii: Obshchaya chast': ucheb. dlya vuzov / pod red. N. M. Kropacheva, B. V. Volzhenkina, V. V. Orekhova. SPb., 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> *Кириллова Н. П.* Назначение наказания в случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве и в случае его нарушения // Правоведение. 2009. № 6. С. 205.



## РАСКРЫТИЕ И РАССЛЕДОВАНИЕ ПРЕСТУПЛЕНИЙ: СИТУАЦИОННЫЙ ПОДХОД

#### Драпкин Леонид Яковлевич

Профессор кафедры криминалистики Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук, профессор (Екатеринбург), e-mail: ruzh@usla.ru

#### Шуклин Александр Евгеньевич

Старший эксперт отдела криминалистики Следственного управления СК России по Свердловской области, кандидат юридических наук, подполковник юстиции (Екатеринбург), e-mail: alexshuklin@mail.ru

В статье рассматривается соотношение раскрытия и расследования преступлений, а также вопросы преодоления сложных проблемных ситуаций, возникших по уголовному делу. Авторы изучают процесс трансформации сложных проблемных ситуаций в простые, непроблемные. Исследуется процесс выдвижения и проверки версий, их вероятностный эвристический механизм. Внимание уделяется выведению логических следствий, их подтверждению и опровержению. Отдельно рассматривается доказательственная сила подтвержденных логических следствий.

Ключевые слова: раскрытие преступлений, расследование преступлений, логические следствия, версии, эвристика, подтверждение и неподтверждение логических следствий, исходные данные, искомое

## DETECTION AND INVESTIGATION OF CRIMES: THE SITUATIONAL APPROACH

#### **Drapkin Leonid**

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: ruzh@usla.ru

#### Shuklin Aleksandr

Investigative Department of the Sverdlovsk Region Investigative Committee of the RF (Yekaterinburg), e-mail: alexshuklin@mail.ru

The article deals with the relation between detection and investigation of crimes as well as the issues of overcoming difficult problematic situations arising within the criminal case. The authors investigate the process of transformation of problematic situations into simple, non-problematic ones. The process of suggesting and verifying different versions and its probabilistic heuristic mechanism are considered. Certain attention is paid to the process of deducing logical consequences, their confirmation and refutation. The evidential value of confirmed logical consequences is also examined.

Key words: detection of crimes, investigation of crimes, logical consequences, versions, heuristics, confirmation and non-confirmation of logical consequences, input data, sought-for

Научная категория «раскрытие преступлений» давно и прочно вошла в понятийный аппарат криминалистики и теории оперативно-розыскной деятельности. В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ об ОРД) раскрытие преступлений,



выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, является важнейшей функцией органов дознания. Однако в теории уголовного процесса и в Уголовно-процессуальном кодексе РФ до последнего времени это понятие, несмотря на его системообразующее значение, отсутствовало. В связи с этим все многообразное содержание данной научной и практической категории необоснованно «втискивалось» лишь в одно недостаточно специфическое понятие – «расследование преступлений».

Лишь в 2009 г. Федеральным законом от 29 июня 2009 г. № 141-ФЗ понятие «раскрытие преступлений» было введено в российское уголовно-процессуальное законодательство. В гл. 40.1 УПК РФ законодатель отделил понятия «раскрытие» и «расследование преступлений» друг от друга (пп. 1, 2 ч. 1 ст. 317.5, п. 1 ч. 2 ст. 317.6 УПК РФ).

В теории криминалистики многие ученые признают системообразующую роль понятия «раскрытие преступлений». Так, Ф. Ю. Бердичевский рассматривал раскрытие преступлений как центральное понятие криминалистики, вокруг которого группируются другие понятия этой науки<sup>1</sup>. Представляется, что правильное определение сути раскрытия преступлений, его содержания и направленности, а также логического объема и информационных границ позволит отграничить этот процесс от процесса расследования преступлений (хотя оба эти понятия тесно связаны друг с другом).

В криминалистике существуют различные научные подходы к определению рассматриваемой категории:

- 1. Раскрытие преступлений заключается в обнаружении события (факта) совершения преступления, допроса виновных лиц. Момент раскрытия связан с задержанием подозреваемого (подозреваемых), избранием меры пресечения и его допросом<sup>2</sup>.
- 2. Раскрытие преступлений состоит в обнаружении преступного события и виновных лиц, которым предъявляется обвинение. Момент раскрытия обусловлен составлением обвинительного заключения по делу<sup>3</sup>.
- 3. Раскрытие преступления процесс установления в полном объеме всех элементов предмета доказывания. Момент раскрытия совпадает с окончанием предварительного следствия и составлением обвинительного заключения<sup>4</sup>.
- 4. Раскрытие преступления есть доказывание всех обстоятельств дела органами предварительного следствия, дознания и судом. Момент раскрытия определяется вынесением обвинительного приговора или даже его вступлением в законную силу<sup>5</sup>.
- 5. Раскрытие преступлений это деятельность органов предварительного следствия и дознания, направленная на получение доказательств о преступном событии и виновных лицах. Момент раскрытия преступления обусловлен либо качественным изменением информационного состояния по уголовному делу, которое выражается в переходе от незнания к вероятному знанию (Ф. Ю. Бердичевский)<sup>6</sup>, либо выдвиже-



 $<sup>^1</sup>$  *Бердичевский Ф. Ю.* О предмете и понятийном аппарате криминалистики // Вопросы борьбы с преступностью. М., 1976. Вып. 24. С. 143–145.

 $<sup>^2</sup>$  Васильев А. Н. Введение в курс советской криминалистики. М., 1962; Карпец И. И. Проблемы преступности. М., 1969. С. 152; Калинин Ю. В. О понятии раскрытия преступлений // Вопросы криминалистической методологии, тактики и методики расследования. М., 1973. С. 35–36.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> *Образцов В. А.* Теоретические основы раскрытия преступлений, связанных с ненадлежащим использованием профессиональных функций в сфере производства. Иркутск, 1986. С. 43–44.

 $<sup>^4</sup>$  *Танасевич В. Г.* Проблемы методики раскрытия и расследования преступлений // Советская криминалистика: теоретические проблемы. М., 1978. С. 179-180.

 $<sup>^5</sup>$  Остроумов С., Панченко С. Критерии оценки раскрытия преступлений // Соц. законность. 1976. № 9. С. 51.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Бердичевский Ф. Ю. Указ. соч. С. 143–148.

нием версии о совершении преступления определенным лицом (Р. С. Белкин)<sup>1</sup>. Эти позиции объединены, поскольку оба названных автора считают, что основное содержание процесса раскрытия преступлений и его сущность состоят в переходе от незнания к вероятному знанию (выдвижение соответствующей версии).

Представляется, что все перечисленные выше позиции ошибочны и не соответствуют современной ситуационной парадигме. Первая из названных позиций имеет преимущественно оперативно-розыскную направленность, а также определенное учетно-статистическое значение при дифференциации преступлений на очевидные и неочевидные. Следующие три позиции, несмотря на различия, связаны с объемом установленных по делу обстоятельств, регламентированных ст. 73 УПК РФ, и характеризуются типичной уголовно-правовой направленностью, делая акцент на показателях раскрываемости преступлений. Авторы этих концепций ошибочно отождествляют раскрытие преступления с окончанием предварительного следствия или даже процесса судебного познания. Подобная расширенная интерпретация исследуемого понятия неизбежно приводит к тому, что раскрытие преступлений из первоочередной задачи органов следствия и дознания, каким оно является на самом деле, превращается в цель всего процесса доказывания<sup>2</sup>.

Мы, придерживаясь результативного подхода, предлагаем иное, отличное от рассмотренных выше определение понятия «раскрытие преступления», не связанное с процессуальными этапами доказывания (в этом мы солидарны с Р. С. Белкиным и Ф. Ю. Бердичевским). Раскрытие преступлений — это сложный процесс перехода от вероятных знаний по уголовному делу к знаниям достоверным и достаточным. Основной метод раскрытия преступлений состоит в выдвижении следственных версий и их проверке путем выявления логических следствий, которые сопоставляются с фактами, установленными по уголовному делу. В ходе раскрытия преступлений ошибочные версии устраняются, а правильно выдвинутая версия подтверждается. В особо сложных (тупиковых) ситуациях следователь нередко использует интуитивный метод раскрытия преступлений, который предполагает своеобразное «сближение» дальних и сверхдальних ассоциаций, использование профессионального и общежитейского опыта, а также наличие соответствующего уровня эрудиции, аналитических и других творческих способностей.

По характеру, содержанию, объему исходных данных по уголовному делу, их логико-информационному содержанию, а также степени трудности перехода к искомым обстоятельствам все преступления с некоторой долей условности можно разделить на две группы: преступления, которые надо вначале раскрывать и лишь затем расследовать, и преступления, которые надо только расследовать.

К первой группе относятся преступления, которые характеризуются возникновением *проблемных ситуаций* в процессе доказывания двух важнейших обстоятельств, предусмотренных ч. 1 ст. 73 УПК РФ: события (факта) совершения преступления и виновности привлеченных к ответственности лиц.

При расследовании преступлений второй группы не возникает проблемных ситуаций, а некоторые трудности, с которыми можно столкнуться при переходе от исходных данных к искомому обстоятельству (обстоятельствам), разрешаются сравнительно легко. Это обусловлено тем, что информационная база исходных данных содержит достаточно сведений об основных элементах предмета доказывания (при

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Арсеньев В. Д. Основы теории доказательств в советском уголовном процессе. Иркутск, 1970. С. 29–30.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Белкин Р. С. Курс советской криминалистики: в 3 т. М., 1979. Т. 3. С. 150–152.

этом профессиональная подготовка следователя не должна быть ниже среднего уровня и его субъективные качества не должны способствовать совершению им грубых ошибок). Во вторую группу входят многие преступления, совершенные против собственности, в сфере экономической деятельности, компьютерной безопасности и т. п.

Статья 73 УПК РФ включает две группы обстоятельств, подлежащих доказыванию. К первой относятся структурные элементы предмета доказывания (пп. 1-4 ч. 1 ст. 73 УПК РФ) $^1$ . Вторая группа состоит из обстоятельств, не входящих в предмет доказывания (пп. 5-8 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Данные обстоятельства, как правило, доказываются легче, чем структурные элементы предмета доказывания (в некоторых случаях исключения составляют обстоятельства, регламентированные п. 8 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Эта относительная легкость обусловлена тем, что виновные и другие заинтересованные лица не маскируют указанные обстоятельства, а наоборот, стремятся представить их следователю. Главная функция следователя в этой ситуации заключается лишь в проверке поступивших данных. Доказывание обстоятельств второй группы упрощается, если обстоятельства предмета доказывания уже полностью и достоверно установлены.

В данном контексте интерес представляет так называемая древнеримская семичленка, сформулированная еще в І в. н. э. выдающимся ритором Квинтилианом. Она включает в себя семь вопросов: «что?», «кто?», «где?», «когда?», «как?», «чем?», «почему?»². Получение достоверных и полных ответов на них позволяет успешно завершить любое исследование, в том числе раскрытие и расследование преступления. Перед следователем (как и перед каждым исследователем) ставятся четкие и конкретные вопросы, на которые необходимо получить такие же четкие и конкретные ответы, помогающие выполнить стоящие перед ним задачи.

Сравнение данной формулы с современной структурой доказывания позволяет выявить некоторые недостатки последней.

Во-первых, отсутствует четкое указание на необходимость доказывания того, что именно произошло, каков характер криминального деяния.

Во-вторых, отсутствует требование о получении сведений о личности потерпевших (в том числе об организации (юридическом лице), которой причинен какой-либо вред), поскольку по некоторым уголовным делам данные об этом обязательном структурном элементе предмета доказывания устанавливаются с большим трудом.

В-третьих, многие важнейшие обстоятельства предмета доказывания, такие как время, место, способ совершения преступления, включены в понятие «событие преступления», хотя каждое из перечисленных обстоятельств имеет самостоятельное процессуальное и криминалистическое значение в процессе доказывания.

В-четвертых, в п. 1 ч. 1 ст. 73 УПК РФ вместо перечисления конкретных обстоятельств, подлежащих доказыванию, используется недопустимый в данном случае прием отсылки к неопределенному понятию – «и другие обстоятельства совершения преступления», хотя предмет доказывания должен быть *типовой моделью* в ходе раскрытия и расследования всех преступлений. Недопустимость этого приема подтверждается еще и тем, что в ч. 1 ст. 74 УПК РФ законодатель использует правильный



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> С принятием Федерального закона от 29 июня 2009 г. № 141-ФЗ элементы предмета доказывания впервые были выделены законодателем в отдельную группу (из общего числа обстоятельств, указанных в ч. 1 ст. 73 УПК РФ), предусмотренную п. 4 ч. 2 ст. 317.3 УПК РФ.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> В различных источниках приводится различная последовательность вопросов.

термин – «иные обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела». При сопоставлении содержания ст. 73 и 74 УПК РФ становится очевидно, что «иные обстоятельства» – это не типовые элементы, подлежащие доказыванию по каждому делу, а обстоятельства отдельных уголовных дел, которые доказываются, поскольку имеют значение для раскрытия и расследования конкретных криминальных деяний. Следует добавить, что названные «иные обстоятельства» сами становятся доказательствами (иногда косвенными) для типовых структурных элементов, регламентированных ст. 73 УПК РФ.

Ранее отмечалось, что раскрытие преступлений состоит в разрешении проблемных ситуаций, возникающих по многим уголовным делам. Существует несколько определений проблемной ситуации. Предлагаем наиболее удачное из них. Проблемная ситуация — это своеобразное познавательное противоречие между знанием и познанием, специфическое соотношение между известным и неизвестным по уголовному делу, когда сведения об искомом обстоятельстве (обстоятельствах) не содержатся в исходных данных, но находятся в неоднозначной вероятностной связи с уже установленными фактами, в какой-то мере ограничивающими и в то же время направляющими поиск правильного решения<sup>1</sup>. В проблемной ситуации отсутствует однозначная алгоритмическая процедура поиска и принятия решений. Вместо нее применяется ослабленный (гибкий, нестрогий) алгоритм действий, предусматривающий несколько путей решения одной задачи.

Проблемная ситуация независимо от категории и характера уголовного дела имеет одну и ту же конструкцию: совокупность недостаточных исходных данных и неизвестное искомое, которые отделены друг от друга информационно-логическим барьером. Этот барьер отражает не только проблемную трудность, но и поисковый импульс для диалектического движения от незнания к достоверному и достаточному знанию.

Методологической основой проблемных ситуаций является так называемая семантическая неопределенность, одна из разновидностей информационной неопределенности. Семантическая неопределенность характеризуется существенным недостатком сведений для принятия решений, отсутствием логической последовательности в процессе познания и полной невозможностью однозначного вывода. Проблемные ситуации чаще всего возникают на первоначальном этапе расследования, но по многоэпизодным или по уголовным делам с большим числом подозреваемых (обвиняемых), когда появляются новые данные о дополнительных эпизодах и неизвестных виновных лицах, сложные проблемные ситуации образуются на последующем и даже на завершающем этапах доказывания.

По уголовным делам могут возникать так называемые мнимо простые ситуации. Они являются разновидностью сложных ситуаций с завуалированной проблемной ситуацией (кроме проблемной, замаскированы могут быть и другие виды сложных ситуаций, чаще всего конфликтные). Следователя вводит в заблуждение внешняя (наружная) простота подобных ситуаций. Но если ему удается установить ее действительный (проблемный) характер, он может тактически грамотно использовать благоприятное для него незнание реальной обстановки противостоящей стороной и успешно разрешить создавшуюся ситуацию.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Драпкин Л. Я. Криминалистические и оперативно-розыскные аспекты раскрытия и расследования преступлений: учеб. пособие. Екатеринбург, 2014. С. 20. Впервые определение проблемной ситуации было сформулировано Л. Я. Драпкиным в его кандидатской диссертации. Подробнее см.: Драпкин Л. Я. Построение и проверка следственных версий: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1972.



Основным методом разрешения проблемной ситуации являются выдвижение и проверка следственных версий. Даже когда к следователю поступают заслуживающие доверия оперативно-розыскные данные, он также выдвигает следственную версию, а затем проверяет ее. В версионном процессе следователь использует два механизма мышления: эвристический и логический, позволяющие выдвинуть все возможные версии по делу, предположительно объясняющие совокупность исходных данных и вероятностно устанавливающие искомое обстоятельство (обстоятельства). В ходе построения версий следователь использует эвристический блок интеллектуальных операций, который характеризуется творческим содержанием, гибкими программами деятельности, вероятностными выводами и недостаточностью исходных данных.

Под исходными данными в рассматриваемой ситуации понимается совокупность (комплекс) сведений, полученных в результате производства предварительной проверки и первоначальных следственных действий (фактическая база версии), а также содержащаяся в памяти следователя информация, приобретенная им в течение профессиональной и иной деятельности (в математики и логике эта совокупность информации носит название «тезаурус»<sup>1</sup>, а Д. Пойа называет ее «фоном»<sup>2</sup>). Особое значение принадлежит сведениям, содержащимся в криминалистической характеристике преступлений: из них следователь получает значительную часть дополнительной информации, необходимой ему для разрешения проблемной ситуации.

Процесс построения версий имеет динамическую структуру и состоит из трех основных этапов:

- 1. Исследование *исходных данных*, позволяющее произвести фильтрацию, оценку отдельных фактов и их группировку вокруг неизвестных обстоятельств уголовного дела. В результате выявляется искомое обстоятельство, и в процессе следственных действий, оперативно-розыскных и поисковых мероприятий с помощью данных криминалистических и иных учетов формируется *фактическая база версии*.
- 2. Формирование *теоретической базы версии* и ее использование следователем в связи с недостатком информации, содержащейся в фактической базе версии (именно в этом и состоит одно из основных отличий процесса расследования от процесса раскрытия преступлений).
- 3. Формирование путем творческой интеграции фактической и теоретической баз версии *версионного вывода* (вероятностного умозаключения), имеющего форму условно-категорического силлогизма:

Если А, то В Если Н. совершил убийство,

то у него должны быть мотивы преступления

Установлено – В *Мотивы* преступления установлены: месть

Вероятно, А Вероятно, Н. совершил убийство

Вывод в этом силлогизме осуществляется от следствия (В) к причине (А), поэтому он не может считаться правомерным (традиционным, дедуктивным). Это вероятностный, эвристический вывод, имеющий индуктивную природу и огромное поисковое значение.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Фон – совокупность мыслей и представлений человека, в том числе в окончательно не оформленном виде (*Пойа Д.* Математика и правдоподобные рассуждения. М., 1975. С. 212).



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Подробнее см.: *Михайлов А. И.* Основы информатики. М., 1968.

Сказанное позволяет сформулировать следующее определение: *следственная версия* – это обоснованное предположение, дающее одно из возможных *объяснений* уже выявленных исходных данных (фактической и теоретической баз версии), позволяющее вероятностно *установить* еще неизвестное обстоятельство (искомое).

Следует подчеркнуть, что в теории криминалистических версий термин «обоснованность» имеет ограниченный характер, отражающий вероятность версии (тогда как в философии и логике понятию обоснованности придается абсолютное значение).

Творческий процесс выдвижения следственных версий можно представить графически (см. схему).



Примечание: выдвинуты три версии, подтверждается версия  $V_{_3}$  (непрерывная линия), версии  $V_{_1}$  и  $V_{_2}$  опровергнуты (пунктирные линии).

Выдвижение следственных версий – сложный эвристический процесс, носящий творческий характер. Сама же версия – результат этого процесса – характеризуется поисково-вероятностной направленностью и неоднозначностью. В связи с неоднозначностью вывода следователь выдвигает несколько версий, каждая из которых по-разному объясняет всю совокупность исходных данных и так же вероятностно устанавливает искомое обстоятельство. При этом для проверки версий используется опосредованный метод выведения из версий логических следствий и их сопоставления с конкретными фактами, установленными по уголовному делу. Если процесс выдвижения версий соответствует всем правилам и условиям, то одна из версий подтверждается, а остальные опровергаются.

В теории познания (гносеологии) известны три способа проверки гипотез (версий, обоснованных предположений). Первый заключается в непосредственном (прямом) установлении выдвинутых предположений (например, открытие предсказанного Д. И. Менделеевым химического элемента, названного галлием). Второй способ состоит в доказывании гипотезы более общим положением (теорией), которое используется для проверки (например, для объяснения неправильности в движении планеты Меркурий были с успехом использованы положения теории относительности А. Эйнштейна). Оба названных способа проверки гипотезы неприменимы к доказыванию или опровержению следственных версий. Первый нельзя использовать, поскольку версии вероятностно описывают объект, события прошлого, которые не могут существовать в настоящем, а тем более в будущем. Это методологическое правило исключает проверку версий путем непосредственного установления<sup>1</sup>. Что касается второго способа проверки версии, то нет такой общей теории, из которой дедуктивно можно было бы вывести достоверность версии.



 $<sup>^{\</sup>scriptscriptstyle 1}$  Никинин Е. П. Объяснение – функция науки. М., 1970. С. 178.

Третий способ заключается в выведении из предположения всех возможных логических следствий и их проверке. Именно этот способ используется для подтверждения или опровержения следственных версий. При этом в первую очередь выводятся логические следствия из уже выдвинутых версий, затем они сопоставляются с соответствующими фактами по уголовному делу.

В процессе проверки следственных версий действует четкая закономерность: опровержение необходимого логического следствия, выведенного из проверяемой версии, ведет к безусловному отрицанию самой версии, тогда как подтверждение логического следствия, с необходимостью выведенного из версии, делает возможным (более вероятным) подтверждение самой версии. Таким образом, для достоверного опровержения версии достаточно двух условий: 1) логическое следствие должно быть с необходимостью выведено из версии; 2) опровержение логического следствия безусловно подчиняется четкой закономерности: «Опровергнутое следствие опровергает само предположение (версию, гипотезу)»<sup>1</sup>.

Опровержение следственных версий осуществляется по отрицательному модусу гипотетического силлогизма:

Если А, то В Если М. совершил *кражу*, то в этот момент М. должен был находиться *на месте преступления*Установлено – не В В момент совершения кражи М. находился *на работе*Следовательно, не А Следовательно, М. не мог совершить *кражу* 

При подтверждении логического следствия возникает совершенно иная ситуация: вывод становится лишь вероятным (или более вероятным), несколько увеличивающим вероятность самой версии.

Представим логическую формулу подтверждения логических следствий (ЛС):

Если V, то  $\Pi C_1$ ,  $\Pi C_2$   $\Pi C_1 \Pi C_2 -$  подтверждены  $\overline{V} \text{ (версия) более правдоподобна}$ 

Эту и другие подобные формулы, отражающие логические связи, Д. Пойа назвал эвристическими (следственно-причинными, а не причинно-следственными) схемами<sup>2</sup>.

Рассмотрим три возможных исхода проверки версий.

1. Неподтверждение выведенных из версий логических следствий, заключающееся в необнаружении предполагаемых доказательств. В криминалистической теории и следственной практике распространено ошибочное мнение о том, что неустановленное логическое следствие уменьшает вероятность версии<sup>3</sup>. В действительности же неполучение ожидаемой информации не изменяет уровень вероятности версии, поскольку изменение вероятности может произойти лишь при получении определенного сообщения<sup>4</sup>. Непоступление информации может быть связано с ошибками,



 $<sup>^{\</sup>scriptscriptstyle 1}$  Пойа Д. Указ. соч. С. 204.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Там же. С. 204.

 $<sup>^3</sup>$  *Лузгин И. М.* Построение и проверка версии при производстве расследования по уголовному делу // Вопр. криминалистики. 1962. № 8–9. С. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Эшби У. Р. Кибернетика и управление производством. М., 1960.



допущенными в процессе поиска доказательств. В этой ситуации надо выводить новые логические следствия, применять более эффективные методы расследования, привлекать к работе более квалифицированных специалистов.

- 2. Опровержение логических следствий, состоящее в обнаружении обстоятельств, противоречащих выведенным из версии логическим следствиям. При этом надо учитывать непреложное правило: если логическое следствие находится в необходимой связи с версией, то его опровержение ведет к отрицанию версии, тогда как опровержение вероятного логического следствия влечет лишь уменьшение вероятности версии.
- 3. Подтверждение логических следствий, которое, независимо от того, в какой форме связи находятся логические следствия и версия, увеличивает вероятность версии. Следует отметить, что подтверждение одних логических следствий увеличивает вероятность версии больше, а других меньше, т. е. некоторые доказательства являются сильными, а другие значительно слабее.

Назовем факторы, от которых зависит бо́льшая или меньшая доказательная сила логических следствий.

1. Количество подтверждающих следствий: чем больше логических следствий установлено достоверно, тем выше степень вероятности версии:

В этой эвристической схеме исключается качественная оценка, поскольку учитывается лишь количество логических следствий.

2. Разнообразие подтвержденных логических следствий. Если каждое новое следствие очень похоже на уже установленное и использованное, то по аналогии можно предположить, что оно также подтвердится. И наоборот, если новое доказательство не имеет сходства с уже установленным, то в случае его подтверждения уверенность в надежности (перспективности) версии резко возрастает. Разная сила доказательств в этих двух вариантах (применение аналогичного и отличающегося логического следствия) обусловлена разным количеством информации, поступающей следователю: в аналогичных доказательствах она минимальна, а при получении нового доказательства, отличающегося от уже установленного, количество информации значительно увеличивается. Подобный прирост информации обусловлен известным теоретическим положением: мера информации зависит от новизны, неожиданности, содержащихся в сообщении<sup>1</sup>.

Приведем пример уголовного дела об убийстве Маринцева. Из версии о причастности к преступлению Е. были выведены несколько логических следствий: вскоре после убийства Маринцева у Е. появилась крупная сумма денег ( $B_1$ ); в это же время Е. угощал в ресторане своих друзей ( $B_2$ ); Е. почти сразу после исчезновения Маринцева отдал крупный долг своему брату ( $B_3$ ). Кроме того, судебно-медицинской экспертизой было установлено, что на внутренней подкладке куртки Е. обнаружено засохшее

 $<sup>^1</sup>$  Воробьев Г. Г. Документ: информационный анализ структуры и функций. М., 1973; Харкевич А. А. О ценности информации. Проблемы кибернетики. М., 1961. Вып. 4; *Тростников В. Н.* Человек и информация. М., 1970. С. 15–16, 20, 25.





пятно крови той же группы, что и у потерпевшего ( $B_4$ ). Очевидно, что следствие  $B_4$  имеет большее доказательное значение, чем  $B_2$  и тем более  $B_3^{-1}$ .

Логико-эвристическую структуру этого процесса отразим в следующей схеме:

$A \rightarrow B_3$	$A \rightarrow B_4$
(В3 очень похоже на ранее подтвержденные	$(\mathrm{B_4}\mathrm{сильно}\mathrm{отличается}\mathrm{от}\mathrm{ранеe}\mathrm{подтвержденныx}$
логические следствия $B_1$ и $B_2$ )	логических следствий $B_1, B_2, B_3$ )
$\mathbf{B_{_{3}}}$ – подтверждено	$\mathbf{B}_{4}$ – подтверждено
А несколько более вероятно	А значительно более вероятно

Несмотря на значительное возрастание вероятности версии в результате подтверждения логического следствия  $B_4$ , игнорировать другие доказательства недопустимо, поскольку важнейшая черта процесса доказывания состоит в создании системы доказательств, независимо от доказательственной силы каждого из них.

3. Конкретность логических следствий: чем более конкретна (индивидуальна, единична) информация, содержащиеся в отдельном доказательстве или в системе доказательств, тем более ценной она становится (например, оставленные преступником следы пальцев рук имеют большее доказательное значение, чем следы автомашины преступника, позволяющие определить ее марку).

Сравнительную силу доказательств можно отразить в следующей схеме:

$A \rightarrow B_1$	$\mathbf{A} \to \mathbf{B}_2$
$(B_{_{1}}-$ общее неконкретное доказательство)	$(B_2$ – конкретное доказательство)
$B_1$ – подтверждено	${\rm B_2}$ – подтверждено
А несколько более вероятно	А гораздо более вероятно

4. Сравнительная редкость (низкая частота встречаемости) доказательств: чем более редкая информация содержится в том или ином доказательстве, тем сильнее ее доказательственное значение. Так, по уголовному делу об убийстве Г. Буланова лишь редкость легированной стали, из которой был изготовлен финский нож убийцы, позволила найти сначала предприятие, использующее этот редкий металл, затем – изготовителя ножей, кинжалов и кортиков, работавшего на упомянутом заводе, и лишь после – убийцу, который ранее приобрел этот нож<sup>2</sup>.

Влияние редкости на доказательственную силу логических следствий можно отразить в следующей схеме:

$A \rightarrow B_1$	$A \rightarrow B_2$
$(B_{_{1}}-$ доказательство, содержащее обычные,	$(B_2 -$ доказательство, содержащее редкие,
широко распространенные сведения)	нераспространенные сведения)
$\mathbf{B}_1$ – подтверждено	$\mathbf{B}_{2}$ – подтверждено
А несколько более вероятно	А значительно более вероятно

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Уголовное дело по факту убийства Маринцева // Архив Свердловского областного суда за 1966 г. В период расследования указанного уголовного дела молекулярно-генетическая экспертиза еще не проводилась, вместо нее назначалось производство биологической экспертизы по установлению групповой принадлежности крови.

 $<sup>^2</sup>$  Уголовное дело по обвинению Елистратова Г. Н. по п. «а» ч. 2 ст. 105 УК РФ // Архив Свердловского областного суда.



5. Минимальная вероятностная характеристика логического следствия. Механизм действия этого фактора довольно сложен для понимания с позиций здравого смысла. В связи с этим вначале покажем его функционирование на примере уголовного дела об убийстве и изнасиловании 9-летней Светланы К.

6 сентября неизвестный мужчина увез Светлану на мотоцикле «Ява» в сторону лесного массива, и с тех пор девочку никто не видел. Розыски потерпевшей, в которых участвовали сотни людей, тщательно прочесывающих большую территорию, не привели к положительному результату. Одновременно проводились интенсивные следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия, результаты которых позволили следователю выдвинуть в числе других перспективную версию о совершении преступления Б. Пыжьяновым (А)¹. Для проверки этой версии были выведены два логических следствия:

если Пыжьянов совершил убийство Светланы (А), то во время совершения этого преступления он не мог быть на работе, как он первоначально показывал (В<sub>1</sub>);

если Пыжьянов совершил убийство девочки (A), то он должен знать место сокрытия трупа ( $B_{o}$ ).

Подтверждение логического следствия  $B_1$  хотя и повысило вероятность версии, но очень незначительно, так как в рабочее время Пыжьянов часто уезжал на мотоцикле за пивом для своих приятелей по цеху авторемонтного завода. Таким образом, очевидно, что логическое следствие  $B_1$  может быть объяснено не только версией A, но и другими причинами. Отсутствие Пыжъянова на работе не является редким, необычным событием, а поэтому вероятность версии A после ее подтверждения логическим следствием  $B_1$  возрастает крайне незначительно.

Отразим влияние подтвержденного логического следствия  $B_{_1}$  на вероятность версии A:

 $A \to B_1$   $(B_1 -$  доказательство, содержание обычные, нередкие, распространенные сведения)  $B_1 -$  подтверждено A немногим более вероятно

Совсем иная ситуация складывается при подтверждении логического следствия  $B_2$  (правильное указание Пыжьяновым места захоронения убитой девочки). Поскольку самостоятельное существование этого следствия без теснейшей связи с версией А невозможно, то после подтверждения логического следствия  $B_2$  выдвинутая версия А становится достоверным знанием по уголовному делу. И действительно, когда через три дня после задержания подозреваемого под давлением многочисленных косвенных доказательств Пыжьянов был вынужден сразу же, без всяких предварительных поисков, показать место захоронения Светланы, то вывод о совершении им преступления стал несомненным².

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Следует отметить, что общая площадь территории, на которой велись поиски ребенка, составляла более 11 км², а площадь колодца, в котором был спрятан труп, − 0,64 м². С позиции теории вероятности вероятность случайного обнаружения трупа с первой же попытки совершенно ничтожна и составляет 1/18000000. Как утверждал Д. Пойа, «вездесущая гипотеза случайности становится безнадежно дискредитированной...» (Пойа Д. Указ. соч. С. 330).



<sup>1</sup> Уголовное дело по обвинению Б. Пыжьянова // Архив Свердловского областного суда.

Покажем влияние исследуемого фактора (минимальная вероятностная характеристика следствия) на вероятность версии:

 $A \rightarrow B$ 

(В, теснейшим образом связано с версией А,

без этой связи самостоятельное существование следствия В, невероятно)

Вероятность А чрезвычайно высока

Тем самым чрезвычайно высокая вероятность версии совместно с другими доказательствами по делу позволяет прийти к достоверному выводу о виновности лица.

Таким образом, чем меньше вероятность информационной, причинно-следственной, следственно-причинной и иной связи логических следствий и установленных по уголовному делу фактов (обстоятельств), тем выше их доказательственное значение (сила доказательств – ч. 2 ст. 17 УПК РФ). В этой ситуации весьма важна специфическая закономерность обратного соотношения между уровнем вероятности возникновения события и его действительным (реальным) наступлением. По нашему мнению, эта закономерность отражает одно из ключевых имманентных свойств процесса доказывания и самих доказательств, которое тесно связано с другим, не менее важным свойством доказательств – их редкостью.

Добавим, что подтверждение одной из выдвинутых версий сопровождается опровержением других (ошибочных) версий. Формирование достоверных и достаточных выводов является результатом двух различных, но тесно связанных между собой процессов, направленных на достижение одной общей цели: опровержение ошибочных версий и подтверждение правильной версии, трансформирующейся в достоверный вывод.

В процессе опровержения ошибочных версий и подтверждения единственно правильной версии ее отношение с подтвержденными логическими следствиями постепенно приобретает форму эквивалентной связи ( $A \leftrightarrow B$ ), а условное суждение «Если A, то B» преобразуется в выделяющее условное суждение: «Если A, то B и только B». Именно такая логическая формула соответствует структуре связи между комплексом подтвержденных следствий и доказанной версией, отражая заключительный этап процесса перехода от вероятных знаний по уголовному делу к знаниям достоверным и достаточным.

В связи с тем что в процессе раскрытия преступлений отношения по нераскрытым криминальным деяниям, как правило, характеризуются не причинно-следственной, а следственно-причинной связью, то приведенный выше достоверный и достаточный вывод трансформирует нераскрытое уголовное дело в раскрытое, что можно отразить в следующей формуле:  $B \leftrightarrow A$ ; условное суждение «Если B, то A» преобразуется в выделяющее условное суждение «Если B, то A и только A».

Подтверждение уже имеющихся логических следствий позволяет выводить из проверяемой версии все новые и новые логические следствия и успешно их подтверждать, последовательно увеличивая вероятность версии и добиваясь того, чтобы она стала достоверной и достаточной. Как отмечал Л. Б. Баженов, «круг верных предсказаний ложной гипотезы всегда узок и ограничен, тогда как истинная гипотеза приведет ко многим и разнообразным следствиям»<sup>1</sup>.



 $<sup>^1</sup>$  Баженов Л. Б. Основные вопросы теории версии. М., 1961. С. 56.

Повторим, что после того как ранее неизвестные обстоятельства (личность и виновность конкретного лица) доказаны, они сами становятся доказательствами и помогают успешно устанавливать другие обстоятельства, предусмотренные ч. 1 ст. 73 УПК РФ. Необходимо еще раз подчеркнуть обязательность использования в процессе доказывания так называемых иных обстоятельств, имеющих значение по уголовному делу (ч. 1 ст. 74 УПК РФ). Доказательственная сила иных обстоятельств весьма велика в связи с тем, что они в большинстве ситуаций отражают конкретные (и даже единичные) связи с доказываемым обстоятельством (например, трамвайный билет, кассовый чек, театральная программа и т. п.). Иные обстоятельства доказывания нередко помогают установить непосредственные связи с подозреваемыми, важными свидетелями, место и время преступления и другие, еще неизвестные факты по уголовному делу, благодаря чему появляется возможность выдвижения перспективных версий, позволяющих раскрыть самые сложные и запутанные преступления.

Итак, исследование многочисленных и разнообразных аспектов проблемы раскрытия преступлений поможет решить многие теоретические и практические вопросы криминалистики и оперативно-розыскной деятельности.

#### Список литературы

Арсеньев В. Д. Основы теории доказательств в советском уголовном процессе. Иркутск, 1970.

Баженов Л. Б. Основные вопросы теории версии. М., 1961.

Белкин Р. С. Курс советской криминалистики: в 3 т. М., 1979. Т. 3.

 $Бердичевский \Phi$ . IO. О предмете и понятийном аппарате криминалистики // Вопросы борьбы с преступностью. М., 1976. Вып. 24.

Васильев А. Н. Введение в курс советской криминалистики. М., 1962.

Воробьев Г. Г. Документ: информационный анализ структуры и функций. М., 1973.

*Драпкин Л. Я.* Криминалистические и оперативно-розыскные аспекты раскрытия и расследования преступлений: учеб. пособие. Екатеринбург, 2014.

Драпкин Л. Я. Построение и проверка следственных версий: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1972.

*Калинин Ю. В.* О понятии раскрытия преступлений // Вопросы криминалистической методологии, тактики и методики расследования. М., 1973.

Карпец И. И. Проблемы преступности. М., 1969.

*Лузгин И. М.* Построение и проверка версии при производстве расследования по уголовному делу // Вопр. криминалистики. 1962. № 8–9.

Михайлов А. И. Основы информатики. М., 1968.

Никинин Е. П. Объяснение – функция науки. М., 1970.

*Образцов В. А.* Теоретические основы раскрытия преступлений, связанных с ненадлежащим использованием профессиональных функций в сфере производства. Иркутск, 1986.

*Остроумов С., Панченко С.* Критерии оценки раскрытия преступлений // Соц. законность. 1976. № 9. *Пойа Д.* Математика и правдоподобные рассуждения. М., 1975.

 $\it Tahaceвич\,B.\,\Gamma.$  Проблемы методики раскрытия и расследования преступлений // Советская криминалистика: теоретические проблемы. М., 1978.

Тростников В. Н. Человек и информация. М., 1970.

Харкевич А. А. О ценности информации. Проблемы кибернетики. М., 1961. Вып. 4.

Эшби У. Р. Кибернетика и управление производством. М., 1960.

#### References

Arsen'ev V. D. Osnovy teorii dokazatel'stv v sovetskom ugolovnom protsesse. Irkutsk, 1970.

Bazhenov L. B. Osnovnye voprosy teorii versii. M., 1961.

Belkin R. S. Kurs sovetskoi kriminalistiki. M., 1979. T. 3.

Berdichevskii F. Yu. O predmete i ponyatiinom apparate kriminalistiki // Voprosy bor'by s prestupnost'yu. M., 1976. Vyp. 24.

Vasil'ev A. N. Vvedenie v kurs sovetskoi kriminalistiki. M., 1962.



Vorob'ev G. G. Dokument: informatsionnyi analiz struktury i funktsii. M., 1973.

*Drapkin L. Ya.* Kriminalisticheskie i operativno-rozysknye aspekty raskrytiya i rassledovaniya prestuplenii: ucheb. posobie. Ekaterinburg, 2014.

Drapkin L. Ya. Postroenie i proverka sledstvennykh versii: dis. ... kand. yurid. nauk. M., 1972.

*Kalinin Yu. V.* O ponyatii raskrytiya prestuplenii // Voprosy kriminalisticheskoi metodologii, taktiki i metodiki rassledovaniya. M., 1973.

Karpets I. I. Problemy prestupnosti. M., 1969.

Luzgin I. M. Postroenie i proverka versii pri proizvodstve rassledovaniya po ugolovnomu delu // Vopr. kriminalistiki. 1962.  $\mathbb{N}_{9}$  8–9.

Mikhailov A. I. Osnovy informatiki. M., 1968.

Nikinin E. P. Ob"yasnenie – funktsiya nauki. M., 1970.

*Obraztsov V. A.* Teoreticheskie osnovy raskrytiya prestuplenii, svyazannykh s nenadlezhashchim ispol'-zovaniem professional'nykh funktsii v sfere proizvodstva. Irkutsk, 1986.

Ostroumov S., Panchenko S. Kriterii otsenki raskrytiya prestuplenii // Sots. zakonnost'. 1976. № 9.

Poia D. Matematika i pravdopodobnye rassuzhdeniya. M., 1975.

*Tanasevich V. G.* Problemy metodiki raskrytiya i rassledovaniya prestuplenii // Sovetskaya kriminalistika: teoreticheskie problemy. M., 1978.

Trostnikov V. N. Chelovek i informatsiya. M., 1970.

Kharkevich A. A. O tsennosti informatsii. Problemy kibernetiki. M., 1961. Vyp. 4.

Eshbi U. R. Kibernetika i upravlenie proizvodstvom. M., 1960.



### О ПРИМЕНЕНИИ КОМПЕНСАТОРНЫХ СРЕДСТВ ПРОКУРОРА ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ НАДЗОРА ЗА ИСПОЛНЕНИЕМ ЗАКОНА ОРГАНАМИ ДОЗНАНИЯ И ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ

#### Чукреев Вадим Андреевич

Заместитель прокурора Свердловской области, старший советник юстиции, кандидат юридических наук (Екатеринбург), e-mail: paliac@mail.ru

В статье рассматривается проблема недостаточности полномочий прокуроров, осуществляющих надзор за исполнением законов органами дознания и предварительного следствия. Предлагаются способы ее разрешения, в частности применение органами прокуратуры компенсаторных полномочий и правовых средств.

Ключевые слова: прокурорский надзор, органы дознания и предварительного следствия, полномочия прокурора, компенсаторные акты прокурорского реагирования

## ON THE USE OF COMPENSATORY MEANS BY A PROSECUTOR WHO SUPERVISES OVER THE EXECUTION OF THE LAW BY INQUIRY AND PRELIMINARY INVESTIGATION BODIES

#### **Chukreev Vadim**

Prosecutor's Office of the Sverdlovsk region (Yekaterinburg), e-mail: paliac@mail.ru

The article deals with the problem of the lack of powers of prosecutors who supervise over the execution of laws by the bodies conducting inquiry and preliminary investigation. The author proposes some methods for its resolution, in particular, the use of compensatory powers and legal means by the prosecutor's office.

Key words: prosecutor's supervision, inquiry and preliminary investigation bodies, prosecutor's powers, compensatory acts of the prosecutor's response

17 января 1992 г. был принят Закон РФ «О прокуратуре Российской Федерации» (далее – Закон о прокуратуре), в котором было закреплено одно из важных направлений прокурорского надзора – надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие. В рамках указанного направления деятельности прокурор не только осуществлял надзор за процессуальной деятельностью данных органов, но и обладал всеми полномочиями поднадзорного ему органа, осуществляющего расследование уголовных дел.

В связи с образованием Следственного комитета при Прокуратуре РФ Федеральным законом от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ были внесены изменения в Уголовно-процессуальный кодекс РФ и Закон о прокуратуре. В соответствии с положениями нового УПК РФ полномочия прокурора, касающиеся руководства расследованием, были существенно ограничены, значительная их часть была передана руководителю следственного органа. Как отмечает Э. Р. Исламова, прокурор потерял полномочия по возбуждению уголовного дела, а также распорядительные полномочия, связанные с избранием, изменением или отменой меры пресечения либо иными процессуальными действиями, которые в соответствии с уголовно-процессуальным



законодательством производятся лишь с согласия суда<sup>1</sup>. При этом следует обратить внимание на то, что указанные выше изменения закона носили половинчатый характер, поскольку ключевой целью их внесения являлось разграничение двух основных функций прокуратуры: уголовного преследования и прокурорского надзора.

Федеральным законом от 28 декабря 2010 г. № 404-ФЗ в УПК РФ вновь были внесены изменения, которые коснулись полномочий прокурора, осуществляемых в ходе уголовного судопроизводства. Прокурору была возвращена часть утраченных в 2007 г. полномочий, в частности по отмене незаконно вынесенных решений следователя об отказе в возбуждении уголовного дела. Кроме того, в ч. 1 ст. 140 УПК РФ были внесены дополнения (п. 4), в соответствии с которыми поводом для возбуждения уголовного дела стало постановление прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании. При этом ч. 1.1 ст. 148 УПК РФ закрепляет условие, при котором следователь в случае согласия руководителя следственного органа может вынести постановление об отказе в возбуждении уголовного дела по материалам, направленным прокурором.

Сегодня сложилась ситуация, при которой следователю достаточно заручиться поддержкой руководителя следственного органа для преодоления постановления прокурора о возбуждении уголовного дела, т. е. вынести постановление об отказе в возбуждении уголовного дела. В результате этого прокурор не может в полной мере обеспечить верховенство закона, единство и укрепление законности, защиту права и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства. Как отмечает А. В. Скабелин, такой порядок не способствует эффективности уголовного судопроизводства, поскольку затягивает процесс восстановления нарушенных прав заинтересованных лиц и организаций<sup>2</sup>.

В связи с утратой прокуратурой в ходе реформ 2007 и 2010 гг. ряда существенных полномочий в литературе нередко высказываются суждения о том, что лишение права прокурора возбуждать уголовное дело было ошибочно<sup>3</sup>. Однако с такими выводами нельзя согласиться: один и тот же орган (ведомство) не в состоянии одновременно объективно и непредвзято расследовать уголовные дела и столь же объективно и непредвзято осуществлять надзор за законностью такого расследования. Это противоречит принципу законности и здравому смыслу. Поэтому расследование уголовных дел не может быть функцией органов прокуратуры, осуществляющих надзор за законностью расследования уголовных дел.

Законодатель, упразднив такую функцию органов прокуратуры, как расследование уголовных дел, не предусмотрел возможности осуществления ими надлежащего надзора за исполнением законов поднадзорными органами следствия. В первую

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> *Гаврилов Б. Я.* Перераспределение процессуальных и надзорных полномочий между прокурором и руководителем следственного органа: объективная необходимость или волюнтаризм в праве? // Уголовное судопроизводство. 2009. № 4; *Махов В. Н.* Роль прокурора в уголовном преследовании в России и в зарубежных государствах // Законность. 2014. № 8; *Попов И. А.* Актуальные проблемы прокурорского надзора за предварительным следствием и меры по их разрешению // Уголовное судопроизводство. 2012. № 1; *Ткачев И. В.* О необходимости расширения полномочий прокурора по надзору за процессуальной деятельностью Следственного комитета // Рос. юстиция. 2014. № 9.



 $<sup>^1</sup>$  *Исламова Э. Р.* Прокурор и руководитель следственного органа: соотношение процессуальных полномочий // Общество: политика, экономика, право. 2016. № 2. С. 112–114.

 $<sup>^2</sup>$  Скабелин А. В. Возвращение прокурору полномочий по возбуждению уголовных дел: за и против // Вестн. Волгоград. гос. ун-та. Сер. 5: Юриспруденция. 2016. № 2. С. 157–161.

очередь это коснулось полномочий и правовых средств надзирающего прокурора. Средства прокурорского реагирования, которыми наделен прокурор при осуществлении надзора за органами следствия и дознания, носят явно ограниченный характер, поскольку не являются властно-распорядительными в полном смысле данного слова. В связи с этим использование указанных средств не способствует осуществлению всестороннего надзора за законностью расследования уголовных дел. Несмотря на большой объем применяемых в данном направлении средств прокурорского реагирования, таких как требование прокурора об устранении нарушений закона, различные постановления прокурора, представление прокурора об устранении выявленных нарушений законов, письменные указания дознавателю, они недостаточно результативны. Кроме того, существуют определенные проблемы правового регулирования указанных средств.

В уголовно-процессуальном законодательстве отсутствует правовая норма, регламентирующая требование прокурора как самостоятельный акт прокурорского реагирования. Нет такой нормы и в Законе о прокуратуре. Применяя данный акт, прокурор ссылается на ст. 37 УПК РФ. Он вправе требовать устранения выявленных нарушений закона, но в УПК РФ не установлены форма, структура, сроки рассмотрения и исполнения требования прокурора.

Нормы УПК обязывают все учреждения, предприятия, организации, должностных лиц и граждан исполнять требования, поручения и запросы прокурора, предъявленные в пределах его полномочий (ч. 4 ст. 21 УПК РФ). Но требование прокурора об устранении допущенного нарушения федерального законодательства не является императивным для следователя, так как последний может принести возражения на требование прокурора руководителю следственного органа (ч. 3 ст. 38 УПК РФ). Руководитель следственного органа дает оценку требованию прокурора и возражению следователя, а затем принимает решение в виде письменного указания следователю об исполнении законных требований прокурора либо уведомляет прокурора о несогласии с заявленными требованиями (ч. 4 ст. 39 УПК РФ).

Прокурор является должностным лицом, на которое возложены полномочия по надзору за деятельностью как следователя, так и руководителя следственного органа. Однако руководителю следственного органа в законодательстве отведена роль медиатора при разрешении конфликта между прокурором и следователем. Фактически прокурор становится не надзирающим органом, а сторонним наблюдателем без реальных полномочий по осуществлению своих целей и задач<sup>1</sup>.

При осуществлении прокурорского надзора за органами дознания и предварительного следствия нередко возникают ситуации, связанные с вынесением незаконных постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела. Вынесение данных постановлений создает угрозу для реализации прав и законных интересов лиц и организаций, которым причинен вред совершенными в отношении них преступлениями, хотя главным назначением уголовного судопроизводства как раз является защита прав и законных интересов таких лиц и организаций. Подобная ситуация лишает потерпевшего защиты и помощи государства и, более того, порождает в обществе устойчивое недоверие к правоохранительным органам.

 $<sup>^1</sup>$  *Магомедов А. Ш.* Проблемы эффективности требований прокурора об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия // Истор., философ., полит. и юрид. науки, культурология и искусствоведение. Вопр. теории и практики. 2013. № 6. С. 101–103.



## электронное приложение к «российскому юридическому журналу»

Ч. М. Исмаилов отмечает, что «копия постановления об отказе в возбуждении уголовного дела в течение 24 часов с момента его вынесения направляется прокурору, однако проверка законности такого постановления затягивается до поступления материала, на основании которого оно принято. При этом УПК РФ не регламентирует сроки представления "отказанных" материалов прокурору»<sup>1</sup>. Однако не исключено принятие решения об отмене ранее принятого решения, поскольку после принятия постановления об отказе в возбуждении уголовного дела материал подлежит проверке руководителем следственного органа, а потом вышестоящим органом ведомственного контроля.

Следует согласиться с А. В. Толстых, который полагает, что «установление "двойного" порядка вынесения постановления об отмене постановления следователя... не обеспечивает обязательности исполнения требований прокурора. Теряется смысл постановления прокурора в системе его надзорной деятельности, что усложняет деятельность прокуратуры по обеспечению законности в ходе предварительного следствия»<sup>2</sup>.

Многие авторы, в частности Д. А. Сычев, Ч. М. Исмаилов, предлагают наделить прокурора полномочием возбуждать уголовные дела, а далее по правилам подследственности передавать в соответствующий орган для предварительного расследования, т. е. наделить прокурора правом возбуждения уголовного дела при наличии оснований и поводов, предусмотренных ст. 140 УПК РФ. Но вряд ли с такой позицией можно согласиться, поскольку возникает проблема, связанная с нарушением принципа вмешательства органов прокуратуры в деятельность поднадзорных объектов.

Выходом из сложившейся ситуации будет наделение прокуроров компенсаторными полномочиями и правовыми средствами. Теория компенсаторности полномочий и правовых средств прокурора достаточно подробно изложена Е. Р. Ергашевым<sup>3</sup>. Обнаружив факт нарушения закона со стороны уполномоченных органов и их должностных лиц, ненадлежаще исполняющих свои обеспечительные функции, прокурор устраняет выявленные нарушения, тем самым восполняет – компенсирует – деструктивную обеспечительную деятельность соответствующих органов и их должностных лиц. Так, к компенсаторным полномочиям прокурора можно отнести вынесение постановления о возбуждении производства об административном правонарушении, постановление об освобождении содержащегося без законных оснований лица в учреждениях, исполняющих наказания и меры принудительного характера, и др.

Следует согласиться с выводами Е. Р. Ергашева о том, что компенсаторная деятельность прокуратуры не является ее функцией или направлением деятельности. Она осуществляется не сама по себе, а в рамках отдельных направлений прокурорской деятельности и выступает компонентом практически любого из этих направлений<sup>4</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> *Ергашев Е. Р.* Компенсаторная деятельность прокуратуры Российской Федерации: реалии и перспективы // Закон. 2017. № 3. С. 47–53.



 $<sup>^1</sup>$  *Исмаилов Ч. М.* Оптимизация полномочий прокурора в стадии возбуждения уголовного дела // Актуальные проблемы рос. права. 2016. № 3. С. 168-174.

 $<sup>^2</sup>$  *Толстых А. В.* О подготовке и реализации постановления прокурора на стадии возбуждения уголовного дела // Рос. юрид. журн. 2014. № 6. С. 142–146.

 $<sup>^3</sup>$  Подробнее см.: *Ергашев Е. Р.* Прокурорский надзор в Российской Федерации: учеб. Екатеринбург, 2016. С. 121–138.

При поверхностном взгляде на полномочия прокурора по возбуждению уголовного дела в связи с отменой незаконного постановления следователя или дознавателя об отказе в возбуждении уголовного дела можно сделать вывод о совмещении функций прокурорского надзора и следствия в руках одного субъекта – прокурора. На самом деле это не так. Данное полномочие необходимо рассматривать в качестве компенсаторного средства прокурора, при котором прокурор самостоятельно устраняет выявленные нарушения закона посредством властно-волевого решения, изложенного в компенсаторном акте. Е. Р. Ергашев отмечает, что компенсаторная деятельность «является не основной, а вторичной, секундарной: поскольку первично правоотношения не были надлежаще урегулированы компетентными органами и должностными лицами, прокурор регулирует их вторично»<sup>1</sup>. Данное полномочие служит механизмом повышения ответственности руководителя следственного органа и самого следователя, а также рычагом устранения нарушений закона.

Компенсаторная деятельность прокуратуры при осуществлении надзора за законностью расследования уголовных дел позволит прокурору самостоятельно отменять незаконные решения дознавателей и следователей путем вынесения постановления об отмене постановления об отказе в возбуждении уголовного дела и о возбуждении уголовного дела. После вынесения прокурором постановления о возбуждении уголовного дела все материалы проверки будут отправляться в орган, расследующий его по правилам подследственности. При этом вынесение данного постановления не будет означать, что прокурор снова «отстранен» от дела; напротив, прокурор должен будет контролировать весь ход расследования во избежание повторного нарушения закона.

Изложенное позволяет сделать вывод о необходимости внесения в УПК РФ и Закон о прокуратуре изменений, регулирующих компенсаторные полномочия и правовые средства прокурора. Представляется целесообразным закрепить правовое положение о том, что в случае вынесения следователем (дознавателем) постановления об отказе в возбуждении уголовного дела должностное лицо органов, осуществляющих дознание и предварительное следствие, по требованию прокурора о предоставлении для ознакомления материалов проверки обязано предоставить эти материалы в течение разумного срока, указанного прокурором в требовании. Если после проверки материалов прокурор придет к выводу о незаконности и необоснованности решения об отказе в возбуждении уголовного дела, то он выносит постановление об отмене постановления об отказе в возбуждении уголовного дела и одновременно о возбуждении уголовного дела. При этом прокурор обязан поставить вопрос о привлечении следователя (дознавателя), вынесшего незаконное постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, к предусмотренной законом ответственности.

Ошибка при вынесении постановления об отказе в возбуждении уголовного дела является критичной и не может быть устранена на других стадиях уголовного судопроизводства, в отличие от ошибки, допущенной на стадии возбуждения уголовного дела, которую можно устранить в последующем как в досудебном, так и в судебном порядке. Поэтому прокурор должен уделять особое внимание проверке законности и обоснованности постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела.

Итак, использование компенсаторного компонента при решении вопроса о расширении полномочий прокурора в досудебном производстве будет способствовать



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Ергашев Е. Р. Компенсаторная деятельность прокуратуры Российской Федерации. С. 51.

обеспечению эффективности уголовного судопроизводства, надлежащей защиты прав и свобод граждан, законных интересов общества и государства<sup>1</sup>. Наделение прокурора компенсаторными полномочиями и правовыми средствами в данной сфере окажет положительное влияние на состояние законности в стране.

#### Список литературы

*Бозров В. М., Ергашев В. М., Кобзарев Ф. М.* Возбуждение и расследование уголовных дел прокурором: шаг вперед или два шага назад // Вестн. Акад. Генеральной прокуратуры Рос. Федерации. 2018. № 3.

*Гаврилов Б. Я.* Перераспределение процессуальных и надзорных полномочий между прокурором и руководителем следственного органа: объективная необходимость или волюнтаризм в праве? // Уголовное судопроизводство. 2009. № 4.

*Ергашев Е. Р.* Компенсаторная деятельность прокуратуры Российской Федерации: реалии и перспективы // Закон. 2017. № 3.

Ергашев Е. Р. Прокурорский надзор в Российской Федерации: учеб. Екатеринбург, 2016.

*Исламова Э. Р.* Прокурор и руководитель следственного органа: соотношение процессуальных полномочий // Общество: политика, экономика, право. 2016. № 2.

*Исмаилов Ч. М.* Оптимизация полномочий прокурора в стадии возбуждения уголовного дела // Актуальные проблемы рос. права. 2016. № 3.

Констанов Ю. А. Необходимость возвращения прокурорского надзора за следствием // Уголовный процесс. 2012. № 5.

*Магомедов А. Ш.* Проблемы эффективности требований прокурора об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия // Истор., философ., полит. и юрид. науки, культурология и искусствоведение. Вопр. теории и практики. 2013. № 6.

*Махов В. Н.* Роль прокурора в уголовном преследовании в России и в зарубежных государствах // Законность. 2014. № 8.

*Скабелин А. В.* Возвращение прокурору полномочий по возбуждению уголовных дел: за и против // Вестн. Волгоград. гос. ун-та. Сер. 5: Юриспруденция. 2016. № 2.

Tкачев U. B. O необходимости расширения полномочий прокурора по надзору за процессуальной деятельностью Следственного комитета // Poc. юстиция. 2014. № 9.

*Толстых А. В.* О подготовке и реализации постановления прокурора на стадии возбуждения уголовного дела // Рос. юрид. журн. 2014. № 6.

#### References

*Bozrov V. M., Ergashev V. M., Kobzarev F. M.* Vozbuzhdenie i rassledovanie ugolovnykh del prokurorom: shag vpered ili dva shaga nazad // Vestn. Akad. General'noi prokuratury Ros. Federatsii. 2018. № 3.

Ergashev E. R. Kompensatornaya deyatel'nost' prokuratury Rossiiskoi Federatsii: realii i perspektivy // Zakon. 2017.  $\mathbb{N}_2$  3.

Ergashev E. R. Prokurorskii nadzor v Rossiiskoi Federatsii: ucheb. Ekaterinburg, 2016.

Gavrilov B. Ya. Pereraspredelenie protsessual'nykh i nadzornykh polnomochii mezhdu prokurorom i rukovoditelem sledstvennogo organa: ob"ektivnaya neobkhodimost' ili volyuntarizm v prave? // Ugolovnoe sudoproizvodstvo. 2009.  $\mathbb{N}_2$  4.

*Islamova E. R.* Prokuror i rukovoditel' sledstvennogo organa: sootnoshenie protsessual'nykh polnomochii // Obshchestvo: politika, ekonomika, pravo. 2016. № 2.

*Ismailov Ch. M.* Optimizatsiya polnomochii prokurora v stadii vozbuzhdeniya ugolovnogo dela // Aktual'nye problemy ros. prava. 2016. № 3.

Konstanov Yu. A. Neobkhodimosť vozvrashcheniya prokurorskogo nadzora za sledstviem // Ugolovnyi protsess. 2012.  $\mathbb{N}_2$  5.

*Magomedov A. Sh.* Problemy effektivnosti trebovanii prokurora ob ustranenii narushenii federal'nogo zakonodatel'stva, dopushchennykh v khode predvaritel'nogo sledstviya // Istor., filosof., polit. i yurid. nauki, kul'turologiya i iskusstvovedenie. Vopr. teorii i praktiki. 2013. № 6.

 $<sup>^1</sup>$  *Бозров В. М., Ергашев В. М., Кобзарев Ф. М.* Возбуждение и расследование уголовных дел прокурором: шаг вперед или два шага назад // Вестн. Акад. Генеральной прокуратуры Рос. Федерации. 2018. № 3. С. 94.



Makhov V. N. Rol' prokurora v ugolovnom presledovanii v Rossii i v zarubezhnykh gosudarstvakh // Zakonnost'. 2014. № 8.

Popov I. A. Aktual'nye problemy prokurorskogo nadzora za predvaritel'nym sledstviem i mery po ikh razresheniyu // Ugolovnoe sudoproizvodstvo. 2012. № 1.

Skabelin A. V. Vozvrashchenie prokuroru polnomochii po vozbuzhdeniyu ugolovnykh del: za i protiv // Vestn. Volgograd. gos. un-ta. Ser. 5: Yurisprudentsiya. 2016. № 2.

Tkachev I. V. O neobkhodimosti rasshireniya polnomochii prokurora po nadzoru za protsessual'noi deyatel'nost'yu Sledstvennogo komiteta // Ros. yustitsiya. 2014. № 9.

Tolstykh A. V. O podgotovke i realizatsii postanovleniya prokurora na stadii vozbuzhdeniya ugolovnogo dela // Ros. yurid. zhurn. 2014. № 6.

### ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ ПРАВОВЫХ СРЕДСТВ УПРАВЛЕНИЯ СОЦИАЛЬНЫМИ РИСКАМИ

#### Федорова Марина Юрьевна

Советник Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор (Санкт-Петербург), e-mail: fmulawkc@mail.ru

На основе современных достижений общей теории права и отраслевых юридических наук исследуется понятие правовых средств. Оценивается значение правовых средств в процессе управления, в том числе в сфере защиты от социальных рисков. Обосновывается, что «включение» права в систему социальных регуляторов, формирующих принципы социальной поддержки нуждающихся, характеризует прогресс общества в деле защиты от социальных рисков. Проводится классификация правовых средств, используемых в сфере управления социальными рисками. Автор предлагает специфический для рассматриваемой сферы критерий классификации правовых средств, отражающий отношение к социальному риску различных субъектов: человека, государства, экспертных учреждений и др. По данному основанию выделены правовые средства исключительного использования и правовые средства универсального применения. Делается вывод, что многообразие правовых средств управления социальными рисками позволяет каждому субъекту, задействованному в соответствующих отношениях, формировать и использовать для защиты от тех или иных видов социального риска их специфические комплексы. При выборе правовых средств субъекты управления социальными рисками должны стремиться к достижению оптимального сочетания, баланса правовых средств различных видов.

Ключевые слова: правовые средства, классификация, баланс правовых средств различных видов, социальный риск, управление социальным риском, социальное обеспечение

## THE CONCEPT AND CLASSIFICATION OF LEGAL TOOLS OF SOCIAL RISK MANAGEMENT

#### Fedorova Marina

Constitutional Court of Russian Federation (Saint-Petersburg), e-mail: fmulawkc@mail.ru

Based on the modern approach of the general theory of law and branch legal sciences, the concept of legal tools is investigated. The importance of legal tools in the management process, in the field of protection against social risks as well, is assessed. It is proved that the «inclusion» of law in the system of social regulators, that form the principles of social assistance, characterizes the progress of society towards the protection against social risks. The classification of legal tools used for social risk management is carried out. The author proposes a specific (unusual for the mentioned field) criterion of classification of legal tools, which reflects the relation to the social risk of various actors: a man, a state, expert institutions, etc. On this basis the tools of exclusive use and the tools of universal use are distinguished. It is concluded that the variety of legal tools of social risk management allows each subject, involved in the relevant relations, to form and use their specific complexes for the protection against certain types of social risk. Subjects of social risk management, when they select specific legal tools, should try to achieve the optimal combination, balance of different legal tools.

Key words: legal tools, classification, balance of legal tools of various types, social risk, social risk management, social security





В общей теории права научная разработка категории правовых средств началась в контексте проблематики механизма правового регулирования. Будучи признаны центральным элементом структуры способа правового регулирования, юридические средства определяются как «правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологиях), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивая достижение социально полезных целей», и которые «в совокупности составляют механизм правового регулирования»<sup>1</sup>. Их характерные признаки – закрепление в правовых предписаниях, наличие юридической формы, гарантированность государственного обеспечения и поддержки в реализации, юридически значимые последствия применения.

Исследования категории правовых средств проводятся и в отраслевых юридических науках, прежде всего в цивилистике, которая традиционно характеризуется активным научным «обменом» и взаимным обогащением с общей теорией права. Так, С. Ю. Филиппова, изучая частноправовые средства организации и достижения правовых целей, подчеркивает, что правовое средство должно быть пригодно для достижения: правовой цели, сформулированной в норме права; правовой цели субъектов правореализационной деятельности и правовой цели, которая именуется конечной и определяется как «предельное понятие, выражающее сущность права вообще». «В связи с этим, – заключает С. Ю. Филиппова, – понятие правового средства должно быть в достаточной степени общим, включающим несколько разносущностных субстанций, объединенных фактически только лишь общей парной категорией – правовой целью и инструментальной сущностью. Вместе с тем и суть инструментария не может быть одинаковой и даже сходной вследствие разницы предполагаемых результатов действия правовых средств». Правовые средства автор определяет как не противоречащие правовым нормам инструменты, предназначенные, пригодные и достаточные для достижения правовой цели<sup>2</sup>.

Исследование правовых средств с позиций достижения целей правовой деятельности характерно для инструментальной юриспруденции. В условиях, когда юридический позитивизм все чаще становится объектом критики<sup>3</sup>, инструментальная юриспруденция оценивается если не как альтернатива ему, то как важное его дополнение<sup>4</sup>. При этом ряд ученых отмечают ограниченный потенциал инструментального подхода и невозможность достижения эффективности правового регулирования только на его основе<sup>5</sup>.

Представляется, что инструментальный подход (возможно, с одновременной опорой на отдельные элементы других подходов к праву, в частности социологического и коммуникативного) оптимален при исследовании правовых механизмов управления. Для обоснования данного вывода достаточно указать на важнейший постулат инструментального подхода о взаимосвязи целей, средств их достижения и получен-

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Поляков А. В. Эффективность правового регулирования: коммуникативный подход // Эффективность правового регулирования. С. 12–13.



¹ Кулапов В. П., Хохлова И. С. Способ правового регулирования. Саратов, 2010. С. 81-82.

 $<sup>^2</sup>$  Филиппова С. Ю. Частноправовые средства организации и достижения правовых целей. М., 2011. Цит. по: СПС «КонсультантПлюс».

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> См., например: *Денисенко В. В.* Новое понимание правового регулирования в условиях юридификации общества // Эффективность правового регулирования: моногр. / под общ. ред. А. В. Полякова В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М., 2017. С. 133–143.

 $<sup>^4</sup>$  См., например: *Шундиков К. В.* Инструментальная теория права – перспективное направление научного исследования // Правоведение. 2002. № 2. С. 20–21



ных результатов. Следует согласиться с мнением С. Ю. Филипповой, которая пишет: «Инструментализм в юриспруденции предполагает отказ от многовековых бесплодных дискуссий о сущности отдельных юридических понятий и постановку конкретных задач – как именно может использоваться то или иное правовое решение, для достижения каких именно конкретных целей – и, наоборот, подыскание наиболее эффективных средств достижения целей лица»<sup>1</sup>.

Проблематика правового опосредования управления (соотношения права и управления, правового регулирования и управления) весьма актуальна в современных условиях, о чем свидетельствует множество научных работ, не только предлагающих ответы на злободневные вопросы теории и практики, но и открывающих новые горизонты для юридических исследований в сфере управления<sup>2</sup>.

На наш взгляд, одно из перспективных научных направлений – исследование правовых механизмов управления рисками. В связи с тем что закономерности функционирования современного общества обусловливают постоянное продуцирование различных рисков, характер и масштабы проявления которых не остаются неизменными, на определенном этапе становится очевидной необходимость создания такой системы защиты от рисков, которая не сводилась бы исключительно к преодолению их последствий, а охватывала бы прогнозирование и предупреждение рисков, их оценку и минимизацию, в том числе посредством их распределения между различными субъектами. Такого рода комплексное воздействие представляет собой управление рисками.

Управление рисками не может осуществляться без правового воздействия на соответствующие сферы общественной жизни, поэтому оно всегда имеет правовую составляющую, тем более что сам риск признается сегодня социальным феноменом, обладающим правовой характеристикой. Весьма убедительно высказывается по этому поводу Ю. А. Тихомиров, называя риск явлением, сопутствующим правовому развитию, объектом сложного механизма правового регулирования, который находится в стадии формирования. Он признает институт риска институтом теории права, который получает развитие и конкретизацию в отраслевых и комплексных правовых институтах, поскольку «риск как явление присущ развитию всех отраслей права и, следовательно, каждая из них выявляет свою меру регулирования», и при этом предлагает преодолеть узкоотраслевой подход. «Можно с уверенностью сказать, – пишет он, – что право выполняет применительно к риску такие функции, как его легальное признание и допущение, установление средств предупреждения и минимизации, определение меры ответственности и компенсаторные средства»<sup>3</sup>.

Практически в каждой отраслевой юридической науке проводятся исследования соответствующих видов риска (предпринимательского, налогового, страхового, конституционного и пр.). В центре внимания науки права социального обеспечения находятся социальные риски, признаваемые основаниями для предоставления гражданину пенсий, пособий, социальных услуг и иных форм поддержки от государства и общества, необходимой для преодоления социально неблагоприятных последствий в случае болезни, инвалидности, достижения преклонного возраста, рождения и воспитания детей, безработицы и т. п.

 $<sup>^3</sup>$  *Тихомиров Ю. А.* Право: прогнозы и риски: моногр. М., 2017. С. 175 и след. См. также: *Тихомиров Ю. А.* Прогнозы и риски в правовой сфере // Журн. рос. права. 2014. № 3 и др.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Филиппова С. Ю. Указ. соч.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> См., например: *Осинцев Д. В.* Правовые модели управления: моногр. Екатеринбург, 2018; Правовое администрирование в экономике. Актуальные проблемы: моногр. / под ред. Ю. А. Тихомирова. М., 2018.

Специфика социальных рисков заключается в том, что они обусловлены биосоциальной сущностью человека и закономерностями функционирования общества, в силу чего непосредственно влияют на положение человека в обществе и тем самым на структуру общества. Социальные риски в этом плане характеризуют положение человека в обществе, которое по объективным и субъективным причинам не может быть абсолютно стабильным. Социальные риски при этом могут рассматриваться как свойство общественных отношений, а управление ими, соответственно, предполагает некое воздействие на общественные отношения с целью придания им определенного, желаемого для общества вектора развития. Если социальный риск всегда несет в себе вероятность наступления социально неблагоприятных ситуаций, влекущих за собой последствия, требующие соответствующей компенсации, то управление таким риском означает влияние не на сам риск, который, скорее, выступает как некая абстрактная конструкция (для целей правового регулирования – юридическая конструкция), а на опосредующие его «развертывание» во времени и пространстве общественные отношения, поведение людей, их взаимодействие.

С этой точки зрения цель управления социальными рисками достижима лишь при условии использования комплекса различных средств – экономических, психологических, организационных, педагогических и пр. Большое значение в системе средств управления социальными рисками имеют правовые средства, в том числе в силу того, что они в необходимых случаях обеспечивают формализацию, юридическое оформление использования других средств.

Если управление социальными рисками рассматривать как воздействие на поведение людей и общественные отношения, опосредующие различные элементы структуры социальных рисков (факторы риска, социально-рисковое событие и его последствия), с целью защиты от социальных рисков путем предупреждения их возникновения либо компенсации их последствий на основе сочетания коллективных и личных усилий, то оно может осуществляться с помощью различных социальных норм.

В самом общем виде социальные нормы – это «общепризнанные или достаточно распространенные эталоны, образцы, правила поведения людей, средства регуляции их взаимодействия»<sup>1</sup>. С точки зрения способов формирования, сферы действия, социальной направленности в системе социальных норм выделяют правовые, моральные, политические, религиозные, семейные, корпоративные нормы, а также нормы обычаев, традиций, привычек и т. п.

Защита от социальных рисков может основываться на любых перечисленных социальных нормах. Это проявляется, в частности, при ретроспективном анализе возникновения и развития социального вспомоществования и социального обеспечения, когда на первых его этапах помощь нуждающимся как лицам, по современной терминологии, попавшим в ситуацию социального риска, основывалась на традициях общины, нормах семейной взаимопомощи, моральных нормах о благотворительности и т. п. Интересный исторический анализ этих процессов был проведен в докторской диссертации Р. И. Ивановой, предложившей ввести в научный оборот термин «общественно-исторический тип социального обеспечения»<sup>2</sup>. Исследование

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Иванова Р. И. Социальное обеспечение в государственно организованном обществе: генезис, развитие и функционирование (правовой аспект): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1987. С. 19–21.



 $<sup>^1</sup>$  Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 1997. С. 288 (автор главы – Н. И. Матузов).



генезиса социального обеспечения представлено М. В. Лушниковой и А. М. Лушниковым в «Курсе права социального обеспечения», в котором дана характеристика общественного призрения и благотворительности на различных этапах развития человечества, показана специфика формирования систем социального обеспечения в России, а также в США и других странах Запада<sup>1</sup>.

Устанавливая социальную поддержку нуждающихся в качестве моральной, религиозной, корпоративной или иной социальной обязанности, соответствующие социальные регуляторы предусматривали поощрение подобного поведения либо осуждение отказа в такой поддержке. В определенный период общественного развития такие формы поддержки были эффективны, в силу чего для защиты от социальных рисков достаточными были и опосредующие такую поддержку социальные регуляторы. Появление гарантированных форм поддержки нуждающихся («по праву, а не по усмотрению») с необходимостью предполагало их правовое опосредование, ибо только юридические нормы, имеющие обязательный характер и подкрепленные принудительной силой государства, могут устанавливать такие виды социальных предоставлений.

Следовательно, «включение» права в систему социальных регуляторов, задействованных в управлении социальными рисками, свидетельствует о прогрессе общества в деле защиты от таких рисков, появлении феномена социального обеспечения в том виде, в котором он известен современному гуманитарному знанию. Цель защиты от социальных рисков при этом приобретает правовой характер, а ее достижение становится невозможным без применения правовых средств, в содержании которых в ряде случаев можно выявить моральные требования, облеченные в правовую форму.

Для иллюстрации приведенного тезиса можно сослаться, в частности, на юридическую формализацию семейных обязанностей (по воспитанию и содержанию детей, оказанию поддержки родителям и т. п.) и установление юридических средств по обеспечению их исполнения. Названные юридические средства могут быть как позитивными, так и негативными. В первом случае можно упомянуть государственные пособия и другие виды социального обеспечения для граждан, имеющих детей. Примерами второго вида юридических средств выступают ограничение или лишение родительских прав, освобождение детей от обязанностей по содержанию нетрудоспособных нуждающихся в помощи родителей, если будет доказано, что родители уклонялись от выполнения своих обязанностей, и т. д.

По мере развития государства и общества, а также установленной ими системы социального обеспечения усложнялись правовые средства, используемые для достижения цели защиты от социальных рисков. Сегодня система таких правовых средств носит весьма масштабный характер, однако так и не стала предметом специального научного исследования.

Итак, правовые средства вовлекаются в процесс защиты от социальных рисков на этапе, когда такая защита становится гарантированной, а ее главным субъектом выступает государство, устанавливающее соответствующие правовые предписания и возлагающее на других субъектов обязанности по участию в системе социального обеспечения (например, путем уплаты страховых взносов на обязательное социальное страхование, организации социального обслуживания и т. п.). Все это позволяет сделать предположение об особой, можно сказать, центральной роли правовых



 $<sup>^1</sup>$  Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс права социального обеспечения. М., 2008. С. 12 и след.

средств в управлении социальными рисками и актуализирует проблему выявления их сущности и конструирования их системы.

Правовые средства управления социальными рисками направлены на достижение правовой цели, которая может быть определена как защита от социальных рисков путем их предупреждения, прогнозирования, учета, оценки, а также компенсации возникших неблагоприятных последствий.

В сфере управления социальными рисками также можно выделить разные виды правовых целей. Общая цель защиты от социальных рисков обозначена выше и характерна для всей системы управления такими рисками. При этом указанная цель формулируется путем достижения соглашения между различными субъектами, передающими социальный риск или принимающими на себя обязанность по его компенсации. Она может носить правовой характер только в том случае, если основана на балансе частных и публичных интересов и позволяет уравновесить экономические стимулы и социальные гарантии. При этом каждый из субъектов управления, участвуя в соответствующих взаимосвязях, формулирует собственную цель и стремится к ее достижению. Например, самозанятое лицо, на которое возложена обязанность по уплате страховых взносов на обязательное социальное страхование, может ставить перед собой цель минимизации своих затрат, но при наступлении страхового риска стремится получить обеспечение в наиболее высоком размере. В этом заключается особенность правового положения такого лица, соединяющего признаки застрахованного лица, передающего свой риск страховой системе, и страхователя, принимающего на себя долю такого риска, определенную законом. Несогласованность указанных целей в данном случае может снижать эффективность управления социальными рисками.

Кроме того, цели субъектов управления социальными рисками могут носить неправовой характер. К примеру, такая ситуация может возникать в случае квалификации поведения человека как субъекта социального риска в качестве злоупотребления правом на социальное обеспечение<sup>1</sup>. Очевидно, система управления социальными рисками должна располагать правовыми средствами, которые позволяли бы минимизировать вероятность такого поведения ее субъектов.

При максимально широком подходе к правовым средствам относят все элементы правовой системы, включая само право как социальный регулятор, нормы права, правовые принципы и презумпции, субъективные права и юридические обязанности, юридические факты, правовые отношения, правовые институты, юридические режимы и механизмы, договоры и правоприменительные акты, правореализационные действия и т. д. При этом подчеркивается, что для достижения каждой конкретной правовой цели применяется конкретная комбинация правовых средств<sup>2</sup>.

Чтобы определить, из какого набора правовых средств с учетом их многообразия может быть образована такая комбинация, предназначенная, пригодная и достаточная для достижения целей защиты от социальных рисков, проведем классификацию правовых средств, которые могут быть использованы в указанной сфере.

В зависимости от того, какую форму влияния права на общественные отношения они опосредуют, можно выделить средства правового регулирования и средства правового воздействия. Характеризуя такую классификацию, необходимо принимать во



 $<sup>^1</sup>$  Подробнее см.: *Курченко О. С.* Злоупотребление социально-обеспечительными правами: постановка проблемы // Рос. юрид. журн. 2016. № 6. С. 155–166.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Кулапов В. П., Хохлова И. С. Указ. соч. С. 82–84.



внимание соотношение правового регулирования и правового воздействия, которые хотя и представляют собой правовые явления одного порядка, но отличаются прежде всего по объему своего предмета. Правовое регулирование предполагает специально-юридическое воздействие, связанное с прямыми предписаниями о должном и возможном, с установлением конкретных прав и обязанностей субъектов, т. е. осуществление правовых норм через правоотношения. За его пределами остаются такие формы воздействия на общественные отношения, которые необязательно предполагают нормативную фиксацию разрешенных и запрещенных моделей поведения и возникновение правоотношений. Это, например, информационно-психологическое (в частности, через правовые стимулы и правовые ограничения), воспитательное (педагогическое, ценностно-ориентационное) и социальное (через постановку социально полезных целей, социально-правовой контроль и т. п.) воздействие<sup>1</sup>.

Названные виды правового воздействия, осуществляемые, в том числе, через такие элементы правовой системы общества, как правовое сознание, правовое воспитание и правовая культура, тесно связаны между собой, а также с правовым регулированием. Все они применимы в сфере управления социальными рисками. Отношения, касающиеся возникновения социального риска и компенсации его негативных последствий, констатации наличия социально-рисковой ситуации, требуют правового регулирования, поэтому здесь применяются соответствующие средства. Отношения в сфере предупреждения социального риска необязательно нуждаются в правовом регулировании, поэтому к ним применимы также средства правового воздействия.

Прежде чем перейти к классификации по иным основаниям, следует сделать оговорку, что в ряде случаев она может охватывать только средства правового регулирования (допустим, проведенная по такому критерию, как отраслевая принадлежность опосредующих их норм).

В зависимости от функциональной роли правовые средства принято делить на регулятивные и охранительные. Такая классификация может быть проведена в отношении правовых средств управления социальными рисками. При этом к числу регулятивных средств можно отнести, например, установление оснований и условий предоставления социального обеспечения, возложение обязанностей по предоставлению тех или иных видов социального обеспечения на определенные органы государственной власти или местного самоуправления, а к числу охранительных – меры ответственности за нарушение права на социальное обеспечение, юридические гарантии (например, запрет снижения размера пенсий, назначенных до введения нового правового регулирования, ужесточающего условия пенсионного обеспечения) и т. п.

По виду правового регулирования выделяют средства нормативного и индивидуального регулирования. К первым могут быть отнесены правовые нормы, нормативные правовые акты, нормативные договоры и т. п. Второй вид представлен индивидуальными договорами, юридическими фактами, включая решения правоприменительных органов о назначении социальных выплат и др.

С учетом отраслевой принадлежности можно говорить о правовых средствах конституционного, административного, финансового, гражданского, уголовного, трудового права, права социального обеспечения и других отраслей российского права. При этом в сфере управления социальными рисками в наибольшей степени задей-



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Теория государства и права: курс лекций. С. 623–624 (автор главы – А. В. Малько).

ствованы средства права социального обеспечения. К ним могут быть отнесены право на социальное обеспечение; определение оснований и условий социального обеспечения, видов социальных предоставлений, их размеров и объема; заявительный порядок реализации права на социальное обеспечение и т. п.

Большую роль здесь играют конституционно-правовые средства, например конституционное право на социальное обеспечение, конституционные принципы социального государства, равенства и справедливости, баланса частных и публичных интересов и др.

В сфере управления социальными рисками велико значение также административно-правовых и финансово-правовых средств, обеспечивающих формирование финансового источника, за счет которого происходит компенсация социальных рисков (к примеру, возложение обязанности по уплате страховых взносов на обязательное социальное страхование; добровольное участие самозанятых лиц в некоторых видах социального страхования с уплатой страховых взносов), а также организацию и функционирование системы органов и учреждений, уполномоченных осуществлять защиту от социальных рисков.

Правовой статус таких органов и учреждений имеет частноправовую составляющую, поэтому регламентация складывающихся с их участием отношений невозможна без применения гражданско-правовых средств (создание, реорганизация или ликвидация юридического лица). Кроме того, защита от социальных рисков может осуществляться на основе гражданско-правовых договоров (страхования, пожизненного содержания с иждивением, возмездного оказания услуг социальной направленности – медицинских, образовательных и т. п.), а также в рамках деликтных обязательств (возмещение вреда, причиненного при исполнении трудовых обязанностей, сверх обеспечения по обязательному социальному страхованию от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний и т. д.).

Широкое применение в сфере управления социальными рисками имеют трудоправовые средства. Среди них можно назвать заключение трудового договора (выступающее основанием для распространения на работника обязательного социального страхования и для возложения на работодателей обязанности по осуществлению данного страхования) либо коллективного договора (соглашения), в котором могут содержаться условия о предоставлении мер социальной поддержки работникам и членам их семей. Примеры таких правовых средств можно обнаружить и в ряде других институтов трудового права, таких как рабочее время (сокращение продолжительности рабочего времени для инвалидов, несовершеннолетних, ограничение привлечения к сверхурочной работе, работе в выходные и праздничные дни работников с семейными обязанностями), время отдыха (предоставление перерывов для кормления ребенка, отпусков по беременности и родам, по уходу за ребенком), оплата труда (установление минимального размера оплаты труда, специальные правила оплаты труда на работах с вредными и тяжелыми условиями), охрана труда (установление обязанностей сторон трудового договора по соблюдению правил охраны труда и техники безопасности и т. п.).

Перечень отраслевых правовых средств, применимых в сфере управления социальными рисками, может быть дополнен средствами семейного, экологического и других отраслей права. Завершая характеристику отраслевых правовых средств управления социальными рисками, необходимо подчеркнуть, что на различных



этапах такого управления должен обеспечиваться баланс применяемых правовых средств, прежде всего с учетом деления отраслей права на частные и публичные. Оптимальное соотношение частноправовых и публично-правовых средств при осуществлении предупреждения социальных рисков, а также при компенсации неблагоприятных последствий их возникновения позволяет наиболее полно учесть и реализовать интересы всех задействованных в этом процессе субъектов (и человека как субъекта социального риска, и тех субъектов, которые принимают на себя обязанность по компенсации возникающих последствий).

В зависимости от территории действия устанавливающих их правовых норм в системе управления социальными рисками можно выделить международно-правовые (принятие конвенций МОТ, заключение международных договоров и т. п.), наднациональные (установление отдельных правил социального обеспечения в интеграционных объединениях государств, например в Европейском союзе) и внутригосударственные правовые средства (их в свою очередь можно разделить на устанавливаемые на федеральном, региональном или муниципальном уровнях). Наиболее востребованными в практическом плане являются внутригосударственные средства, однако международные и наднациональные – в случае их признания государством, ратифицировавшим соответствующие международные договоры, частью своей правовой системы – обладают приоритетом.

Глобализация, научно-технический прогресс, сложные геополитические процессы, происходящие в современном мире и способные поставить под угрозу само существование человеческой цивилизации, не могут не оказывать влияния на социальные риски. Такое влияние может быть как негативным, так и позитивным, но при любых обстоятельствах оно является глобальным и в большей или меньшей степени касается всех государств. К примеру, негативное влияние перечисленных факторов может выражаться в усилении степени вероятности реализации социального риска (в частности, риск безработицы для отдельных профессиональных групп, обусловленный цифровизацией экономики), возникновении относительно новых видов социального риска, связанных, в числе прочего, с развитием ядерных, космических и подобных технологий, и т. д. Позитивная составляющая названных процессов предполагает возможность объединения усилий государств для защиты населения планеты от социальных рисков (в том числе путем экономической интеграции, развития новых медицинских технологий, улучшения экологии, разработки международных стандартов защиты от социального риска).

Все это свидетельствует об интернационализации социальных рисков и механизмов защиты от них, что в свою очередь усиливает значение международно-правовых и наднациональных (назовем их внешними) правовых средств управления социальными рисками. Однако это не отменяет приоритетной роли государств в создании механизмов защиты от социального риска. К тому же именно государство, обладая суверенитетом, принимает решение об участии в интеграционных объединениях и международных организациях, заключении международных договоров и т. п. Следовательно, именно оно ответственно за достижение баланса внешних (международно-правовых и внутригосударственных) и внутренних правовых средств управления социальными рисками.

Актуально для сферы управления социальными рисками деление правовых средств на материальные и нематериальные (организационные, процедурные, про-



цессуальные). Материальные правовые средства охватывают права и обязанности субъектов управления социальными рисками, чья реализация предполагает создание необходимых организационных условий, установление соответствующих процедур и т. п. Следовательно, материальные правовые средства должны быть обеспечены «поддержкой» нематериальных; при этом должно достигаться их оптимальное соотношение, баланс. В частности, не может быть установлен какой-либо новый вид социального обеспечения без определения процедуры обращения за ним и его предоставления.

Приведем примеры нематериальных правовых средств. К числу организационных средств может быть отнесен индивидуальный персонифицированный учет в обязательном медицинском и пенсионном страховании. Процедурные правовые средства представлены, в частности, зафиксированными в административных регламентах порядками обращения за теми или иными социальными предоставлениями. Процессуальные средства применяются в случае использования юрисдикционных форм защиты нарушенных прав, а также при привлечении субъектов управления социальными рисками к ответственности.

В зависимости от того, кто из субъектов управления социальными рисками может их использовать, могут быть выделены правовые средства исключительного использования и правовые средства универсальной принадлежности. К первой группе можно отнести правовые средства, использовать которые правомочен только человек как субъект риска. Это все правовые средства, обеспечивающие его инициативу в осуществлении персонифицированной защиты от социального риска (например, обращение с заявлением о предоставлении социального обеспечения, заключение и исполнение социального контракта в порядке получения государственной социальной помощи, выбор одного из причитающихся видов социального обеспечения и т. д.). В эту же группу включаются правовые средства, которые могут применять только субъекты управления социальными рисками, наделенные публично-властными полномочиями (государство и - в меньшей степени - органы местного самоуправления). Сюда относятся установление нормативного регулирования в данной сфере (на федеральном, региональном или муниципальном уровнях), привлечение к ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение другими субъектами своих обязанностей, разрешение споров и т. д.

Исключительные полномочия государства в сфере управления социальными рисками реализуются им как субъектом международного права с использованием при этом вышеназванных международно-правовых средств. Исключительный характер имеют также правовые средства, которые могут применяться специальными субъектами, уполномоченными на экспертную оценку социального риска. Например, установление инвалидности находится в исключительном ведении учреждений медикосоциальной экспертизы. Причинную связь между инвалидностью военнослужащего и исполнением им обязанностей военной службы вправе устанавливать только военно-врачебная экспертиза.

Данная классификация в значительной степени отражает специфику управления социальными рисками, поэтому здесь допустимо признание возможности исключительного использования определенных правовых средств конкретным субъектом такого управления. С. С. Алексеев подчеркивал, что правовые средства как «инструменты оптимального решения известных социальных задач» находятся в органи-



ческой связи именно с этими задачами, они не «принадлежат» субъектам права¹. Но в сфере управления социальными рисками такая «привязка» правовых средств к конкретному субъекту подчас не просто возможна, но и необходима. Она позволяет учесть интересы определенного человека или группы людей, объединенных работой в одной отрасли или у одного работодателя, проживанием в одном населенном пункте и регионе, а также иными социально-демографическими или профессиональными признаками, и тем самым обеспечивает персонификацию защиты от социального риска.

Что касается правовых средств универсальной принадлежности, то они могут применяться различными субъектами. Допустим, заключение договоров как правовое средство может использоваться и человеком, и государством, и любыми другими субъектами (конечно, речь идет о разных видах договоров – трудовом, гражданскоправовом, административном, международном и т. д.).

Проведенная классификация отражает многообразие правовых средств, которые могут использоваться для достижения целей защиты от социальных рисков. Как подчеркивалось выше, для достижения каждой конкретной правовой цели применяется определенная комбинация правовых средств. Выбор таких правовых средств и формирование их соответствующей комбинации осуществляются различными субъектами управления социальными рисками, начиная с конкретного человека как субъекта риска и завершая государством как субъектом, принимающим на себя максимальный объем обязанностей по компенсации последствий социальных рисков.

При выборе конкретных правовых средств субъекты управления социальными рисками должны стремиться к достижению оптимального сочетания, баланса правовых средств различных видов. С этим можно связывать повышение эффективности защиты от социальных рисков в современных условиях.

### Список литературы

*Денисенко В. В.* Новое понимание правового регулирования в условиях юридификации общества // Эффективность правового регулирования: моногр. / под общ. ред. А. В. Полякова В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М., 2017.

*Иванова Р. И.* Социальное обеспечение в государственно организованном обществе: генезис, развитие и функционирование (правовой аспект): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1987.

Кулапов В. П., Хохлова И. С. Способ правового регулирования. Саратов, 2010.

 $\mathit{Курченко}$  О. С. Злоупотребление социально-обеспечительными правами: постановка проблемы // Рос. юрид. журн. 2016. № 6.

Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс права социального обеспечения. М., 2008.

Осинцев Д. В. Правовые модели управления: моногр. Екатеринбург, 2018.

*Поляков А. В.* Эффективность правового регулирования: коммуникативный подход // Эффективность правового регулирования: моногр. / под общ. ред. А. В. Полякова В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М., 2017.

Правовое администрирование в экономике. Актуальные проблемы: моногр. / под ред. Ю. А. Тихомирова. М., 2018.

Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 1997.

Тихомиров Ю. А. Право: прогнозы и риски: моногр. М., 2017.

 $\mathit{Tuxomupo}$ в Ю. А. Прогнозы и риски в правовой сфере // Журн. рос. права. 2014. № 3.

Филиппова С. Ю. Частноправовые средства организации и достижения правовых целей. М., 2011.

*Шундиков К. В.* Инструментальная теория права – перспективное направление научного исследования // Правоведение. 2002. № 2.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Алексеев С. С. Теория права. М., 1993. С. 154.

### References

Denisenko V. V. Novoe ponimanie pravovogo regulirovaniya v usloviyakh yuridifikatsii obshchestva // Effektivnost' pravovogo regulirovaniya: monogr. / pod obshch. red. A. V. Polyakova V. V. Denisenko, M. A. Belyaeva. M., 2017.

Filippova S. Yu. Chastnopravovye sredstva organizatsii i dostizheniya pravovykh tselei. M., 2011.

Ivanova R. I. Sotsial'noe obespechenie v gosudarstvenno organizovannom obshchestve: genezis, razvitie i funktsionirovanie (pravovoi aspekt): avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk. M., 1987.

Kulapov V. P., Khokhlova I. S. Sposob pravovogo regulirovaniya. Saratov, 2010.

Kurchenko O. S. Zloupotreblenie sotsial'no-obespechitel'nymi pravami: postanovka problemy // Ros. yurid. zhurn. 2016. № 6.

Lushnikova M. V., Lushnikov A. M. Kurs prava sotsial'nogo obespecheniya. M., 2008.

Osintsev D. V. Pravovye modeli upravleniya: monogr. Ekaterinburg, 2018.

Polyakov A. V. Effektivnost' pravovogo regulirovaniya: kommunikativnyi podkhod // Effektivnost' pravovogo regulirovaniya: monogr. / pod obshch. red. A. V. Polyakova V. V. Denisenko, M. A. Belyaeva. M., 2017.

Pravovoe administrirovanie v ekonomike. Aktual'nye problemy: monogr. / pod red. Yu. A. Tikhomirova. M., 2018.

Shundikov K. V. Instrumental'naya teoriya prava – perspektivnoe napravlenie nauchnogo issledovaniya // Pravovedenie. 2002. № 2.

Teoriya gosudarstva i prava: kurs lektsii / pod red. N. I. Matuzova, A. V. Mal'ko. M., 1997.

Tikhomirov Yu. A. Pravo: prognozy i riski: monogr. M., 2017.

Tikhomirov Yu. A. Prognozy i riski v pravovoi sfere // Zhurn. ros. prava. 2014. № 3.





### КОНФЛИКТ ЮРИСДИКЦИЙ В ГЛОБАЛЬНОЙ И РЕГИОНАЛЬНЫХ СИСТЕМАХ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ

### Бублик Владимир Александрович

Ректор Уральского государственного юридического университета, профессор кафедры предпринимательского права Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук, профессор (Екатеринбург), e-mail: rektorat@usla.ru

### Губарева Анна Викторовна

Доцент кафедры предпринимательского права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук, доцент (Екатеринбург), e-mail: ashipova@mail.ru

Недопустимость повторного или параллельного рассмотрения одного спора в рамках двух конкурирующих систем разрешения споров имеет большое значение с точки зрения как реализации принципа мирного разрешения международных споров, так и обеспечения стабильности международного правопорядка. В международном праве нет норм, которые четко распределяли бы юрисдикции двух не связанных между собой международных судов. В связи с этим авторы рассматривают некоторые способы преодоления конфликта юрисдикций механизмов ВТО и региональных торговых соглашений. В их числе — разработка специальных норм о конфликте юрисдикций в рамках ВТО, принятие решений органами ВТО, применение общих международно-правовых процессуальных принципов.

Ключевые слова: международные торговые споры, Всемирная торговая организация, конфликт юрисдикций, механизмы разрешения споров, глобальные и региональные системы разрешения споров

# THE CONFLICT OF JURISDICTION WITHIN GLOBAL AND REGIONAL DISPUTE RESOLUTION SYSTEMS

### **Bublik Vladimir**

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: rektorat@usla.ru

### Gubareva Anna

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: ashipova@mail.ru

The inadmissibility of a repeated or a parallel consideration of one dispute within two competing dispute resolution systems is important in terms of implementing the principle of peaceful settlement of international disputes as well as in terms of ensuring the stability of the international legal order. In international law, there are no rules that clearly distribute the jurisdiction of two unrelated international courts. The authors consider some ways to overcome the conflict of jurisdiction of WTO judicial bodies and mechanisms of regional trade agreements. Those include the development of special rules on the conflict of jurisdiction, the decisions of the WTO bodies, the application of general international legal procedural principles.

Key words: international trade disputes, World Trade Organization, conflict of jurisdictions, dispute resolution mechanisms, global and regional dispute resolution systems



Нередко региональные торговые системы ориентируются на опыт Всемирной торговой организации при разработке механизмов урегулирования споров, а иногда и дословно воспроизводят положения Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров ВТО (далее – ДРС) в собственных источниках, поскольку, согласно п. 2 ст. 3 ДРС, «система урегулирования споров ВТО является центральным элементом, обеспечивающим безопасность и предсказуемость многосторонней торговой системы». Речь идет прежде всего о «копировании» механизма осуществления разбирательства посредством арбитражного органа в сочетании с квазисудебными органами разрешения споров, не имеющими статуса судов. Такой тип заимствования можно встретить, в частности, в Североамериканском соглашении о свободной торговле (НАФТА) 1992 г. или Договоре о зоне свободной торговли СНГ 2011 г.

С одной стороны, в ДРС предусмотрена обязательность юрисдикции ВТО для всех членов Организации: в случае нарушения обязательств либо аннулирования или сокращения выгод, вытекающих из охваченных соглашений, члены ВТО должны обращаться к правилам ВТО и строго придерживаться их (п. 1 ст. 23 ДРС). С другой – когда члены ВТО являются сторонами иных международных региональных соглашений, исключительная юрисдикция ВТО при разрешении торговых споров может быть поставлена под сомнение, поскольку возникает коллизия юрисдикций по разрешению споров в системе ВТО и региональных системах<sup>1</sup>.

Почти все региональные торговые соглашения (далее – РТС) в той или иной мере пересекаются с соглашениями ВТО в силу того, что обе системы опираются на одни и те же принципы. Исходя из этого, конкуренция юрисдикций может возникать, когда обязательства в рамках РТС полностью воспроизводят положения соглашений ВТО (например, обязательства по предоставлению национального режима или режима наибольшего благоприятствования) или когда обязательства в рамках РТС подтверждают обязательства, существующие в ВТО (например, обязательства в рамках применения мер торговой защиты)<sup>2</sup>. Многие РТС просто включают в основные положения, касающиеся принципов торговли, ссылки на ст. III и XI ГАТТ<sup>3</sup>. Вместе с тем некоторые РТС содержат специальные ссылки на многостороннее соглашение или соглашение с ограниченным кругом участников, всегда включающие положение *ad hoc* о том, что стороны РТС поддерживают существующие права и обязанности между ними по соглашению ВТО. Примером таких соглашений является «новое поколение» соглашений о свободной торговле, заключенных ЕС с Южной Кореей, Колумбией и Перу, а также странами Центральной Америки<sup>4</sup>.

В последнее десятилетие в силу постоянного расширения сети региональных соглашений и включения в них собственных процессуальных норм появилось немало исследований по вопросу о разрешении коллизий двух систем, которые зачастую становятся помехой на пути успешного разрешения торговых споров<sup>5</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Kwak K., Marceau G. Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTAs // Conference on Regional Trade Agreements. World Trade Organization. 2002. URL: https://www.wto.org/English/tratop\_E/region\_e/



¹ Трунк-Федорова М. П. Разрешение споров в рамках Всемирной торговой организации. СПб., 2005. С. 41.

 $<sup>^2</sup>$  Солнцев А. М., Голубев В. В. ВТО и региональные интеграционные объединения: конкуренция юрисдикций и применимых принципов права при разрешении межгосударственных споров // Вестн. Волгоград. гос. ун-та. Сер. 5: Юриспруденция. 2013. № 1. С. 95–96.

 $<sup>^3</sup>$  Marceau G. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions: the relationship between the WTO agreement and MEAs and other treaties // Journal of World Trade. 2001. № 6. P. 1101.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Пункт 2 ст. 77 Соглашения ЕС с Центральной Америкой; ст. 5 Соглашения ЕС с Колумбией и Перу; преамбула Договора о свободной торговле между ЕС и Республикой Корея.

Важно понимать, что недопустимость повторного или параллельного рассмотрения одного спора в рамках двух конкурирующих систем разрешения споров имеет особое значение с точки зрения как эффективности реализации принципа мирного разрешения международных споров, так и обеспечения стабильности международного правопорядка<sup>1</sup>. В международном праве нет правовой нормы, которая четко распределяла бы юрисдикции двух не связанных между собой, независимых судов и создавала бы для одного из них препятствия в отправлении правосудия<sup>2</sup>.

В практике ВТО уже имеются случаи рассмотрения спора, которые привели к конфликту между нормами ВТО и нормами интеграционных объединений. Так, в споре между Мексикой и США<sup>3</sup> Мексика настаивала на юрисдикции НАФТА, в рамках которой она уже начала производство по делу, а США, наоборот, считали, что только ВТО обладает достаточными полномочиями по рассмотрению спора<sup>4</sup>. При этом Апелляционный орган в своем решении указал, что в соответствии с ДРС третейская группа не может по своему усмотрению отказаться от осуществления своей юрисдикции в случае, когда спор был передан ей на рассмотрение<sup>5</sup>. Также Апелляционный орган отметил, что подобный отказ от осуществления юрисдикции по надлежащим образом заявленному спору был бы явным ограничением права истца требовать прекращения нарушения обязательств в соответствии со ст. 23 ДРС и инициировать рассмотрение спора по п. 3 ст. 3 ДРС.

На первый взгляд может показаться, что Апелляционный орган однозначно установил свою исключительную юрисдикцию при возникновении любого конфликта с механизмом урегулирования споров РТС<sup>6</sup>. Однако аккуратная формулировка обоснования юрисдикции ВТО, выбранная Апелляционным органом при рассмотрении спора, говорит о стремлении многосторонней системы обеспечить большую гибкость в процессе взаимодействия с системами РТС в случае параллельных процессов.

По мнению Секретариата ВТО, на вопрос о возможности урегулирования подобной коллизии юрисдикций, особенно если договор вне системы ВТО также предусматривает исключительную юрисдикцию его средств в отношении урегулирования споров, ответ пока не найден<sup>7</sup>. Подобная неясность может повлечь ряд негативных последствий. Так, отступление от механизма ВТО может привести не только к использованию «параллельных процедур», но и к принятию противоречащих решений в рамках разных систем разрешения споров.

Рассматриваемая проблема выступает существенным препятствием на пути урегулирования международных торговых отношений, в связи с чем представляется необходимым введение специальных правил, позволяющих выбрать наиболее подходящий механизм разрешения споров<sup>8</sup>. В частности, следует включить в тексты РТС



sem\_april02\_e/marceau.pdf; Marceau~G.,  $Wyatt~\mathcal{J}.$  Dispute Settlements Regimes Intermingled: Regional Trade Agreements and the WTO // Journal of International Dispute Settlement. 2010. Nº 1. P. 67–95.

 $<sup>^1</sup>$  Смбатян А. С. Проблема параллельного судопроизводства в международном праве // Рос. юрид. журн. 2011. № 6. С. 23.

 $<sup>^2</sup>$  *Pauwelyn J.* Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law. N. Y., 2003. P. 445.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/R, (07.11.2005), WT/DS308/AB/R (06.03.2006).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Regional Trade Agreements and the WTO Legal System / ed. by L. Bartels, F. Ortino. Oxford, 2006. P. 234.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Солнцев А. М., Голубев В. В. Указ. соч. С. 95.

<sup>6</sup> Kwak K., Marceau G. Op. cit.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Marceau G. Op. cit. P. 1101.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Kwak K., Marceau G. Op. cit.

положения об исключительной юрисдикции, напрямую определяющие, какой системе подведомствен тот или иной спор. Например, в п. 6 ст. 2005 Договора о создании НАФТА содержатся положения о подведомственности споров НАФТА или ГАТТ (так называемая исключающая оговорка), согласно которым «как только процесс по урегулированию спора начат по ст. 2007 НАФТА или инициирован в рамках ГАТТ, выбранный орган по разрешению спора обладает исключительной юрисдикцией», а значит, инициирование процедуры в другой системе становится невозможным.

Согласно ст. 319 Соглашения о свободной торговле ЕС с членами Андского сообщества Колумбией и Перу 2012 г. «споры, относящиеся к той же мере и вытекающие из настоящего Соглашения, могут быть разрешены в соответствии с настоящим Соглашением или в соответствии с ДРС по усмотрению истца». Как только истец потребовал сформировать третейскую группу по ст. 6 ДРС или арбитражную группу по ст. 303 Соглашения ЕС с Колумбией и Перу, он уже не может возбудить новое дело по тому же вопросу с помощью другого механизма разрешения споров, за исключением случаев, когда выбранный компетентный орган не вынес решения по существу спора вследствие процессуальных или юрисдикционных причин.

Положения РТС о выборе механизма разрешения спора различаются. Некоторые РТС, например Южнотихоокеанское соглашение о региональной торговле и экономическом сотрудничестве 1981 г., предусматривает необязательные правила определения юрисдикции (рекомендации). Другие же РТС предписывают придерживаться подобных правил в обязательном порядке. Например, такие положения включены в текст Договора МЕРКОСУР, согласно которому стороны признают *ipso facto* исключительную юрисдикцию Арбитражного трибунала МЕРКОСУР, созываемого в случае возникновения разногласий по Договору МЕРКОСУР. Аналогичное положение об исключительной юрисдикции механизма разрешения споров РТС содержится в тексте Соглашения о свободной торговле США с Израилем 1985 г.

РТС, которые включают положения рекомендательного характера, вряд ли помогут успешно разрешить коллизию юрисдикций механизмов РТС и ВТО, поскольку в этом случае, несмотря на предоставление сторонам права выбора подходящего механизма, не исключается подача жалобы в конкурирующий механизм. Вместе с тем предотвратить конфликт между двумя механизмами при помощи соглашений, предусматривающих правила об исключительной юрисдикции, также, возможно, не удастся, так как другой механизм может иметь закрепленную аналогичным образом исключительную юрисдикцию.

Во избежание конфликта юрисдикций именно перед ВТО как универсальной многосторонней системой стоит задача сформировать механизм облегчения взаимодействия разных систем разрешения споров¹. Многие региональные договоренности разрабатываются при условии соблюдения принципов и правил ВТО, поэтому логично было бы ввести в ДРС, а также в статьи ГАТТ и ГАТС императивные положения о выборе альтернативных механизмов урегулирования споров, что впоследствии позволило бы избежать коллизии юрисдикций². Цель такой реформы – наделение ВТО правом направлять и контролировать работу РТС³. По мнению К. Пикера, механизм

 $<sup>^3</sup>$  *Picker C. B.* Regional trade agreements v. the WTO a Proposal for reform of Article XXIV to counter this institutional threat // Pennsylvania Journal of International Economic Law. 2005. Vol. 26. № 2. P. 150.



 $<sup>^1</sup>$  Барончини Э. ВТО и региональные системы разрешения споров: конфликт юрисдикций // Междунар. правосудие. 2014. № 3. С. 133.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Regional Trade Agreements and the WTO Legal System. P. 553.

ВТО должен применяться как последняя судебная инстанция при разрешении региональных торговых споров. Если между юрисдикциями ВТО и РТС возникает противоречие, то, согласно ДРС, предусматривается применение юрисдикции ВТО.

Высказываются и сомнения в том, что реформа ДРС и ГАТТ может способствовать укреплению системы ВТО¹. Так, утверждение абсолютного приоритета механизма ВТО при возникновении противоречий с РТС и отсутствие иной альтернативы в современных условиях расширения сети межрегиональных договоренностей могут не только привести к увеличению числа конфликтов юрисдикций, но и поставить под сомнение целесообразность региональной интеграции. Кроме того, препятствием на пути реализации реформы является отторжение государствами-членами ВТО любых нововведений в этой области.

Если в ближайшее время рассмотренное предложение о прямом реформировании норм ВТО не будет принято, то представляется возможным разрешить конфликт юрисдикций посредством решений Секретариата ВТО или Комитета по региональным торговым соглашениям<sup>2</sup>.

Еще одним способом разрешения указанной проблемы может стать устранение коллизий норм о юрисдикции, действующих в региональных торговых системах, с помощью применения общих международно-правовых процессуальных принципов, таких как принцип судейской вежливости, forum non conveniens, res judicata и lis alibi pendens.

Судейская вежливость рассматривается многими исследователями как принцип международного права, позволяющий избегать конфликтных ситуации при разрешении споров. Однако он не универсален и применяется только в ряде случаев<sup>3</sup>. Предполагается, что, руководствуясь принципом вежливости при рассмотрении спора, третейские группы и Апелляционный орган ВТО не будут устанавливать свою исключительную юрисдикцию или воздержатся от ее осуществления в случаях, когда рассмотрение соответствующего спора в другой системе (региональной) более приемлемо, в том числе, с точки зрения стабильности и предсказуемости международной торговой системы<sup>4</sup>. Тем не менее в юридическом смысле судейская вежливость не является абсолютным обязательством, и органы международного правосудия крайне редко готовы принять решение о приостановлении реализации своей юрисдикции даже в интересах поддержания международного правопорядка<sup>5</sup>.

Принцип forum non conveniens предоставляет судам широкие полномочия в вопросах приостановления судопроизводства и позволяет судебному органу с соответствующей юрисдикцией продолжить или прекратить разбирательство по делу, «когда ему становится известно о существовании альтернативного механизма с более подходящей юрисдикцией»<sup>6</sup>. По замечанию А. Бьерклунд, орган правосудия не может

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Andrieux G. Declining Jurisdiction in a Future International Convention on Jurisdiction and Judgments – How Can We Benefit from Past Experiences in Conciliating the Two Doctrines of Forum Non Conveniens and Lis Perdens? // The Loyola of Los Angeles international and Comparative Law Review. 2005. Vol. 27. P. 328.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Picker C. B. Op. cit. P. 155.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> De Mestral C. M. Dispute Settlement under the WTO and RTAs: An Uneasy Relationship // Journal of International Economic Law. 2013. Vol. 16. № 4. P. 807.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Pauwelyn J. Op. cit. P. 458.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Henckels C. Overcoming Jurisdictional Isolationism at the WTO-FTA Nexus: A Potential Approach for the WTO // European Journal of International Law. 2008. Vol. 19.  $\mathbb{N}_2$  3. P. 596–597.

 $<sup>^5</sup>$  Смбатян А. С. Решения органов международного правосудия и их роль в укреплении международного правопорядка: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. С. 148.

отклонять иск лишь ввиду того, что иной орган правосудия, по его мнению, является более приемлемым для рассмотрения и урегулирования возникшего спора, поскольку после того, как закон наделяет суд определенной юрисдикцией, он не может отказаться от нее по причине неудобства или неуместности<sup>1</sup>. Такой подход к применению доктрины *forum non conveniens* вполне оправдан с точки зрения международного правосудия<sup>2</sup>.

Например, фактически в нарушение принципа forum non conveniens ст. 23 ДРС устанавливает юрисдикцию органов ВТО по рассмотрению споров по вопросам, которые относятся к сфере регулирования ВТО, т. е. практически всех торговых споров<sup>3</sup>. Это означает, что глобальная система разрешения споров всегда является «удобным» для подачи иска механизмом, обладающим исключительной юрисдикцией. Практически невозможно представить, что ВТО откажется от своей юрисдикции, сославшись на действие принципа forum non conveniens, так как это уже будет нарушением ДРС<sup>4</sup>.

Среди общепризнанных принципов наиболее эффективными и часто применяемыми при разрешении конфликта между двумя механизмами урегулирования споров, по мнению Дж. Повелина, Л. Саллеса, А. С. Смбатян, являются принципы res judicata и lis alibi pendens, имеющие частноправовую природу $^5$ .

Принцип res judicata определяет окончательность принимаемых судебных решений и недопустимость повторного рассмотрения уже разрешенного дела<sup>6</sup>. Res judicata относится к допустимости иска, а не к юрисдикции суда<sup>7</sup>, но этот принцип позволяет избежать повторного рассмотрения спора, так как исключает возможность любого обычного способа обжалования решений, уже принятых в рамках одной из юрисдикций<sup>8</sup>.

Применение принципа *lis alibi pendens* вызывает множество вопросов. Прежде всего указанный принцип может применяться сопоставимыми, равными по своему значению органами правосудия. На практике установить сопоставимость региональных органов правосудия и органов ВТО достаточно сложно, так как можно выделить множество как общих, так и отличительных признаков этих органов<sup>9</sup>. Таким образом, сопоставимость механизмов разрешения споров представляется категорией оценочной, поэтому данный принцип не может быть применен в полной мере. Кроме того, применение принципа *lis alibi pendens* не гарантирует, что в отношении спора, рассмотрение которого было приостановлено, впоследствии другим судом не будет вынесено повторное решение.



 $<sup>^1</sup>$  Bjorklund A. Private Rights and Public International Law: Why Competition Among international Economic Law Tribunals Is Not Working // Hastings Law Journal. 2007. Vol. 59. № 2. P. 305.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Marceau G. Op. cit. P. 1031.

 $<sup>^{\</sup>scriptscriptstyle 3}$  Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes: Annex 2 of the WTO Agreement // URL: https://www.wto.org/english/Tratop\_e/dispu\_e/dsu\_e.htm.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Marceau G. Op. cit. P. 1125.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Pauwelyn J., Salles L. E. Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions // Cornell International Law Journal. 2009. Vol. 42. № 1. P. 107.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Смбатян А. С. Принцип res judicata в международном публичном праве: современное прочтение // Междунар. публичное и частное право. 2012. № 1. С. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Pauwelyn J., Salles L. E. Op. cit. P. 105.

 $<sup>^{8}</sup>$  Смбатян А. С. Решения органов международного правосудия и их роль в укреплении международного правопорядка. С. 148.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Там же. С. 149.

Основным же препятствием для реализации двух последних принципов выступает требование тождественности оснований исков. Многоаспектность международных споров и применимость к одному и тому же вопросу положений различных международных договоров и иных источников международного права приводят к тому, что даже при тождественности предмета и сторон спора юридические основания исков оказываются различными<sup>1</sup>.

Несмотря на ограниченность, использование общих международно-правовых процессуальных принципов в целях избежания противоречий между региональной и глобальной системами стало общепринятым в международном сообществе в силу отсутствия необходимых механизмов разграничения юрисдикции в ВТО. Рассмотренные принципы получили свое развитие в практике международных судов и трибуналов, в том числе в практике ОРС ВТО<sup>2</sup>. В условиях отсутствия иерархии юрисдикции общие международно-правовые процессуальные принципы позволяют преодолевать коллизию судебных решений, так как восполняют те пробелы, которые возникли в многосторонней торговой системе<sup>3</sup>. При наличии достаточной правовой базы для применения международно-правовых принципов в механизме разрешения споров ВТО данный способ устранения коллизий можно назвать наиболее эффективным<sup>4</sup>.

Несмотря на очевидную тенденцию к унификации моделей судебного урегулирования споров посредством включения положений о современных квазисудебных механизмах практически во все РТС, можно констатировать, что механизмы урегулирования споров в рамках РТС используются сторонами гораздо реже, чем процедура урегулирования споров в ВТО. Дело в том, что современные региональные механизмы разрешения споров были введены в РТС сравнительно недавно и поэтому еще не получили должной практической применимости. Кроме того, хотя такие механизмы считаются наиболее эффективными для разрешения региональных и межрегиональных споров, нечастое обращение к ним вызвано тем, что соглашения регламентируют правила предоставления уступок, касающихся доступа на рынки, а по поводу этих правил и их реализации разногласия возникают крайне редко<sup>5</sup>. К тому же, несмотря на то что механизмы разрешения споров в рамках РТС во многом схожи с правилами ВТО, в настоящий момент они не способны обеспечить быстрое назначение независимых арбитров, привлечение сторонних экспертов, исполнение вынесенных решений, возможность апелляционного обжалования<sup>6</sup>.

Взаимоотношения между различными юрисдикциями и международно-правовыми институтами, как правило, строятся на «горизонтальной» основе, а все договорные права и обязанности находятся в одной плоскости. Отсутствие иерархии служит одной из основных причин конфликтов юрисдикций в международном праве<sup>7</sup>.

Представляется, что рассмотренные способы устранения коллизий юрисдикций являются наиболее проработанными в теории, однако не всегда применимыми на практике. Пока правила разрешения споров не будут унифицированы, конфликты юрисдикций, к сожалению, неизбежны.



 $<sup>^1</sup>$  Смбатян А. С. Конфликт юрисдикции органов международного правосудия как отрицание их взаимосвязей // Рос. юрид. журн. 2013. № 5. С. 32.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Marceau G., Wyatt J. Op. cit. P. 70.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Lim C. L. The Amicus Brief Issue at the WTO // Chinese Journal of International Law. 2005. № 85. P. 109–110.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Elias O. A., Lim C. L. General Principles of Law, «Soft» Law and the Identification of International Law // Netherlands Yearbook of International Law. 1997. Vol. 28.  $\mathbb{N}_2$  3. P. 39.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Regional Trade Agreements and the WTO Legal System. P. 403–404.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Ibid. P. 405.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Солнцев А. М., Голубев В. В. Указ. соч. С. 98.

### Список литературы

Andrieux G. Declining Jurisdiction in a Future International Convention on Jurisdiction and Judgments – How Can We Benefit from Past Experiences in Conciliating the Two Doctrines of Forum Non Conveniens and Lis Perdens? // The Loyola of Los Angeles international and Comparative Law Review. 2005. Vol. 27.

*Bjorklund A.* Private Rights and Public International Law: Why Competition Among international Economic Law Tribunals Is Not Working // Hastings Law Journal. 2007. Vol. 59. № 2.

De Mestral C.M. Dispute Settlement under the WTO and RTAs: An Uneasy Relationship // Journal of International Economic Law. 2013. Vol. 16.  $\mathbb{N}^{9}$  4.

Elias O. A., Lim C. L. General Principles of Law, «Soft» Law and the Identification of International Law // Netherlands Yearbook of International Law. 1997. Vol. 28.  $\mathbb{N}^{\circ}$  3.

*Henckels C.* Overcoming Jurisdictional Isolationism at the WTO-FTA Nexus: A Potential Approach for the WTO // European Journal of International Law. 2008. Vol. 19.  $N_2$  3.

Kwak K., Marceau G. Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTAs // Conference on Regional Trade Agreements. World Trade Organization. 2002. URL: https://www.wto.org/English/tratop\_E/region\_e/sem\_april02\_e/marceau.pdf.

Lim C. L. The Amicus Brief Issue at the WTO // Chinese Journal of International Law. 2005. № 85.

*Marceau G.* Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions: the relationship between the WTO agreement and MEAs and other treaties // Journal of World Trade. 2001.  $\mathbb{N}_{2}$  6.

*Marceau G.*, *Wyatt J.* Dispute Settlements Regimes Intermingled: Regional Trade Agreements and the WTO // Journal of International Dispute Settlement. 2010.  $\mathbb{N}_2$  1.

Pauwelyn J. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law. N. Y., 2003.

*Pauwelyn J., Salles L. E.* Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions // Cornell International Law Journal. 2009. Vol. 42. № 1.

*Picker C. B.* Regional trade agreements v. the WTO a Proposal for reform of Article XXIV to counter this institutional threat // Pennsylvania Journal of International Economic Law. 2005. Vol. 26. № 2.

Regional Trade Agreements and the WTO Legal System / ed. by L. Bartels, F. Ortino. Oxford, 2006.

*Барончини Э.* ВТО и региональные системы разрешения споров: конфликт юрисдикций // Междунар. правосудие. 2014. № 3.

 $\mathit{Смбатян}\ A.\ \mathit{C}.$  Конфликт юрисдикции органов международного правосудия как отрицание их взаимосвязей // Рос. юрид. журн. 2013. № 5.

*Смбатян А. С.* Проблема параллельного судопроизводства в международном праве // Рос. юрид. журн. 2011. № 6.

Смбатян А. С. Решения органов международного правосудия и их роль в укреплении международного правопорядка: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013.

*Смбатян А. С.* Принцип *res judicata* в международном публичном праве: современное прочтение // Междунар. публичное и частное право. 2012. № 1.

Солнцев А. М., Голубев В. В. ВТО и региональные интеграционные объединения: конкуренция юрисдикций и применимых принципов права при разрешении межгосударственных споров // Вестн. Волгоград. гос. ун-та. Сер. 5: Юриспруденция. 2013. № 1.

Трунк-Федорова М. П. Разрешение споров в рамках Всемирной торговой организации. СПб., 2005.

### References

Andrieux G. Declining Jurisdiction in a Future International Convention on Jurisdiction and Judgments – How Can We Benefit from Past Experiences in Conciliating the Two Doctrines of Forum Non Conveniens and Lis Perdens? // The Loyola of Los Angeles international and Comparative Law Review. 2005. Vol. 27.

Baronchini E. VTO i regional'nye sistemy razresheniya sporov: konflikt yurisdiktsii // Mezhdunar. pravosudie. 2014. № 3.

*Bjorklund A.* Private Rights and Public International Law: Why Competition Among international Economic Law Tribunals Is Not Working // Hastings Law Journal. 2007. Vol. 59.  $\mathbb{N}^2$  2.

De Mestral C.M. Dispute Settlement under the WTO and RTAs: An Uneasy Relationship // Journal of International Economic Law. 2013. Vol. 16.  $\mathbb{N}_2$  4.

Elias O. A., Lim C. L. General Principles of Law, «Soft» Law and the Identification of International Law // Netherlands Yearbook of International Law. 1997. Vol. 28.  $\mathbb{N}^2$  3.

*Henckels C.* Overcoming Jurisdictional Isolationism at the WTO-FTA Nexus: A Potential Approach for the WTO // European Journal of International Law. 2008. Vol. 19. № 3.



 $\label{lem:kwak K., Marceau G. Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTAs // Conference on Regional Trade Agreements. World Trade Organization. 2002. URL: https://www.wto.org/English/tratop_E/region_e/sem_april02_e/marceau.pdf.$ 

Lim C. L. The Amicus Brief Issue at the WTO // Chinese Journal of International Law. 2005. № 85.

*Marceau G.* Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions: the relationship between the WTO agreement and MEAs and other treaties // Journal of World Trade. 2001.  $\mathbb{N}_{2}$  6.

*Marceau G.*, *Wyatt J.* Dispute Settlements Regimes Intermingled: Regional Trade Agreements and the WTO // Journal of International Dispute Settlement. 2010.  $\mathbb{N}_2$  1.

Pauwelyn J. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law. N. Y., 2003.

*Pauwelyn J., Salles L. E.* Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions // Cornell International Law Journal. 2009. Vol. 42. № 1.

*Picker C. B.* Regional trade agreements v. the WTO a Proposal for reform of Article XXIV to counter this institutional threat // Pennsylvania Journal of International Economic Law. 2005. Vol. 26. № 2.

Regional Trade Agreements and the WTO Legal System / ed. by L. Bartels, F. Ortino. Oxford, 2006.

*Smbatyan A. C.* Konflikt yurisdiktsii organov mezhdunarodnogo pravosudiya kak otritsanie ikh vzaimosvyazei // Ros. yurid. zhurn. 2013. № 5.

Smbatyan~A.~C. Problema parallel'nogo sudoproizvod<br/>stva v mezhdunarodnom prave // Ros. yurid. zhurn. 2011. <br/>  $\mathbb{N}_2$ 6.

Smbatyan A. S. Printsip res judicata v mezhdunarodnom publichnom prave: sovremennoe prochtenie // Mezhdunar. publichnoe i chastnoe pravo. 2012.  $\mathbb{N}_{2}$  1.

*Smbatyan A. S.* Resheniya organov mezhdunarodnogo pravosudiya i ikh rol' v ukreplenii mezhdunarodnogo pravoporyadka: dis. ... d-ra yurid. nauk. M., 2013.

Solntsev A. M., Golubev V. B. BTO i regional'nye integratsionnye ob"edineniya: konkurentsiya yurisdiktsii i primenimykh printsipov prava pri razreshenii mezhgosudarstvennykh sporov // Vestn. Volgograd. gos. un-ta. Ser. 5: Yurisprudentsiya. 2013. № 1.

Trunk-Fedorova M. P. Razreshenie sporov v ramkakh Vsemirnoi torgovoi organizatsii. SPb., 2005.

# СТРАТЕГИЯ ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ РОССИИ КАК ОСНОВА ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ОХРАНЫ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ И РАЦИОНАЛЬНОГО ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ

### Круглов Виктор Викторович

Заведующий кафедрой земельного и экологического права Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук, профессор (Екатеринбург), e-mail: eazap@usla.ru

В статье отмечен ряд проблем в экологической сфере, в том числе на природных территориях, которые практически не нарушены в процессе осуществления хозяйственной деятельности. Раскрывается значение таких территорий для решения экологических проблем. Автором рассмотрены основные положения Стратегии экологической безопасности Российской Федерации до 2025 года, ее цели, задачи и механизмы реализации.

Ключевые слова: природопользование, охрана окружающей среды, государственная экологическая политика и экологическая безопасность, экологическое законодательство

# THE STRATEGY OF ENVIRONMENTAL SECURITY OF RUSSIA AS A BASIS FOR LEGAL ENSURING OF ENVIRONMENTAL PROTECTION AND RATIONAL ENVIRONMENTAL MANAGEMENT

### **Kruglov Viktor**

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: eazap@usla.ru

A number of problems in the environmental field, in particular in natural areas, which are almost not disturbed by economic activities, are noted in the article. The significance of such territories for solving environmental problems is revealed. The author reviews the main provisions of the Environmental Security Strategy of the Russian Federation till 2025, its goals, objectives, and implementation mechanisms.

Key words: environmental management, environmental protection, state environmental policy and environmental security, environmental legislation

В настоящее время в Российской Федерации для обеспечения ее устойчивого развития необходимо решить сложных экологических проблем, связанных, в том числе, с хозяйственной деятельностью промышленных предприятий. Речь идет прежде всего об обеспечении экологической безопасности природных территорий и проживающего на них населения, охране окружающей среды и рациональном, эффективном использовании и охране природных ресурсов как во вновь осваиваемых регионах страны, так и в старопромышленных, имеющих значительное число нерешенных экологических проблем.

В условиях обострения экологической ситуации в промышленных регионах и центрах, в связи с высоким уровнем воздействия промышленного производства на окружающую среду и негативными экологическими последствиями прошлой про-



изводственной деятельности необходим особый режим природопользования и охраны природной среды в процессе осуществления хозяйственной деятельности предприятий. Это обусловлено, в том числе, следующими факторами:

- а) наличием густонаселенных территорий с высокой степенью загрязнения окружающей среды и деградацией природных объектов, а также наличием значительного количества объектов накопленного вреда окружающей среде;
- б) высокой степенью износа основных фондов опасных производственных объектов и предприятий, низкими темпами и уровнем технологической модернизации в промышленности, низким уровнем разработки и внедрения экологически чистых технологий;
- в) увеличением объемов образования отходов производства при низком уровне их утилизации; ростом количества промышленных отходов, которые не вовлекаются во вторичный хозяйственный оборот, а направляются на хранение и размещение; увеличением количества земельных участков, занимаемых отходами, условия хранения и захоронения которых не соответствуют требованиям экологической безопасности;
- г) низким уровнем экологического образования и культуры руководителей предприятий, существенной криминализацией и наличием теневого рынка в сфере природопользования.

Несмотря на принимаемые Российским государством меры по снижению воздействия на окружающую среду химических, физических, биологических и иных факторов, предотвращению чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, адаптации отраслей экономики к неблагоприятным изменениям климата, окружающая среда в городах и на прилегающих к ним территориях подвергается существенному негативному воздействию, источниками которого являются объекты промышленности, энергетики, транспорта и капитального строительства.

Для решения всего комплекса проблем в сфере природопользования и охраны окружающей среды Россия располагает значительным потенциалом как в социально-экономической, так и в экологической сфере.

Почти 60 % территории страны (в первую очередь это регионы Крайнего Севера, Сибири и Дальнего Востока) составляют природные территории, которые практически не нарушены в результате осуществления хозяйственной деятельности. Наличие таких природных территорий позволяет решать ряд важных проблем:

- 1. Поддержание необходимого качества окружающей среды, ее устойчивости и биоразнообразия. Сокращение таких территорий приведет к нарушениям в природной среде, в том числе существующего естественного равновесия, а в ряде случаев к наступлению необратимых негативных последствий для экологических систем. Природные территории, не нарушенные хозяйственной деятельностью предприятий, являются важными резервами и гарантией устойчивости всей биосферы Земли<sup>1</sup>.
- 2. Обеспечение нормальных условий жизни, здоровья и благосостояния работающего и проживающего на таких территориях населения. Особенно велико их значение для сохранения численности проживающих там коренных малочисленных народов, обеспечения условий для их жизни и здоровья, сохранения экологических

 $<sup>^1</sup>$  Подробнее см.: *Круглов В. В.* Теоретические основы правового регулирования и организации природоохранной деятельности промышленных предприятий в условиях рыночной экономики в РФ // Рос. юрид. журн. 2012. № 4. С. 190–191.



систем и природной среды в целом. Коренные малочисленные народы значительно тяжелее переносят последствия негативного влияния производственной деятельности предприятий на состояние природной среды, а также нуждаются в сохранении своих традиционных промыслов и условий их осуществления.

Не нарушенные в процессе хозяйственной деятельности предприятий природные территории Севера и Арктики являются гарантом минимизации опасных последствий планетарных климатических изменений<sup>1</sup>. Сохранение природных территорий, которые не нарушены прошлой хозяйственной деятельностью, – важнейший вклад Российского государства в консолидацию усилий мирового сообщества по решению глобальных экологических проблем. Поэтому необходимо препятствовать осуществлению экологически вредной деятельности, размещению на территории России экологически опасных промышленных объектов, производств и отходов недобросовестными иностранными или транснациональными бизнес-структурами. При этом важно одновременно обеспечить активизацию природоохранной деятельности и развивать межгосударственное и международное сотрудничество в экологической сфере.

Большое значение для совершенствования и повышения эффективности экологического законодательства, государственного, муниципального, производственного и общественного управления имеет утвержденная Указом Президента РФ 19 марта 2017 г. Стратегия экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года. Она реализуется путем проведения государственной экологической политики, которая является частью внутренней и внешней политики страны и проводится федеральными и региональными органами государственной власти и органами местного самоуправления, предприятиями и организациями. Граждане и общественные объединения также участвуют в ее проведении в соответствии с федеральным законодательством. Основные направления, цели и приоритеты обеспечения экологической безопасности определяются Президентом РФ. Совет Федерации Федерального Собрания РФ и Государственная Дума Федерального Собрания РФ в рамках своих конституционных полномочий осуществляют законодательное регулирование в сфере экологической безопасности. Правительство РФ организует реализацию государственной политики и ежегодно представляет Президенту РФ доклад о состоянии экологической безопасности и мерах по ее укреплению.

Принципы и программные цели экологической политики должны реализовываться во взаимосвязи с экономической и социальной политикой, обеспечивая материальное и социальное благосостояние, благоприятные экологические условия жизни<sup>2</sup>. Основными инструментами ее реализации являются государственные программы России, ее субъектов и муниципальные программы, а их финансирование осуществляется за счет бюджетной системы и из внебюджетных источников.

Целями государственной политики в экологической сфере служат сохранение и восстановление природной среды, обеспечение ее качества, необходимого для благоприятной жизни человека и устойчивого развития экономики, ликвидация ранее накопленного вреда окружающей среде вследствие хозяйственной деятельности

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Степаненко В. С. Реализация экологической политики в условиях крупного города: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 16−18.



 $<sup>^1</sup>$  *Носкова Н.* Арктика – наш общий дом // Рос. газ. 2006. 22 марта; Дамоклова труба над Байкалом // Рос. газ. 2005. 7 дек.

в условиях возрастающей экономической активности и глобальных изменений климата. Тем самым нужно гарантировать научно обоснованное сочетание экологических, социально-экономических интересов человека, общества и государства в целях устойчивого развития и поддержания благоприятной окружающей среды и экологической безопасности. Эти цели взаимосвязаны. Для их достижения должны быть решены следующие задачи: предотвращение загрязнения поверхностных и подземных водных объектов, повышение качества воды, восстановление водных экосистем; предотвращение дальнейшего загрязнения атмосферного воздуха, особенно в городах, иных населенных пунктах и промышленных центрах; сохранение биологического разнообразия, экосистем суши и моря; смягчение негативных последствий воздействия изменений климата на компоненты природной среды; ликвидация накопленного вреда окружающей среде; эффективное использование природных ресурсов; повышение уровня утилизации отходов производства и потребления; предотвращение дальнейшей деградации земель и почв.

Решение основных задач в этой области в процессе хозяйственной деятельности предприятий должно осуществляться по следующим приоритетным направлениям:

- а) совершенствование федерального и регионального законодательства, а также институциональной системы в области обеспечения экологической безопасности;
- б) внедрение инновационных и экологически чистых технологий, развитие экологически безопасных производств, системы эффективного обращения с отходами производства, создание индустрии утилизации отходов, в том числе повторного их применения, повышение эффективности контроля в области обращения радиационно, химически и биологически опасных отходов;
- в) строительство и модернизация очистных сооружений, внедрение технологий, направленных на снижение объема или массы выбросов загрязняющих веществ в атмосферный воздух и сбросов загрязняющих веществ в водные объекты;
- г) минимизация рисков возникновения аварий на опасных производственных объектах и иных чрезвычайных ситуаций техногенного характера; повышение технического потенциала и оснащенности сил, участвующих в мероприятиях по предотвращению и ликвидации негативных экологических последствий чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера;
- д) ликвидация негативных последствий воздействия антропогенных факторов на окружающую среду; реабилитация территорий и акваторий, загрязненных в результате хозяйственной деятельности; минимизация ущерба, причиняемого окружающей среде при разведке и добыче полезных ископаемых; сокращение площади земель, нарушенных в результате хозяйственной деятельности промышленных предприятий;
- е) принятие мер по сохранению и рациональному использованию природных ресурсов, в том числе лесных, охотничьих и водных биологических ресурсов, по сохранению экологического потенциала лесов; расширение мер по сохранению биологического разнообразия, в том числе редких и исчезающих видов растений, животных и других организмов, среды их обитания; развитие системы особо охраняемых природных территорий;
- ж) создание и развитие системы экологических фондов; активизация фундаментальных и прикладных научных исследований; развитие системы экологического образования и просвещения, повышение квалификации кадров; углубление между-



народного сотрудничества в области охраны окружающей среды и природопользования с учетом защиты национальных интересов.

Основными механизмами реализации государственной федеральной и региональной политики в экологической сфере являются:

- 1) принятие мер государственного регулирования выбросов предприятиями парниковых газов; разработка долгосрочных стратегий социально-экономического развития страны и ее регионов, предусматривающих низкий уровень выбросов парниковых газов и устойчивость экономики к изменению климата; формирование системы технического регулирования, содержащей требования экологической и промышленной безопасности;
- 2) проведение стратегической экологической оценки подготавливаемых и реализуемых проектов и программ развития Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований, оценки воздействия хозяйственной деятельности на окружающую среду, экологической экспертизы и экспертизы проектной документации и промышленной безопасности; лицензирование видов хозяйственной деятельности, потенциально опасных для окружающей среды, жизни и здоровья людей; нормирование и разрешительная деятельность в области охраны окружающей среды; внедрение комплексных экологических разрешений в отношении экологически опасных производств, использующих наилучшие доступные технологии;
- 3) применение системы сводных расчетов загрязнения атмосферного воздуха для территорий городов и иных населенных пунктов с учетом расположенных на них стационарных и передвижных источников загрязнения; управление системой особо охраняемых природных территорий; ведение Красной книги РФ и красных книг ее субъектов;
- 4) реализация стратегий сохранения редких и исчезающих видов растений, животных и других организмов; повышение эффективности государственного экологического надзора и контроля, производственного и общественного экологического контроля, государственного мониторинга окружающей среды, в том числе в отношении объектов животного и растительного мира, земельных ресурсов;
- 5) повышение эффективности надзора за исполнением органами власти субъектов РФ переданных Российской Федерацией полномочий в области охраны и использования объектов животного мира; государственный санитарно-эпидемиологический надзор и социально-гигиенический мониторинг; создание системы экологического аудита;
- 6) стимулирование внедрения наилучших доступных технологий; создание удовлетворяющих современным экологическим требованиям и стандартам объектов, используемых для размещения, утилизации, переработки и обезвреживания отходов производства и потребления; увеличение объема их повторного применения за счет субсидирования и предоставления налоговых и тарифных льгот;
- 7) использование программного подхода в экологической области; создание и развитие информационных систем (включая систему экологического мониторинга, единую информационную систему учета отходов от использования товаров, систему обеспечение населения информацией об опасных гидрометеорологических и гелиогеофизических явлениях, о состоянии окружающей среды и ее загрязнении), предоставляющих федеральным органам государственной власти и ее субъектам, органам местного самоуправления, физическим и юридическим лицам инфор-



мацию о состоянии окружающей среды и об источниках негативного воздействия на нее.

Результатами реализации Стратегии экологической безопасности Российской Федерации должны стать обеспечение экологической безопасности, качества окружающей среды, необходимого для благоприятной жизни человека и устойчивого развития экономики, ликвидация накопленного вреда окружающей среде вследствие хозяйственной деятельности в условиях возрастающей экономической активности и глобальных изменений климата.

### Список литературы

Дамоклова труба над Байкалом // Рос. газ. 2005. 7 дек.

 $\mathit{Круглов}$  В. В. Теоретические основы правового регулирования и организации природоохранной деятельности промышленных предприятий в условиях рыночной экономики в РФ // Рос. юрид. журн. 2012. № 4.

Носкова Н. Арктика - наш общий дом // Рос. газ. 2006. 22 марта.

*Степаненко В. С.* Реализация экологической политики в условиях крупного города: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

### References

Damoklova truba nad Baikalom // Ros. gaz. 2005. 7 dek.

*Kruglov V. V.* Teoreticheskie osnovy pravovogo regulirovaniya i organizatsii prirodookhrannoi deyatel'nosti promyshlennykh predpriyatii v usloviyakh rynochnoi ekonomiki v RF // Ros. yurid. zhurn. 2012. № 4.

Noskova N. Arktika – nash obshchii dom // Ros. gaz. 2006. 22 marta.

*Stepanenko V. S.* Realizatsiya ekologicheskoi politiki v usloviyakh krupnogo goroda: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. M., 2005.





### О НОРМЕ ПРАВА КАК ПРАВИЛЕ ПОВЕДЕНИЯ В ИЗУЧЕНИИ И ПРЕПОДАВАНИИ ПРАВА

### Русинов Рудольф Константинович

Профессор кафедры теории государства и права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук, доцент (Екатеринбург), e-mail: tgp@usla.ru

Сегодня по-прежнему остаются дискуссионными догматические вопросы правопонимания, в частности о том, как соотносятся понятия «норма права» и «правило поведения»; всякая ли норма права имеет три структурных элемента (гипотезу, диспозицию и санкцию); носит ли деонтологический характер предоставление субъективных прав и др. В статье рассмотрены отдельные проблемы изучения студентами таких догматических вопросов, предлагаются варианты их разрешения.

Ключевые слова: догма, норма права, правило поведения, артефакт, модель, явление реальности

# ON A LEGAL NORM AS A RULE OF CONDUCT IN THE STUDY AND TEACHING OF LAW

### Rusinov Rudol'f

Ural State Law University (Yekaterinburg), e-mail: tgp@usla.ru

Today, there are still a lot of disputed issues of law-understanding such as how the concepts of legal norm and rule of conduct relate to each other; whether any single legal norm has three structural elements (hypothesis, disposition, sanction); whether the granting of subjective rights has a deontological character, etc. The article discusses certain problems of studying such dogmatic issues by students, and suggests some options for their overcoming.

Key words: dogma, legal norm, rule of conduct, artifact, model, phenomenon of reality

Основоположник уральской школы правоведения С. С. Алексеев назвал догму права основой юридических знаний<sup>1</sup>. «Слово "догма" призвано в юриспруденции отразить *отношение* людей, и прежде всего правоведов, к тому главному, что образует предмет юридических знаний (тому основанию, на базе которого рассматриваются юридические дела), – жизненные ситуации, требующие правового решения. Самое существенное здесь заключается в том, что этот термин ("догма права") обозначает твердость и непререкаемость самой основы, в соответствии с которой решаются все юридические вопросы»<sup>2</sup>. По словам С. С. Алексеева, *догма права* – это математика и логика юриспруденции.

К сожалению, студенты юридических вузов, сдающие выпускные государственные экзамены, затрудняются дать грамотные ответы на догматические вопросы как общетеоретического, так и отраслевого характера, например об основном элементе механизма правового регулирования – норме права. С. С. Алексеев писал, что нормы



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 143.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 13.

права – «центральное, организующее ядро всей системы правовых средств»<sup>1</sup>, и называл их «кирпичиками правового здания». А студенты, рассматривая вопрос об этом «кирпичике» права, не могут пояснить, почему норму права в теории права называют правилом поведения с тремя структурными элементами, а в нормативных актах содержатся именуемые нормами права тексты, которые не только не имеют трех структурных элементов, но зачастую состоят из нескольких слов.

Студентам следует без политических и моральных оценок показать различие догматической нормы права как трехчленного правила поведения и нормы права как некоторого реального текста или реальной поведенческой установки, которая образовалась в результате герменевтического толкования текстов нормативных актов и явлений окружающей действительности. Необходимо понимать, что трехчленная структура нормы права как правила поведения – это модель инструмента, регулирующего поведение людей в обществе, – социальной нормы. Здесь под моделью понимается артефакт, идеальная конструкция юридического предписания, предназначенная для эффективного воздействия на поведение человека<sup>2</sup>. Норма права как модель правила поведения – не просто копия некоторого реального явления, а предполагаемая форма деятельности, «репрезентация будущей практики». Трехчленная норма права – это артефакт, созданный правоведами в целях упорядочения профессионального мышления и организации своей деятельности.

Обсуждая со студентами структуру нормы права, следует постоянно напоминать им о целостном характере курса правоведения, в котором любой фрагмент текста связан с материалом других тем и разделов учебного предмета. Невозможно рассматривать структуру нормы права без связи с разделами о правосознании, толковании, системном строении права. Формулирование нормы права как логически и содержательно безупречного правила поведения – это процесс аналитической юриспруденции, переработка путем научных обобщений, использования идеальных конструкций текстов законов и иных нормативных документов, судебных решений, юридических казусов, других реальных фактов правовой жизни общества<sup>3</sup>.

Когда студент задает вопрос: «Если текст ч. 1 ст. 158 УК РФ – правило поведения, то для кого?», то следует ответить: «Для любого, кто заинтересован в понимании смысла этого текста для решения конкретной жизненной ситуации». Например, для гуманного судьи, рассматривающего уголовное дело, правилом будет следующий текст: «Я могу применить к этому воришке достаточно мягкую санкцию ч. 1 ст. 158 УК РФ (диспозиция), если в его действиях не было признаков других преступлений, предусмотренных нормами уголовного права за противоправное завладение чужим имуществом (гипотеза); в противном случае мое решение могут отменить и у меня будут неприятности по службе (санкция)». Субъект, склонный к девиантному поведению, составит другое трехчленное правило, которое позволит ему избежать ответственности или получить наименьшую кару за противоправное поведение.



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Алексеев С. С. Теория права. М., 1995. С. 93.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Артефакт (от лат. artefactum – искусственно сделанное) в обычном понимании – любой искусственно сделанный объект. Американский философ, создатель фундаментальной концепции моделирования М. Вартофский писал: «В целом же я понимаю артефакты более широко в соответствии с доброй аристотелевской традицией, т. е. как все то, что создается людьми путем преобразования природы и самих себя» (Вартофский М. Модели репрезентации и научное понимание. М., 1988. С. 9).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Алексеев С. С. Избранное. М., 2003. С. 37.

«Если рассматривать правовую реальность как своего рода текст, в котором уже имеются прямые смысловые артикуляции явлений правового характера (воплощенные в формулировках законов, в типичных мотивациях подчинения им или их нарушения и т. д.), то для различных субъектов эти открытые смыслы есть предмет весьма отличающихся друг от друга интерпретаций. Судья и преступник, криминолог и обыватель, ученый-правовед и юрист-практик... Все эти субъекты правоотношений – носители правосознания – располагаются как бы в разных смысловых полях и соответственно по-разному трактуют одни и те же тексты (законы, криминологические сводки, материалы уголовных и гражданских дел, правовые теории и т. д.)»¹. Сказанное позволяет сделать вывод: нормы права как правила поведения существуют как реальность не в тексте на бумажных носителях или на экране мониторов электронных устройств, а в сознании и поведенческих установках участников конкретных правоотношений. Для догматического понимания нормы права как основного элемента механизма правового регулирования надо твердо усвоить, что норма права должна иметь три структурных элемента: гипотезу, диспозицию и санкцию.

Теоретиков права часто обвиняют в излишнем теоретизировании, догматизме, но догматизм в теории способствует достижению практических целей. Догма придает ясность пониманию, устраняет безмерность в осмыслении. Юриспруденция – зрелая наука, но ее понятийный аппарат еще недостаточно разработан. Задача юридической науки заключается, как подчеркивал С. В. Пахман, «не в непосредственной интерпретации положительных норм, а в создании общей системы юридических понятий». С его точки зрения, юридическая наука есть по своему существу «логическая система юридических понятий». Ученый выступал против сведения истории права к истории законодательной деятельности или законов и утверждал, что данную историю следует понимать в смысле «исторического развития юридических понятий и начал, выразившихся в источниках права». А дореволюционный юрист Е. В. Васьковский писал: «...изучение юридических наук необходимо еще и потому, что оно приучает к правильному мышлению, к юридическому анализу; развивает способность находить в каждой юридической норме проявление общих начал, отделять существенные элементы от случайных, побочных и приводить отдельные постановления закона в связь с общей системой права». Ссылаясь на известного российского публициста Н. К. Михайловского, Е. В. Васьковский утверждал, что «для практика-рутинера каждое явление представляется изолированным; научнообразованный юрист сейчас находит ему надлежащее место в общей системе; перед каждым новым случаем, ранее не встречавшимся, практик-рутинер становится в тупик, научно-образованный юрист отбросит несущественные черты явления, откроет его юридическую сущность и поставит его в связь с системой»<sup>2</sup>.

Приведенные выше советы выдающихся отечественных правоведов помогут грамотно и эффективно использовать догму правоведения. Например, если в определении объективного права указан признак обязательности следования предписаниям его норм, то обязательность распространяется и на управомочивающие, превентивные и все другие виды норм права. Правило, которым руководствуется субъект как нормативного, так и девиантного поведения, не онтологическое явление, а мыслительная конструкция, сложившаяся в конкретной социокультурной ситуации. Пра-



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> *Малинова И. П.* Философия права и юридическая герменевтика: моногр. Екатеринбург, 2013. С. 125.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 24–25.

вовая норма как правило поведения – это не суждение, не совет, не просъба, но всегда конструкция в форме повеления<sup>1</sup>. Это всегда предписание деонтологического характера.

В административном законодательстве норма права, управомочивающая работника правоохранительных органов на применение оружия, возлагает на него долг использовать оружие для охраны правопорядка. На любом субъекте права лежит долг не только исполнить обязанность, соблюсти запрет, но и реализовать предоставленные ему права для получения жизненных благ. Р. Иеринг, поясняя задачи своего труда «Борьба за право», писал: «Цель, которая руководила мною при создании и опубликовании этого произведения, была прежде всего не столько теоретической, сколько этико-практической»<sup>2</sup>. Великий мыслитель и гуманист указывал, что долг управомоченного, чье право попирается, – бороться за это право. Следовательно, одну из догм правоведения можно сформулировать так: за право, как объективное, так и субъективное, надо бороться.

Догматический характер имеет и другое высказывание Р. Иеринга: «Право не есть простая масса законов, а нечто совершенно иное. Законы может не-юрист также хорошо заучить, как юрист, но чтобы понимать и применять право, для этого недостаточно одного здравого разума, а необходимы еще: 1) приобретаемая лишь многолетними усилиями и упражнениями своеобразная способность воспринимания, особая искусность отвлеченного мышления, юридическая интуиция, воображение, 2) умелость в обращении с юридическими понятиями, способность легкого перевода понятий из области отвлеченного в область конкретного и наоборот, верный глаз, безошибочность при раскрытии правового понятия в данном правовом казусе (юридический диагноз), словом – юридическое искусство. Оба эти условия мы обнимаем выражением юридическое образование. Оно и есть то, что отличает юриста от профана, а не количество познаний; оно определяет цену юриста, а не степень учености»<sup>3</sup>.

Догматический характер юридического образования должен проявляться в серьезном и ответственном отношении к правовой терминологии. В правовой догматике весьма значимы юридические определения. «Под именем юридического определения понимается соединение в одно предложение (суждение) различных условий, совокупность которых способна вызвать определенный ряд юридических последствий» По поводу юридического языка С. С. Алексеев писал: «Специально-юридическую терминологию нельзя ограничивать набором особо сложных юридических выражений и слов» как бы продолжая высказывание Г. Ф. Шершеневича о том, что «тесная связь правоведения с жизнью, практический характер этой науки не допускает пренебрежения к общепринятому словоупотреблению и обязывает считаться с установившимися названиями» 6.

Полагаю, есть смысл руководствоваться мыслями великих предшественников и продолжить грамотно использовать позитивные элементы догмы права в деле подготовки новых поколений отечественных юристов.



 $<sup>^1</sup>$  Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: учеб. пособие (по изданию 1910–1912 гг.). М., 1995. Т. 1. Вып. 1. С. 133.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Иеринг Р. Борьба за право. СПб., 1912. URL: http://worldconstitutions.ru/?p=1555.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Иеринг Р. Юридическая техника / пер. с нем. Ф. С. Шендорфа. СПб., 1905. С. 7-8.

 $<sup>^4</sup>$  Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 2. Вып. 2–4. С. 335.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. С. 107.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Т. 1. Вып. 1. С. 233.



### Список литературы

Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001.

Алексеев С. С. Избранное. М., 2003.

Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М., 1999.

Алексеев С. С. Теория права. М., 1995.

Вартофский М. Модели репрезентации и научное понимание. М., 1988.

Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., 1914.

*Иеринг Р.* Борьба за право. СПб., 1912. URL: http://worldconstitutions.ru/?p=1555.

Иеринг Р. Юридическая техника / пер. с нем. Ф. С. Шендорфа. СПб., 1905.

Малинова И. П. Философия права и юридическая герменевтика: моногр. Екатеринбург, 2013.

Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. М., 2003.

Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001.

Шершеневич  $\Gamma$ .  $\Phi$ . Общая теория права: учеб. пособие (по изданию 1910–1912 гг.). М., 1995. Т. 1. Вып. 1; Т. 2. Вып. 2–4.

### References

Alekseev S. S. Izbrannoe. M., 2003.

Alekseev S. S. Pravo: azbuka - teoriya - filosofiya: opyt kompleksnogo issledovaniya. M., 1999.

Alekseev S. S. Teoriya prava. M., 1995.

Alekseev S. S. Voskhozhdenie k pravu. Poiski i resheniya. M., 2001.

*Iering R.* Bor'ba za pravo. SPb., 1912. URL: http://worldconstitutions.ru/?p=1555.

Iering R. Yuridicheskaya tekhnika / per. s nem. F. S. Shendorfa. SPb., 1905.

Malinova I. P. Filosofiya prava i yuridicheskaya germenevtika: monogr. Ekaterinburg, 2013.

Pakhman S. V. Obychnoe grazhdanskoe pravo v Rossii. M., 2003.

Shershenevich G. F. Obshchaya teoriya prava: ucheb. posobie (po izdaniyu 1910–1912 gg.). M., 1995. T. 1. Vyp. 1; T. 2. Vyp. 2–4.

Tarasov N. N. Metodologicheskie problemy yuridicheskoi nauki. Ekaterinburg, 2001.

Vartofskii M. Modeli reprezentatsii i nauchnoe ponimanie. M., 1988.

Vas'kovskii E. V. Uchebnik grazhdanskogo protsessa. M., 1914.



Редактор *Н. Н. Рассохина* Дизайн обложки *И. М. Митрофанова* Компьютерная вёрстка *Н. Н. Рассохина* 

Подписано к использованию 17.11.18. Уч.-изд. л. 12,60. Объем 2,08 MB.

Согласно п. 1 ч. 2 ст. 1, ч. 4 ст. 11 Федерального закона от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ маркировке не подлежит

