

ПРАВОСУДИЕ/ JUSTICE

2020
Том 2, № 3

2020
Vol. 2, no. 3

Научно-практический журнал

Scientific and Practical Journal

Учредитель и издатель:

Российский государственный
университет правосудия

Founder and publisher:

Russian State University of Justice

Адрес редакции:

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

Postal address:

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

Издается с сентября 2019 года
Периодичность издания – 4 раза в год

Published since September 2019
Publication frequency: quarterly

E-mail: vestnik@rsuj.ru
<http://justice.study>

При перепечатке и цитировании ссылка на журнал «Правосудие/Justice» обязательна.
Полное или частичное воспроизведение в СМИ материалов, опубликованных в журнале,
допускается только с разрешения редакции

Научный журнал «Правосудие/Justice» публикует оригинальные, соответствующие установленным требованиям статьи, в которых исследуются наиболее значимые для отечественной и зарубежной юридической науки и философии проблемы, относящиеся к следующим направлениям: право, глобализация и правосудие, современные правопонимание и правовые доктрины, цифровизация и право, судопроизводство, философия, философия права, право и язык.

С целью экспертной оценки каждого поступающего в редакцию материала осуществляется научное рецензирование. Все рецензенты являются признанными специалистами по тематике рецензируемых материалов. Рецензии хранятся в редакции в течение пяти лет. Редакция журнала направляет копии рецензий при поступлении соответствующего запроса в Министерство науки и высшего образования Российской Федерации.

Журнал следует стандартам редакционной этики согласно международной практике редактирования, рецензирования, издательской деятельности и авторства научных публикаций и рекомендациям Комитета по этике научных публикаций.

Наименование и содержание рубрик журнала соответствует отраслям науки и группам специальностей научных работников согласно Номенклатуре специальностей научных работников.

12.00.00 Юридические науки

09.00.00 Философские науки

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

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

The journal follows the standards of editorial ethics in accordance with international practice of editing, reviewing, publishing and authoring scientific publications and the recommendations of the Committee on Publication Ethics (COPE).

The name and content of the journal headings correspond to the branches of science and groups of specialties of scientific workers in accordance with the Nomenclature of specialties of scientific workers.

12.00.00 Jurisprudence

09.00.00 Philosophical Sciences

Журнал зарегистрирован
в Федеральной службе
по надзору за соблюдением законодательства
в сфере связи, информационных технологий
и массовых коммуникаций (Роскомнадзор).

Свидетельство о регистрации

ПИ № ФС77-76078 от 24 июня 2019 г.

ГУП МО «Коломенская типография»

Подписано в печать 22.09.2020

Формат 70×100/16

Объем 18,2 усл. печ. л.

Тир. 300

The Journal is registered
in the Federal Service
for Supervision in the Sphere of Communications,
Information Technology and Mass Media
(Roskomnadzor)

Certificate ПИ № ФС77-76078 24.06.2019

Printing House: “Kolomenskaya Tipografiya”

Signed to print 22.09.2020

Sheet size 70×100/16

Conventional printed sheets 18,2

Number of copies 300

Главный редактор

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

Редакционная коллегия

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

Архипова Людмила Борисовна (г. Москва, Россия), кандидат юридических наук, начальник Управления периодических научных изданий, главный редактор журнала «Российское правосудие»

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

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

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

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

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

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

Монжаль Пьер-Ив (г. Тур, Франция), доктор публичного права, профессор Университета Франсуа Рабле

Николич Драган К. (г. Ниш, Сербия), доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой историко-юридических наук юридического факультета Государственного университета

Оглезнев Виталий Васильевич (г. Томск, Россия), доктор философских наук, профессор кафедры теории и истории права и государства Западно-Сибирского филиала Российского государственного университета правосудия

Тычинин Сергей Владимирович (г. Белгород, Россия), доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Белгородского национального исследовательского университета

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

Химма Кеннет (г. Вашингтон, США), доктор права, юридический факультет Вашингтонского университета

Editor-in-Chief

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

Editorial board

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

Lyudmila B. Arkhipova (Moscow, Russian Federation), Cand. Sci. (Law), Head of the Periodical Scientific Publications Department, Editor-in-Chief of “Rossiyskoye pravosudiye” (“Russian Justice”) journal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Содержание

РЕДАКЦИОННАЯ СТАТЬЯ

<i>Корнев В.Н.</i> Цифра. Право. Правосудие.....	7
--	---

ОРИГИНАЛЬНЫЕ СТАТЬИ

ПРАВОСУДИЕ

<i>Бурдина Е.В.</i> Новые подходы к пониманию судейской этики в условиях информационного общества (на англ. яз.)	12
<i>Иванченко Р.Б., Заряев В.А.</i> Уголовно-правовой анализ ятрогенных преступлений и практика применения норм уголовного законодательства об ответственности за их совершение	33

ПРАВО И ГЛОБАЛИЗАЦИЯ

<i>Нешатаева Т.Н.</i> Евразийская интеграция: общие ценности и правовые институты (на англ. яз.)	62
--	----

ЦИФРОВИЗАЦИЯ И ПРАВО

<i>Марковичева Е.В.</i> Цифровая трансформация российского уголовного судопроизводства.....	86
<i>Герман А.С.</i> Дистанционное судопроизводство в Верховном Суде Российской Федерации	100

ОТРАСЛИ ПРАВА. ИНСТИТУТЫ ПРАВА

<i>Кононов П.И., Зюзин В.А.</i> Принципы современного внесудебного административного процесса (административного производства): проблемы понимания и систематизации	119
<i>Фомина Л.Ю.</i> Защита права на уважение частной жизни судей: позиции Европейского суда по правам человека	146
<i>Носкова Е.В., Путинцева Ю.А.</i> Использование специальных знаний при оценке достоверности показаний в уголовном судопроизводстве: ретроспективный, доктринальный и практический подход.....	165

ПЕРЕВОДЫ

ФИЛОСОФИЯ. ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

<i>Киейзик Л.-Б.</i> О началах Петербургской школы философии права, или О пересечении границ. Исследование истории Льва Петражицкого	197
<i>Рютерс Б.</i> Философия права в руинах послевоенного периода: комментарии к докладу Моника Фроммель.....	213

Content

EDITORIAL

<i>V.N. Kornev. Digit. Law. Justice</i>	7
---	---

ORIGINAL PAPERS

JUSTICE

<i>E.V. Burdina. New approaches to understanding judicial ethics in the information society (In Eng.)</i>	12
<i>R.B. Ivanchenko, V.A. Zaryaev. Criminal law analysis of iatrogenic crimes and practice of applying the norms of criminal law, providing responsibility for their commission</i>	33

LAW AND GLOBALISATION

<i>T.N. Neshataeva. Eurasian integration: General values and legal institutions (In Eng.)</i> ...	62
---	----

DIGITALISATION AND LAW

<i>E.V. Markovicheva. Digital transformation of Russian criminal proceedings</i>	86
<i>A.S. German. Remote proceedings in the Supreme Court of the Russian Federation</i>	100

BRANCHES AND INSTITUTIONS OF THE LAW

<i>P.I. Kononov, V.A. Zyuzin. Principles of modern non-judicial administrative process (administrative proceedings): Problems of understanding and systematization</i>	119
<i>L. Yu. Fomina. Protection of the right to respect for private life of judges: Positions of the European Court of Human Rights</i>	146
<i>E.V. Noskova, Ju.A. Putintseva. Using specialized knowledge in assessing the reliability of testimony in criminal proceedings: A retrospective, doctrinal and practical approach</i>	165

TRANSLATIONS

PHILOSOPHY. PHILOSOPHY OF LAW

<i>L.-B. Kiejzik. About the beginnings of the Petersburg school of the philosophy of law, or About crossing borders. Study of the history of Lev Petrazhitsky</i>	197
<i>B. Rüthers. Philosophy of law in the ruins of the post-war period: Commentary on the report of Monica Frommel</i>	213

Цифра. Право. Правосудие

Digit. Law. Justice

Крупномасштабный и беспрецедентный эпидемиологический кризис, вызванный пандемией коронавируса, кардинально повлиял на существующую правовую реальность. Он затронул практически все составляющие правовой системы: правопонимание, правотворчество и правоприменение. В определенной степени пандемия коронавируса явилась своеобразным катализатором, который способствовал ускорению темпов цифровизации всех сторон общественной жизни в России. У юристов возникла серьезная проблема философско-правового осмысления создавшейся ситуации, необходимость трезвой оценки всех негативных и позитивных последствий цифровизации для юридической науки и практики. В этих условиях особенно явно обнажились истинные ценности, которые оправдывают природу и существование права и государства: **человек и его права**.

Выдающийся французский философ Поль Рикер (1913–2005) отмечал, что сегодня мышление трудится в «духовно покалеченном мире» и необходимо освобождение разума от его научно-технической приниженности [Вдовина, И.С., 2019, с. 141]. Господство технической рациональности и юридизация, т. е. формализация нашего мира как часть ее, могут завести так далеко, что мы забудем о человеке и о его основном предназначении. Согласно учению Иммануила Канта чистое познание содержит только форму, под которой нечто может быть познано, поскольку оно (содержание) не исходит от рассудка, а производно от опыта, только *a posteriori* имеет место и потому не является «чистым». Из этого заключения результируется другое направление: ради «чистоты» философствования оно отказывается от всякого содержания и особенно от высказываний о ценностях (Макс Вебер «Наука, свободная от ценностей», Ганс Кельзен «Чистое учение о праве») и обращается только к *формам* бытия, мышления, права. Эта «чистота», которая многими рассматривается в качестве решающего критерия «рациональности», является поэтому основанием для того, чтобы все *содержательное* философствование квалифицировать как иррациональное и потому ненаучное. Но даже такая рациональность, сведенная к формальной чистоте, заслуживает упрека, так как не дает ответа на действительно важные вопросы [Кауфман, А., 2019]. Формализм в философии, так же как

и в философии и теории права, смог выдвинуть и обосновать весьма тонкие и остроумные теории, но, как известно, «мысли без содержания – пусты, созерцания без понятий – слепы» [Кант, И., 2010, с. 91], поэтому их значение для практической жизни тем ничтожней, чем строже они следуют правилам чистоты.

Между тем, и об этом всегда надо помнить, экзистенциальные проблемы бытия человека, которые соответствуют его внутреннему существу, будут сохраняться и в «кибернетическую эпоху», и в «эпоху постмодерна», а эту задачу не могут решить ни машины, ни автоматы, сколь бы совершенными они ни были.

Право изучают философия права, теория права, социология права – каждая под своим углом зрения. Это было бы невозможно, если бы право не было в высшей степени комплексным явлением, которое оправдывает себя на различных уровнях бытия, каждый раз – в различном качестве. Интегративный характер природы права позволяет не только формализовать и регулировать определенную часть человеческого поведения, но и выражать интересы и ценности, которые составляют фундамент норм и принципов права [Ершов, В.В., 2019, с. 17]. Без этого, как представляется, правопорядок, построенный на совокупности абстрактных правил и принципов, будет не только находиться в противоречии с бытием человека, но и представлять для него определенную угрозу как средство формализованного цифрового государства.

В силу этого в условиях пандемии и ускоренной цифровизации очень важную задачу составляет обеспечение основополагающих конституционных принципов и ценностей демократии, верховенства права и прав человека.

Само собой разумеющимся требованием к органам российского государства является неуклонное и строгое соблюдение положений Конституции Российской Федерации, которые касаются реализации принципа верховенства Конституции в правотворческой деятельности органов законодательной и исполнительной власти, соблюдения прав и свобод человека и гражданина. В этом смысле очень важное значение имеет документ SG/Inf (2020)11 Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states¹ (Соблюдение принципов демократии, верховенства права и прав человека в условиях эпидемиологического кризиса COVID-19. Руководство для государств-членов), выпущенный Генеральным секретарем Совета Европы весной этого года. В этом документе отмечается, что основная социальная, политическая и правовая проблема, с которой сталкиваются государства – члены Совета Европы, заключается в их способности эффективно реагировать на этот кризис, не допуская при этом того, чтобы принимаемые ими меры поставили под угрозу ос-

¹ URL: rm.coe.int

новополагающие ценности Европы – такие, как демократия, верховенство права и права человека. В качестве не нарушаемых ни при каких условиях признаются право на жизнь, за исключением правомерных военных действий; запрещение пыток и бесчеловечного или унижающего человеческого достоинства обращения или наказания; правило о наказании исключительно на основании закона, а также иные права, предусмотренные Европейской конвенцией по правам человека и протоколами к ней.

Один из основных принципов верховенства права заключается в том, что действия государства должны соответствовать Конституции, закону и требованиям международно-правовых актов, как это указано в ч. 1 ст. 15 Конституции Российской Федерации. В создавшейся чрезвычайной ситуации государство вынуждено принимать нормативные правовые акты, разработанные специально для борьбы с текущим кризисом и предусматривающие ряд правовых мер, которые по своей природе могут в определенной степени нести в себе угрозу стеснения или ограничения прав и свобод граждан. Подобные нормативные правовые акты должны приниматься с неуклонным соблюдением положений ст. 15 Конституции Российской Федерации, а в соответствующих случаях подлежат проверке Конституционным Судом России.

Особо следует подчеркнуть необходимость защиты частной жизни и персональных данных при пандемии. Одним из средств, которые способствуют сдерживанию и прекращению пандемии, признаны новые технологии доступа к персональным данным и их обработки. Современные цифровые технологии, с помощью которых обрабатываются данные геолокации, обеспечивается распознавание лиц и т. д., могут использоваться для необоснованного вмешательства в частную жизнь граждан под видом борьбы с негативными последствиями пандемии.

В период эпидемиологического кризиса в Российской Федерации принят ряд нормативных правовых актов как на федеральном, так и на региональном уровне. Назовем лишь некоторые из них: Федеральный закон от 8 июня 2020 г. № 168-ФЗ «О едином федеральном информационном регистре, содержащем сведения о населении Российской Федерации» (принят Государственной Думой 21 мая 2020 г., одобрен Советом Федерации 2 июня 2020 г.); Указ мэра Москвы от 11 апреля 2020 г. № 43-УМ «Об утверждении Порядка оформления и использования цифровых пропусков для передвижения по территории города Москвы в период действия режима повышенной готовности в городе Москве» и другие.

В упомянутом ранее документе Совета Европы отмечается, что при сборе, анализе, хранении и предоставлении персональных данных должна быть обеспечена эффективная система надзора, которая направлена на создание условий для законного и ответственного сбора необходимых данных. В этом процессе как никогда важно соблю-

дение баланса между мерами защиты, общественными интересами и уважением права граждан на частную жизнь. Крупномасштабную обработку персональных данных необходимо осуществлять только в тех случаях, когда имеющиеся научные данные убедительно свидетельствуют, что потенциальная польза для здоровья населения превышает выгоды, обеспечиваемые альтернативными решениями, представляющими собой менее значительное вмешательство в частную жизнь.

Беспрецедентные меры, предпринятые в связи с реагированием на пандемию COVID-19, повлияли на изменение процесса нормального функционирования судебной системы. Однако они не могут затруднить, а тем более воспрепятствовать осуществлению права на справедливое судебное разбирательство. Напротив, суды многих стран в условиях угрозы распространения коронавируса реализовали ряд необходимых мер, направленных на то, чтобы обеспечить беспрепятственный доступ к правосудию и гарантировать его непрерывное осуществление. Суды обратились к помощи потенциала электронных технологий, позволяющих осуществлять правосудие в дистанционном формате.

21 апреля 2020 г. Верховный Суд Российской Федерации провел первое онлайн-заседание по гражданскому делу о признании членом семьи военнослужащего, где стороны, находясь по месту своего жительства, посредством системы веб-конференции подключились к залу заседания Верховного Суда Российской Федерации².

29 апреля 2020 г. были внесены соответствующие времени изменения в совместное Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Совета судей Российской Федерации от 8 апреля 2020 г. Судам было рекомендовано учесть опыт Верховного Суда Российской Федерации и при наличии технической возможности с учетом мнений участников судопроизводства проводить судебные заседания по делам (материалам) с использованием системы видеоконференц-связи и (или) системы веб-конференции³.

Таким образом, пандемия COVID-19 явилась причиной появления таких проблем, которые требуют осмысления методами философии права и в целом юридической науки и выработки адекватных путей их решения, поскольку в создавшейся экзистенциальной ситуации совершенно отчетливо ясно, что человек, его жизнь и здоровье, права и свободы – это высшая ценность. Вместе с тем коронавирус стал своеобразным катализатором внедрения в нашу жизнь цифровых технологий. В этой реальности право должно сыграть свою роль, которая состоит, во-первых, в обеспечении прав и свобод человека, а во-вторых, в создании надежных гарантий от порабощения человека искусственным интеллектом. И эта опасность в настоящее время ощущается.

² URL: https://pravo.ru/story/220874/?desc_tv_9=

³ URL: https://vsrf.ru/press_center/news/28875/

В № 3 журнала «Правосудие/Justice» есть специальная рубрика «Цифровизация и право», и эта тема стала предметом рассмотрения в статьях, авторами которых являются А.С. Герман, Е.В. Марковичева.

В.Н. Корнев,

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

Список использованной литературы

Вдовина И.С. Поль Рикер: На «Елисейских полях» философии. М. : Канон+ РООИ Реабилитация, 2019. 288 с.

Ершов В.В. Право в контексте парадигмы метамодерна // Правосудие/Justice. 2019. Т. 1, № 2. С. 15–34.

Кант И. Критика чистого разума / пер. с нем. Н. Лосского сверен и отред. Ц.Г. Арзаканян и М.И. Иткиным; примеч. Ц.Г. Арзаканяна. М. : Эксмо, 2010. 736 с. (Антология мысли).

Кауфман А. Философия права, теория права, правовая догматика / пер. с нем. д.ю.н., проф. В.Н. Корнева, ст. препод. М.А. Беловой, Российский государственный университет правосудия, г. Москва // Государство и право. 2019. № 5. С. 18–29.

References

Ershov, V.V., 2019. Law in the context of the metamodern paradigm. *Pravosudie/Justice*, 1(2), pp. 15–34. (In Russ.)

Kant, I., 2010. *Kritika chistogo razuma* = [Critique of pure reason]. Translated from Germ. N. Losskiy, ed. Ts.G. Arzakanyan and M.I. Itkin; notes Ts.G. Arzakanyan. Moscow: Eksmo. (Antologiya mysli). (In Russ.)

Kaufman, A., 2019. [Philosophy of law, theory of law, legal dogmatics]. Translated from Germ. V.N. Kornev and M.A. Belova. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 5, pp. 18–29. (In Russ.)

Vdovina, I.S., 2019. *Pol' Riker: Na "Eliseyskikh polyakh" filosofii* = [Paul Ricoeur. On the "Elysian fields" of philosophy]. Moscow: Kanon+ ROOI Reabilitatsiya. (In Russ.)

UDC 347.962.1

DOI 10.37399/2686-9241.2020.3.12-32

New Approaches to Understanding Judicial Ethics in the Information Society

Elena V. Burdina*

** Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation
For correspondence: elenburdina@yandex.ru*

Introduction. The article is devoted to the problems of the essence and content of judicial ethics in the new conditions of the technical revolution and with other social needs for legal regulation.

Theoretical Basis. Methods. The work used a systematic, activity-personal approach to the study of moral and ethical standards of the conduct of judges. This made it possible to reveal a new and broader view on judicial ethics, which is not simply a set of moral restrictions and obligations imposed on a judge.

Results. The work has identified and analysed the signs of judicial ethics at the current stage of development. It is argued that ethical regulation is precautionary in relation to the legal regulation of the independence of judges, for they complement ethical rules and reinforce legal norms. The ethical conduct of judges is an instrument guaranteeing judicial independence in all of its manifestations, including in organisational and judicial relations. The new realities of our time recognise the expansion of boundaries and the subject area itself of ethical regulation. A broader view on judicial ethics, which differs from the traditional one, is hereby justified. The latter is defined in two ways – namely both as a system of professional values, as well as a means of judicial administration based on the principle of self-regulation. By its very nature, judicial ethics is the result (and the way) of judicial self-governance, developed on the basis of the experience of functioning bodies of the judicial community.

Discussion and Conclusion. Conclusions are drawn on both the instrumental and the managerial impact of the categories of ethics. The subject of judicial ethics has been defined, which constitutes the rules of conduct of judges in the performance of their professional duties and beyond – namely the set of general principles of work of a judge, as well as the personal qualities of a judge personifying the judicial power. Proposals on the optimisation of the mechanism of ethical influence, differentiation of ethical and disciplinary norms have also been substantiated.

Keywords: judicial ethics, subject of judicial ethics, ethical regulation, judicial self-government, Code of judicial ethics

Gratitudes. The research was carried out with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research under scientific project No. 20-011-00672.

For citation: Burdina, E.V., 2020. New approaches to understanding judicial ethics in the information society. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 12–32. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.12-32.

Новые подходы к пониманию судейской этики в условиях информационного общества

Е.В. Бурдина*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Российская Федерация
elenburdina@yandex.ru*

Ведение. Статья посвящена проблемам сущности и содержания судейской этики в новых условиях технической революции и при иных общественных потребностях в нормативном регулировании.

Теоретические основы. Методы. В работе использовался системный, деятельностно-личностный подход к исследованию морально-этических стандартов поведения судей, что позволило выявить новое, более широкое представление о судейской этике, которое не сводится к совокупности моральных ограничений и обязательств, предъявляемых к судье.

Результаты исследования. Выявлены и проанализированы признаки судейской этики на современном этапе развития. Утверждается, что этическое регулирование имеет обеспечительный характер по отношению к правовому регулированию независимости судей, этические правила дополняют и укрепляют правовые нормы. Судейская этика представляет гарантирующий инструмент судейской независимости во всех ее проявлениях, в том числе в организационно-судебных отношениях. Новыми реалиями современности признается расширение границ и предметной области этического регулирования. Обосновывается более широкий, отличный от традиционного взгляд на судейскую этику. Последняя определяется в двух плоскостях: и как система профессиональных ценностей, и как средство администрирования судебной деятельностью, основанное на принципе самоуправления. По своей природе судейская этика является результатом и способом судейского самоуправления, вырабатывается на основе опыта функционирования органов судейского сообщества.

Обсуждение и заключение. Сделаны выводы об инструментальном и управленческом воздействии этических категорий. Определен предмет судейской этики, который составляют правила поведения судей при исполнении профессиональных обязанностей и за их рамками, совокупность общих принципов работы судьи, а также личные качества судьи, олицетворяющего судебную власть. Аргументированы предложения по оптимизации механизма этического воздействия, разграничения этических и дисциплинарных норм.

Ключевые слова: судейская этика, предмет судейской этики, этическое регулирование, судейское самоуправление, Кодекс судейской этики

Благодарности. Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00672.

Для цитирования: Бурдина Е.В. Новые подходы к пониманию судейской этики в условиях информационного общества // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 12–32. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.12-32.

Introduction

In today's era of transition to digital society, there is an increasing "demand" for certainty, order of things, stability in the movement towards the development of public and social institutions, which cannot but cause a need for regulation, which is more systemic, expanding the limits and objects of influence.

The basis for the further development of the courts and the system of court administration is the public need for normative regulation, both in le-

gal regulation and through other normative regulators, which are not identified with the law, legal norms.

The higher regulatory effect and, consequently, the fuller achievement of the goals of judicial activity, are associated with the impact on social relations arising in the judicial sphere, simultaneously with several regulatory systems, such as law and morality. These systems have much in common and reveal social unity and value closeness [Maltsev, G.V., 2016, p. 22].

The impact of the technological revolution on legal doctrine and law enforcement has given rise to many new trends and discussions, in particular: legal doctrine has become more sensitive to other branches of knowledge: culturology, sociology, ethics, etc.; discussions have intensified with respect to the basic fundamental essence of law, in particular with respect to the limits and scope of legal regulation. The approaches to regulating social relations are changing. In the opinion of an academician of the Russian Academy of Sciences, Professor T.Ya. Khabrieva, if earlier the legal science had two approaches to such regulation – sectoral and institutional impact on social relations through legal norms, the characteristic of the modern period is modular regulation, combining the possibilities of application of different social regulators: forms of national and international law, acts of technical regulation, ethical and other social regulators¹.

Ethical regulators at the information stage of court and justice development form a multilevel system. The modern ethical regulatory system, which defines the proper conduct of a judge, is characterized by a multidimensional regulation and extends to a wider spectrum of social relations than before. It is characterized by a combination of international standards of conduct for judges and the national originality of the content of the moral and ethical values enshrined in them.

The new properties of the ethical and regulatory system necessitate theoretical reflections on the notion and content of judicial ethics in the period of digital revolutions, and therefore it is important to define its role and significance in the further development of the judicial sphere.

Since the 1864 Judicial Reform, the issues of professional ethics of judges have remained relevant for both scholars and practitioners. Their research focused on specific ethical and legal aspects of judges' status and conduct, moral problems arising in different types of court proceedings, professional culture [Kony, A.F., 1967, pp. 33–70; Yakovenko, V., 2008; Telagina, V.A., 2008; Noskov, Yu.G. and Noskov, I.G., 2017; Kleandrov, M.I., 2016; Shmatova, E.S. and Fomina, T.S., 2016; Lazukova, A.Yu. and Bozova, K.Yu., 2018; Sharueva, N.V., 2019, p. 19; Vasechko, V.Yu., 2018]. There are scientific works devoted to court and judicial ethics, in which

¹ Khabrieva T.Ya. Projections of technological revolution in legal doctrine : report at the plenary session of the VI Moscow legal forum “Russian legal system in the conditions of the fourth industrial revolution”, Moscow, April 4, 2019.

their differentiation depending on the subject and content is made, historical stages of formation and development of court and judicial ethics and scientific ideas about them are revealed [Ivanova, L.A., 2015, pp. 58–59; Vladykina, T.A., 2010; Cherevko, A.A., 2013]. In the competition of national judicial systems through independent international ratings, increased attention in science is paid to the comparative analysis of foreign ethical and legal systems governing the behaviour of judges, the evolution of moral values as behavioural standards of judges [Muratov, R.E., 2015, p. 151; Kleandrov, M.I., 2017; Muratov, R.E., 2017].

Problems related to the content of the ethical conduct of judges, including retired judges [Appleby, G. and Blackham, A., 2018], in the digital age are reflected in foreign literature [Anleu, Gh.R., Elek, J. and Mack, K., 2019; Hamm, B. and Esplin, B.S., 2018; Lininger, T., 2018; Mak, E., Graaf, N. and Jackson, E., 2018; McKoski, R., 2010; Abramson, L.W., 2000; Hughes, J. and Bryden, Ph., 2013; Abramson, L.W., 1994; Kalhan, A., 2014].

Despite a sufficient range of sources discussing the problems of ethical behaviour of judges, in modern domestic and foreign legal science, the theoretical issues of judicial ethics, considered as an element of modular regulation of judicial activity in the digital age, are poorly researched and disputed [Kleandrov, M.I., 2008; Kleandrov, M.I., 2011; Kleandrov, M.I., 2019; Burdina, E.V., 2018; Burdina, E.V., 2019]. The lack of scientific conclusions on the subject matter and content of judicial ethics is linked to practical difficulties on a number of topical issues, including the following: the role of opinions of bodies of judicial community, comments to codes of ethics in the mechanism of ethical regulation; the relationship between ethical rules and disciplinary norms.

The purpose of the article is to justify the new idea of judicial ethics, to define its subject matter, forms and means of regulation, meaning and role of judicial ethics in the conditions of the modular type of regulation of judicial activity.

Theoretical Basis. Methods

The subject of this article is the problem of the essence, content and features of judicial ethics in the new conditions of the technical revolution and the information society, with other public needs for legal regulation.

The worldview and methodological basis for most of the works on ethical and legal issues is the value-based approach to the moral standards of the judge's status and personality. By virtue of such approach the samples of behaviour of a judge are revealed, which they should comply with in their official and external activity [Mel'nik, S.V. and Nadtachayev, P.V., 2015; Borovkov, A.V., 2013].

In today's context of expanding ethical boundaries and objects of ethical regulation, this approach, which focuses on ethical standards of conduct

of a judge and is personally valuable, needs to be adjusted by making it more systematic and complete. The present study uses as its methodological basis a systematic analysis of both the value of the personality of the judge and the principles of judicial conduct, as well as the values of judicial activity, thus enabling new knowledge on integrated standards of judicial ethics to be achieved.

A systematic, activity-personal approach to the study of moral and ethical standards necessary in judicial work and determining the behaviour of judges allows to reveal a new, broader view of judicial ethics, which is not reduced to a set of moral restrictions and obligations imposed on the judge.

Results

The nature of ethics is evolutionary as it evolves in the wake of evolving social relations and the needs of society.

Ethical standards play a preventive and educational role, creating a common cultural environment necessary for the realization of the rule of law and justice, preventing situations in which a judge may use his or her official powers to benefit himself or herself or those in his or her immediate environment. The development of ethical standards of conduct is recognized as a measure to combat corruption and implement article 11 of the United Nations Convention against Corruption².

The evolution of judicial ethics in the modern conditions of the information society is connected with the transition to a new stage of its development, characterized by the following features: 1) formation of arrays of ethical norms at supranational, interstate and national levels; 2) increasing role of self-regulation of judges in defining standards and rules of conduct of judges; 3) increase in the totality of social relations arising in judicial activity and subject to ethical regulation, expansion of boundaries of ethical influence and practice of application of ethical principles and rules; 4) complication of forms of judicial ethics and means of ethical regulation.

Since the beginning of the twenty-first century, the processes of evolutionary change in judicial ethics have been particularly dynamic, with the adoption of many international instruments that define fundamental principles and rules of conduct for judges in their professional and non-professional activities. Arrays of ethical standards have increased markedly, and interest in the moral aspects of the conduct of judges has increased many times, including for reasons of the complexity of the competition procedures and requirements for judge candidates, and heightened public sensitivity to the independence and impartiality of judges.

² Adopted by General Assembly resolution 58/4 of 31 October 2003. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/corruption.shtml

At the international level, the most authoritative instrument in the field of judicial ethics is the Bangalore Principles of Judicial Conduct (hereinafter the “Bangalore Principles”), adopted at the Hague on 26 November 2002 and endorsed by the United Nations Economic and Social Council Resolution 2006/23 on 27 July 2006³, thus becoming international customary law.

On the European continent, European value standards for the conduct of judges, as expressed in acts adopted within the framework of the Council of Europe⁴ and the European Union⁵, are being developed taking these principles into account.

Ethical arrays of norms as written rules of conduct for judges are also being actively developed in national judicial systems.

Most European countries have adopted codes of ethics or other written collections of ethical rules of conduct for judges. On the European continent, only a few States do not have adopted codes of ethics for judges or similar collections of ethical conduct for judges, since legal norms act as ethical regulators. Thus, no code of ethics has been adopted in Germany, but the rules of conduct for judges are contained in the German Judiciary Act of 19 April 1972 and the relevant acts of the German Lands. In Ireland, where there is no code of judicial ethics, judges are required to act under the Public Ethics Act 1995 and the Standards Act 2001. In Croatia, the Code of Ethics for Public Officials⁶, adopted by the Government of the Republic of Croatia on 25 March 2011, applies, *inter alia*, to judges.

It can be argued that in today’s world an ethical and regulatory system is being formed which defines ethical standards of conduct for judges and develops as a multilevel, hierarchical system. It highlights the international, supranational (global), interstate (regional-local) and national levels.

³ URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/Bangalore_principles.html

⁴ See, for example: Recommendation of the Committee of Ministers of 17 November 2010 No. CM / Rec (2010) to 12 Member States on judges: independence, efficiency and responsibility // Russian Justice. 2011. No. 4; Conclusion of the Consultative Council of European Judges to the Committee of Ministers of the Council of Europe No. 3 (2002) “On the principles and rules governing professional conduct of judges, in particular, ethical standards, conduct incompatible with the position and impartiality” // Council of Europe. URL: <https://wcd.coe.int>; Conclusion of the Consultative Council of European Judges (CCJE) No. 21 (2018) “Prevention of corruption among judges” // Council of Europe. URL: <https://wcd.coe.int>; London Declaration on judicial ethics (2010) // European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ). URL: <https://www.encj.eu>; European Charter on the Status of Judges, adopted at the Multilateral Meeting of European Judges and Associations of Judges, 8–10 July 1998 in Strasbourg // Russian Justice. 1999. No. 9.

⁵ London Declaration on judicial ethics (2010) // European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ): [www-site]. URL: <https://www.encj.eu>

⁶ Etički kodeks državnih službenika. URL: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2011_04_40_950.html

At the global level, international standards of ethical conduct for judges are being developed, and States' obligations to enshrine these standards in national acts are being established. At the interstate level, geographically local standards (e.g. European standards) are adopted to provide useful guidance in national regulation.

Codes of judicial ethics (or codes of judicial conduct) are adopted at the national level, which, while based on international standards of judicial ethics, reflect the specific characteristics of the particular society, the national justice system operating in the particular circumstances and social conditions of the country⁷.

At the global level, judges in many countries are developing basic principles of judicial ethics, enabling assistance to countries and establishing supranational mechanisms to monitor judicial ethics.

For example, the Bangalore Principles set out standards of ethical conduct for judges: the principles of independence, objectivity (impartiality), integrity, ethics, equality, competence and diligence; and provide general guidance to States on the need to adopt national codes of ethics for judges, which would enshrine these standards taking into consideration the specificities of the national legal system and cultural and ethical traditions. In addition to indicating the adoption of codes or other written collections of ethical rules of conduct for judges, international instruments provide general rules for the development and adoption of codes of ethics. These include rules on the development of codes of ethics for judges themselves, on the distinction between codes of ethics for judges and disciplinary rules.

A variety of independent non-profit organizations have been established to assist States in the area of judicial ethics and to monitor States' compliance with international ethical standards of conduct for judges. For example, the Global Judges' Integrity Network, established in April 2018 under the auspices of the United Nations Office on Drugs and Crime, has identified as its priorities the development and implementation of codes of ethics for the judiciary and the establishment of effective oversight, monitoring and accountability mechanisms⁸. The Network provides an opportunity for judges from different countries to share best practices and experiences, to support each other and to join in the development of new tools and guidelines on ethics to strengthen integrity and prevent corruption in the judiciary⁹.

⁷ See: Council of Europe, expert opinion on the project "Strengthening Judicial Ethics in Turkey: expert assessment of relevant European standards and practices". 3 June 2016.

⁸ URL: <https://www.unodc.org/>

⁹ A Global Judicial Integrity Network has been established. URL: <https://www.unodc.org/dohadeclaration/ru/news/2018/04/chief-justices-and-senior-judges-launch-unodcs-global-judicial-integrity-network.html>

Of interest is the Group of States against Corruption (GRECO), an international organization established in 1999 by the Council of Europe to monitor the compliance of member states' legislation and law enforcement practices with Council of Europe anti-corruption standards. There are 49 States members of GRECO, with membership in GRECO not limited to Europe, but also the United States. GRECO is a reference mechanism for Member States by helping to identify weaknesses in national anti-corruption policies and proposing the necessary legislative, institutional or operational measures, including ethical rules. GRECO provides a platform for exchanging the best solutions in the area of detection and prevention of corruption, and touches upon issues of judicial ethics as a means of combating corruption¹⁰.

An important sign of the professional ethics of judges is to enshrine ethical issues in law and not just in ethical instruments. Judge's ethics is traditionally characterized by a close interlacing of moral and legal norms [Cherevko, A.A., 2013, p. 160], contained in the rules of judicial proceedings and fixing the status of judges. In an information society, the independence, impartiality, integrity of judges should be ensured not only by the Constitution and relevant legislation, but also by judges themselves. In this sense, the codes of judicial ethics adopted by judges themselves are tools to protect the independence of judges and provide more or less precise guidance on the conduct of judges in contentious official or non-official situations.

Thus, in the modular type of regulation of the conduct of judges, its effect is achieved through the synergy of law, morality and judicial self-government, where the principles of ethical conduct of judges are designed to strengthen existing legal norms and rules of conduct by which judges are bound¹¹. Ethical regulation is precautionary in relation to the legal regulation of judicial independence, ethical rules complement and reinforce legal norms. Ethics of the judiciary is a guarantee instrument of judicial independence in all its manifestations.

In enshrining the principles of judicial conduct, judicial ethics are based on judicial self-governance, whose bodies develop codes of judicial ethics, modify and supplement them, adopt comments and recommendations to them, give opinions on controversial ethical situations, and monitor the proper conduct of judges in the forms prescribed by acts of the judiciary community. In this regard, it is correct to conclude that the evolution of judicial ethics in the context of the modular type of regulation reinforces and expands the practice of judicial self-government. Judicial ethics are by their nature the result and method of judicial self-governance, have a

¹⁰ <https://www.coe.int/en/web/greco>

¹¹ Bangalore Principles of Judicial Conduct. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/bangalore_principles.shtml

self-governed character and are developed on the basis of the experience of the judicial community. And judicial self-governance, in its turn, is ethical, based on the emerging views of judicial practice about its moral values, which shows the inseparable unity of judicial ethics and judicial self-governance.

An analysis of the norms establishing ethical principles and rules at the national, supranational and international levels provides insight into the content of judicial ethics and suggests a significant expansion in the area of ethical impact.

The sphere of ethical regulation includes a variety of aspects related not only to the proper moral conduct of a judge in his or her official and non-official activities, but also to measures to ensure such conduct: advising judges on complex ethical issues, monitoring the ethical conduct of judges, and examining complaints about unethical conduct by judges. Many international instruments defining judicial ethics recommend the establishment of advisory bodies for judges, composed of judges themselves, providing guidance and advice in complex ethical situations and operating on a “peer to peer” basis¹². These recommendations have been implemented in many national judicial systems.

The procedure and rules for advising judges on ethical issues in the Russian Federation are set out in a number of acts of judicial self-government. According to the provision of part 5 of article 2 of the Code of Judicial Ethics¹³, a judge in a difficult ethical situation has the right to make a request to the Commission on Ethics of the Council of Judges of the Russian Federation, which is obliged to explain how the judge should act and make a corresponding opinion on this matter. The establishment of a network of judicial advisory institutions in Russia, designed to provide judges with broad access to the system of delivering advisory assistance on ethical issues, is linked to the adoption by the Presidium of the Council of Judges of the Russian Federation of the Instruction on the organization of advisory services¹⁴.

¹² See, for example: Global Code of Judicial Ethics, adopted during the International Conference on the Independence of Judges, held at the University of Bologna and Bocconi University of Milan in June 2015, para. 1.4. (Bologna and Milan Global Code of Judicial Ethics, 2015). URL: <http://www.jiwp.org/#lglobal-code-of-judicial-ethics/cldnr>; Conclusion of the Consultative Council of European Judges to the Committee of Ministers of the Council of Europe No. 3 (2002) “On the principles and rules governing professional conduct of judges, in particular ethical standards, conduct incompatible with the function and impartiality”.

¹³ Code of Judicial Ethics (as amended on December 8, 2016). Approved by the VIII All-Russian Congress of Judges on 19 December 2012 // Council of Judges of the Russian Federation. URL: <http://www.ssrf.ru>

¹⁴ See: Instruction on the organization of advisory services for judges of general, military and arbitration courts and lay judges on the prevention of corruption, prevention

In Croatia, according to Chapters V–XI of the Code of Ethics of Public Officials¹⁵, ethics commissioners and an ethics committee are formed with the right to monitor compliance with ethical principles and to consider complaints about unethical conduct of public officials, including judges.

In the literature, the notion of judicial ethics is traditionally associated with the regulation of professional conduct of judges both in the course of their official activities and in personal life [Gusejnov, A.A., 2004, p. 159], and the subject of judicial ethics is understood as “increased moral restrictions and standards for representatives of the judiciary community” [Cherevko, A.A., 2013, p. 160].

At present, in addition to the traditional issues of judicial conduct, ethical standards and values in the various areas of court administration are being established.

The new realities of our time should recognize the spread of the regulatory impact of judicial ethics on the growing range of social relations arising in the organization and activities of courts, the expansion of the boundaries of ethical regulation.

Thus, the impact of ethical principles with regard to the procedures carried out by judicial self-governing bodies concerning the competitive selection of candidates for vacant judicial positions, certification of judges and promotion of judges in their careers is noticeable.

Ethical regulators of judges’ conduct define perceptions of disciplinary misconduct, disciplinary proceedings and disciplinary liability measures. Questions of judges’ disqualification and recusal due to doubts about their objectivity, including conflicts of interest, have ethical and legal content.

Ethical problems are found in the organizational and administrative sphere of judicial activity: in the distribution of cases in court among judges, in the resolution of issues related to their specialization, in the exercise of judicial and administrative authority by heads of courts and in other matters related to the organization of court activities.

Evidence of the expansion of the range of public relations that are subject to the regulatory impact of ethical norms can be found in documents of international organizations.

Thus, in the Commentary of the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights on the Commentary to the Code of Judicial Ethics of the Republic of Kazakhstan dated 27 December 2018, in order to ensure full compliance of this Commentary and the Code with international standards and good practice in the field of judicial ethics, it was recommended to

of conflicts of interest and compliance with ethical requirements for the conduct of judges, approved by Decision No. 689 of the Presidium of the Council of Judges of the Russian Federation of 3 December 2018.

¹⁵ Etički kodeks državnih službenika. URL: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2011_04_40_950.html

consolidate rules on the procedure and preferred actions of judges in cases of illegal influence, threats or pressure, as well as provisions on possible mechanisms for filing complaints against judges in cases of illegal influence, threats or pressure¹⁶.

According to the work plan of the Global Judges' Integrity Network for 2018–2019, the following activities are planned: development of guidelines on the use of social media by judges; revision of the Bangalore Principles of Judicial Conduct and Commentary; improvement of judicial ethics training tools and training of trainers; sharing of best practices in judicial ethics training; development of guidelines on software development for court and case management in line with the Bangalore Principles of Judicial Integrity¹⁷.

Thus, the practice of ethical regulation reveals a broader set of social relations arising in judicial activity, which are influenced by ethical norms and rules, where its components are subject to classification into two main groups: relations concerning the professional and out-of-office conduct of judges and relations concerning the organization of judicial activity and judicial self-government.

With this in mind, two types of standards are singled out as forms of judicial ethics: the first set forth the values of a judge's personality and his or her conduct, and the second set forth the principles and values of judicial activity.

According to the London Declaration on Judicial Ethics, "Judicial ethics – principles, values and quality", adopted by the European Network of Judicial Councils (ENCJ) and acting as guidelines for the conduct of European judges, judicial ethics should not only consist of the principles of conduct to which a judge must adhere, but also the values of judicial activity to be implemented.

The expansion of the substantive content and boundaries of ethical regulation leads to a new understanding of judicial ethics, which is developed in the legal science and practice of judicial activity and is not related solely to the definition of the values of the personality of the judge.

In foreign literature, judicial ethics is considered not only in the traditional sense, as a set of rules ensuring the moral conduct of judges [Curtin, A.V., Solomon, L. and Lebovits, G., 2008], but also as a means of administration of judicial activity [Šimonis, M., 2017].

The new approach defines judicial ethics in two ways: as a system of professional values and as an institutional tool of the judiciary, it is an integral part of judicial administration based on the principle of self-regulation.

¹⁶ URL: <https://www.osce.org/ru/odihr/410411?download=true>

¹⁷ URL: <https://www.unodc.org/ji/en/about.html>

New approaches to judicial ethics, understood in the context of judicial administration, are based on its role in ensuring independent and fair justice.

Ensuring the honesty of judges is not only a moral issue; judicial integrity makes it possible to make justice more qualitative and responsive to the needs of citizens, and judicial activity more effective. This leads to the instrumental and managerial impact of ethical categories.

A broad interpretation of the notion of judicial ethics entails new approaches to defining its subject matter.

The subject of judicial ethics is not only the rules of conduct that must be observed by a judge in the performance of duties established by law and in their free time from direct duties. The subject of judicial ethics also covers a set of general principles of work of a judge as values important for a role and value of court in society, and also personal qualities of the judge personifying judicial authority. According to the London Declaration on Judicial Ethics, “Judicial ethics – principles, values and quality”, independence, honesty, impartiality, restraint and circumspection, diligence, respect and listening skills, equality of treatment, competence and transparency are general, fundamental values and principles of the judge’s work (Part I of the Declaration). Personal qualities of wisdom, loyalty, humanity, courage, seriousness and reasonableness, ability to work, listening and effective communication are the ethical qualities that a judge is called upon to demonstrate, as they are aware that their professional conduct, their personal life and their behaviour in society influence perceptions of justice and public trust (Part II of the Declaration)¹⁸.

Thus, within the framework of new approaches to understanding judicial ethics having managerial influence on judicial and organizational relations, the subject of judicial ethics should be understood not only as a certain set of principles of conduct of a judge, but also as values of judicial activity and moral qualities of judges themselves [Burdina, E.V., 2019].

The expansion of the field of ethical regulation and the strengthening of judicial ethics in the context of court administration raise challenging questions about the forms of judicial ethics and the means of ethical regulation that contribute to its greater effectiveness.

Arrays of ethical norms in the sphere of judicial activity are assessed in legal periodicals as ethical systems or self-regulation systems [Hellman, A.D., 2007]. For effective regulation, an ethical regulatory system must have an internally ordered structure and interaction between elements.

In the literature three classes of existing sets of objects are distinguished: unorganized sets (“summative whole”), unorganized (simply organized systems) and organic systems [Ershov, V.V., 2018, p. 144]. If the system of law refers to a simply organized system, which, along with the organic

¹⁸ URL: <https://www.encj.eu/articles/82>

system, is distinguished by the properties of integrity and the resulting stable structure, then an array of Russian ethical rules is a much less organized system, something between the summative whole and the non-organic system. This conclusion is argued by the fact that in the array of ethical rules, the elements are largely autonomous with respect to each other. The interaction of the elements is poorly organized and there are significant gaps in the acts, which is filled with contradictory and inconsistent practice of determining the proper conduct of judges in different courts and regions.

The norms of judicial ethics enshrined in the Russian Code of Judicial Ethics need further development due to the dynamic nature of social development, as new ethical issues emerge, the solution of which changes the system of ethical principles and values and expands the content of previously known ones. The problem of creating safeguards to prevent conflicts of interest could be cited as an example. Of interest are, in particular, the ethical rules and recommendations adopted in foreign countries (France, Scotland, etc.), which establish the obligation of court managers to prevent the risk of a conflict of interest when receiving from judges the annual information about the place of work of their relatives and not to distribute cases where the parties to a dispute are members of their family. This rule should be implemented in the Russian ethical system, as well as the broader interpretation of the term “member of the judge’s family” in accordance with the Bangalore Rules of Judicial Conduct should be enshrined in the Code of Judicial Ethics. We consider less successful the use of the term “persons related to the judge” in the conclusions of the Commission on Ethics of the Council of Judges of Russia for the mentioned cases¹⁹.

Despite the differences in the codes of ethics between countries, they are all based on international human rights provisions. Judges, like other citizens, have the right to privacy, to freedom of speech and religion and to freedom of association. It is important to strike a balance between the interests of judges and the public interest in ensuring the integrity of the judge by establishing certain restrictions and prohibitions, placing greater ethical responsibilities on judges. It seems that there is a problem of not allowing excessive restrictions on the rights of judges in their non-professional activities, as well as in the resignation of a judge.

The useful experience of ethical regulation in foreign countries expanding the system of ethical standards could be used in Russia. Thus, in Article 7 of the Lithuanian Code of Judicial Ethics adopted on 28 June 2006, we find: “According to the principle of respect and loyalty to the State, a judge shall

¹⁹ See: Conclusion of the Commission of the Council of Judges of the Russian Federation on Ethics of 5 December 2018 №16-KE “On the exclusion of the situation of conflict of interest in the arbitration court regarding a separate dispute in insolvency (bankruptcy)”. URL: <http://www.ssrf.ru/page/30584/detail/>

use an official identification card, gown, and symbols only when performing his duties in accordance with the requirements of legal acts, and appreciate and protect them”²⁰. It is believed that the establishment of such principles of ethical conduct of a judge as respect and loyalty to the state and respect for colleagues in the Code of Judicial Ethics will not only be useful for the practice of ethical regulation, but will also strengthen the independence and autonomy of the judiciary.

Given the amorphous and general nature of the wording of the Russian Code of Judicial Ethics, there is a wide range of unresolved complex ethical situations that judges face. At the same time, there are more and more ethical issues to discuss.

Thus, the Code of Judicial Ethics does not provide guidance on how judges behave in social media. Given the importance of social networks as a means of expression and communication, and the impact of the statements published on them, ethical rules and recommendations on the topic should be formulated, since the right to freedom of expression and the use of social networks as a means of communication clearly applies to all judges²¹.

It is very difficult to answer the following questions: what behaviour on social networks is acceptable and appropriate; the circle of friends on Facebook and similar social networks (whether it generates a conflict of interest); the type of information that a judge can only share with a narrow circle of friends; and the possibility that one of them will also share this information and it will become public knowledge. Judges need to know what is permissible and what is not permissible with regard to other issues related to social media behaviour. For example, can a judge examine the factual circumstances of a case through Facebook (or similar networks, provided that this is made public in court), leave supportive or disapproving comments under online publications (which, depending on the situation, may call into question the objectivity of the judge)?

A number of international instruments, such as the Global Code of Ethics for Judges 2015, as well as national ethical acts of several European countries (France, Scotland, Lithuania) provide recommendations and rules in this regard that could be used to develop a national ethical system.

The upstream impact of ethical rules would be more effective if the national ethical system had a commentary on the Code of Judicial Ethics as well as advisory opinions from the commissions of judges' councils on ethically complex situations as regulatory tools. The commentary, as an ap-

²⁰ Code of Ethics of the Judges of the Republic of Lithuania. URL: <https://www.teismai.lt/en/self-governance-of-courts/judicial-ethics-and-discipline-commission/about-commission/667>

²¹ The Global Code of Judicial Ethics, adopted during the International Conference on the Independence of Judges, held at the Universities of Bologna and Milan (June 2015). URL: <http://www.jiwp.org/#!global-code-of-judicial-ethics/c1dnr>

pendix to the Code of Judicial Ethics, could provide guidance to judges on appropriate behaviour in complex professional or non-official situations. Such appendices (comments) have been adopted in France, Scotland, USA, Kazakhstan and other countries. They contain comments on ethical standards and examples of how a judge should behave in specific situations. The adoption in Russia of an appendix to the Code of Judicial Ethics (or recommendations on conduct in specific situations) will make the latter more understandable and efficient, ensure more effective ethical regulation and administration of judicial activities, which in turn will lead to a system of ethical rules to greater unity and integrity.

This appendix could cover in more detail the following topics and complex ethical issues: the judge and his close circle; extrajudicial activities of the judge; the judge and social networks; the judge and his previous work; the judge and the staff of the court administration; the judge, his specialization and the distribution of cases in court; other topics of interest. Some of these topics are not reflected either in the Code of Judicial Ethics or in the conclusions of the Commission on Ethics of the Council of Judges of Russia and are subject to discussion.

The expectations of judges are matched by such an ethical impact mechanism where the normative and value content of the Code of Judicial Ethics is explained in its appendices and supplemented by consistent conclusions of the Commission on Ethics of the Council of Judges of the Russian Federation and relevant commissions of regional councils of judges. The regulatory impact of the said instruments is enhanced provided that they are available on the Internet.

We believe that comments on the Code of Judicial Ethics or other recommendations on its application adopted by the bodies of the judiciary community, as well as advisory opinions of the ethics commissions, which contain interpretations of ethical principles and values, should be published on the official websites of the councils of judges, and should be constantly systematized for the convenience of judges.

Thus, an important role in the mechanism of ethical impact in modern times is assigned to such tools as comments on the code of ethics of judges, advisory opinions of bodies of judicial community, documents of qualification boards of judges on various issues of their activities related to ethical aspects, materials of judicial practice. Their importance in the ethical and legal regulation of judicial activity will undoubtedly increase in the context of the growing role of judicial self-government. On the basis of the above circumstances, the place of the said self-governing instruments in the mechanism of ethical regulation has been fixed in the ethical codes of individual countries. Thus, Article 10 of the Estonian Code of Ethics for Judges establishes the following provisions: "The requirements of professional ethics shall be interpreted in accordance with the law, the decisions of the Disciplinary Board, the established

practice and practice of the judiciary as well as the opinion of a senior colleague and the conscience of the judge. These principles are the basis for choosing the conduct of a judge in matters not covered by the Code of Ethics”²².

In modular regulation, legal and ethical norms, closely interacting and intertwined, do not lose their own nature and attributes. Despite the fact that ethical regulation expands its boundaries and substance, it would be wrong to link violation of ethical norms with disciplinary (legal) responsibility.

The Code of Judicial Ethics is not a collection of disciplinary rules. Violation of the Code of Judicial Ethics does not in itself lead to the initiation of disciplinary proceedings and does not constitute a disciplinary offence. Meanwhile, the definition of a disciplinary offence, enshrined in part 1 of Article 12.1 of the Law of the Russian Federation “On the Status of Judges in the Russian Federation” of 26 June 1992, No. 3132-1, makes it possible to identify the violation of the Code of Judicial Ethics with the commission of a disciplinary offence. Since disciplinary measures may be taken in the event of gross and unforgivable offences committed by judges which are detrimental to the reputation of the judiciary, it is necessary at the level of federal law to distinguish between violation of ethical duties and disciplinary misconduct, indicating that disciplinary liability may be imposed only for gross, unforgivable or repeated violations of judicial ethics incompatible with judicial status.

Discussion and Conclusion

Based on the above, the following conclusions are justified in the paper.

The modern stage of development of judicial ethics is characterized by the following features: 1) formation of arrays of ethical norms at supranational, interstate and national levels; 2) increasing role of judicial self-regulation in defining standards and rules of conduct of judges; 3) expansion of boundaries of ethical influence and practice of application of ethical principles and rules; 4) complication of forms of judicial ethics and means of ethical regulation.

The expansion of the substantive content and boundaries of ethical regulation has led to a new understanding of judicial ethics. Judicial ethics is defined in two ways: as a system of professional values and as an institutional tool of the judiciary, it is an integral part of judicial administration based on the principle of self-regulation.

²² Kohtunike e etika koodeks (Estonian Code of Ethics for Judges). Adopted by the Third Ordinary Congress of Estonian Judges on 13 February 2004, amended on 8 February 2019 by the eighteenth Ordinary Plenary Session of Judges. URL: <https://www.riigikohus.Ee/et/kohtunikuamet/kohtunike-eetikakoodeks>

Based on the understanding of judicial ethics having managerial influence on judicial and organizational relations, the subject of judicial ethics is not only a certain set of principles of conduct of a judge, but also values of judicial activity and moral qualities of a judge himself.

Two types of standards are distinguished as forms of judicial ethics: the first one, which enshrine the values of a judge's personality and his or her conduct, and the second one, which refer to the organization of judicial activity and enshrine the principles and values of judicial activity.

It is recognized that such mechanism of ethical impact is optimal where the normative and value content of the Code of Judicial Ethics is explained in the comments to it and supplemented by consistent conclusions of the Commission on Ethics of the Council of Judges of the Russian Federation and the relevant commissions of regional councils of judges. An important role in the ethical impact mechanism is assigned to such tools as the documents of qualification panels of judges and the materials of judicial practice.

In modular regulation, legal and ethical norms interact and intertwine closely, but do not lose their own nature and attributes. The Code of Judicial Ethics is not a collection of disciplinary, legal by nature, norms. Disciplinary liability may only be incurred for gross, unforgivable or repeated violations of judicial ethics incompatible with judicial status.

References

- Abramson, L.W., 1994. Deciding recusal Motions: Who judges the judges? *Valparaiso University Law Review*, 28(2), pp. 543–561. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=999427>> [Accessed 15 September 2019].
- Abramson, L.W., 2000. Appearance of impropriety: Deciding when a judge's impartiality 'Might Reasonably Be Questioned'. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 14 (55), pp. 55–102. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=996485>> [Accessed 15 September 2019].
- Anleu, Sh.R., Elek, J. and Mack, K., 2019. Judicial conduct guidance and emotion. *Journal of Judicial Administration*, 28(4), pp. 226–239.
- Appleby, G. and Blackham, A., 2018. The growing imperative to reform ethical regulation of former judges. *International & Comparative Law Quarterly*, 67(3), pp. 505–546.
- Borovkov, A.V., 2013. ["Not procedural contacts" judges: to problem statement]. *V mire nauchnyh otkrytij* = In the World of Scientific Discoveries, 11.6(47), pp. 334–337. (In Russ.)
- Burdina, E.V., 2018. [Standards of ethical conduct of judges in modern concept of judicial power]. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], S1, pp. 30–45. (In Russ.).

Burdina, E.V., 2019. [Ethical Status of the Judge: Concept, structure and content]. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 15–33. (In Russ.)

Cherevko, A.A., 2013. [Features of the correlation of the concepts of “legal ethics” and “judicial ethics”]. *Vestnik ChGPU imeni I.Ya. Yakovleva* = [Bulletin of Yakovlev ChSPU], 4(80), part 1, pp. 154–161. (In Russ.)

Cherevko, A.A., 2013. *Stanovlenie i razvitie sudebnoy etiki v Rossii: traditsii i innovatsii* = Formation and development of judicial ethics in Russia: traditions and innovations. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Saransk. (In Russ.)

Curtin, A.V., Solomon, L. and Lebovits, G., 2008. Ethical judicial opinion writing. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 21, pp. 237–309. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=1299767>> [Accessed 15 September 2019].

Ershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennykh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of public relations]. Moscow: RGUP. (In Russ.)

Gusejnov, A.A., 2004. [Reflections on applied ethics]. In: V.I. Bakshtanovskij and N.N. Karnaukhov, eds. 2004. *Vedomosti Nauchno-issledovatel'skogo Instituta prikladnoj etiki. Vyp. 25: Professional'naja etika* = [Bulletin Research Institute of Applied Ethics. Issue 25: Professional ethics]. Tyumen': NIIPJe, pp. 148–159. (In Russ.)

Hamm, B. and Esplin, B.S., 2018. The boundaries of “Good Behaviour” and judicial competence: Exploring responsibilities and authority limitations of cognitive specialists in the regulation of incapacitated judges. *Journal of Law Medicine & Ethics*, 46(2SI), pp. 514–520.

Hellman, A.D., 2007. The regulation of judicial ethics in the federal system: A peek behind closed doors. *University of Pittsburgh Law Review*, 69, pp. 189–243. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=1015858>> [Accessed 15 September 2019].

Hughes, J. and Bryden, Ph., 2013. Refining the reasonable apprehension of bias test: Providing judges better tools for addressing judicial disqualification. *Dalhousie Law Journal*, 36(1), pp. 171–192. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2231998>> [Accessed 15 September 2019].

Ivanova, L.A., 2015. [To the concepts of “legal ethics” and “judicial ethics”: history and modernity]. *Sibirskij juridicheskij vestnik* = [Siberian Law Bulletin], 2, pp. 57–62. (In Russ.)

Kalhan, A., 2014. Stop and frisk, judicial independence, and the ironies of improper appearances. *Georgetown Journal of Legal Ethics*,

- 27(4). Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2499983>> [Accessed 15 September 2019].
- Kleandrov, M.I., 2008. *Status sud'i: pravovoj i smezhnye komponenty* = [Judge status: legal and related components]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Kleandrov, M.I., 2011. *Otvetstvennost' sud'i* = [Judge Responsibility]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Kleandrov, M.I., 2016. [Ethics and disciplinary responsibility of a judge in the practice of the Constitutional Court of the Russian Federation]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya* = [Journal of Constitutional Justice], 6, pp. 1–6. (In Russ.)
- Kleandrov, M.I., 2017. [Ethical regulation of judicial conduct in CIS Member States]. *Akademiya prava i ekonomiki* = [Academy of Law and Economics], 3, pp. 5–20. (In Russ.)
- Kleandrov, M.I., 2019. *Sudejskij korpus Rossii: sovershenstvovanie mehanizma formirovaniya* = [The judiciary of Russia: improving the formation mechanism]. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)
- Koni, A.F., 1967. *Izbrannye trudy. V 8 t. Tom 4. Nравственные начала в уголовном процессе (Общие черты судебной этики)* = [Collected works. In 8 vols. Volume 4. Moral principles in criminal proceedings (General features of judicial ethics)]. M.: Yurid. lit. (In Russ.)
- Lazukova, A.Yu. and Bozova, K.Yu., 2018. [On the moral character and ethics of a Russian judge]. *Vestnik sovremennykh issledovaniy* = [Bulletin of Modern Research], 5, pp. 496–498. (In Russ.)
- Lininger, T., 2018. Green ethics for judges. *George Washington Law Review*, 86(3), pp. 711–773.
- Mak, E., Graaf, N. and Jackson, E., 2018. The framework for judicial cooperation in the European Union: Unpacking the ethical, legal and institutional dimensions of 'Judicial Culture'. *Utrecht Journal of International and European Law*, 34 (1), pp. 24–44.
- Maltsev, G.V., 2016. *Sotsial'nyye osnovaniya prava* = [Social grounds of law]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- McKoski, R., 2010. Judicial discipline and the appearance of impropriety: What the public sees is what the judge gets. *Minnesota Law Review*, 94(6), pp. 1914–1996. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=1617413>> [Accessed 15 September 2019].
- Mel'nik, S.V. and Nadtachayev, P.V., 2015. [Extra-judicial activity of a judge: legal and moral aspects]. *Pravovoye gosudarstvo* = [Rule of Law State], 2(40), pp. 93–96. (In Russ.)
- Muratov, R.E., 2015. [Principles of judicial ethics in European law]. *Istoricheskaya i sotsial'no-obrazovatel'naya mysl'* = [Historical and Socio-Educational Thought], 1(7), pp. 149–153. (In Russ.)

- Muratov, R.E., 2017. [Experience in the regulation of judicial ethics in the Baltic law enforcement system (using the example of the ethical code of judges in Estonia)]. *Mezhdunarodnyy zhurnal grazhdanskogo i torgovogo prava* = [International Journal of Civil and Commercial Law], 3, pp. 43–46. (In Russ.)
- Noskov, Yu.G. and Noskov, I.G., 2017. *Osnovy sudeyskoy etiki* = [Fundamentals of Judicial Ethics]. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Sharuyeva, N.V., 2019. [Judicial ethics as an element of the professional legal culture of a judge]. *Monitoring pravoprimereniya* = [Enforcement Monitoring], 2(31), pp. 16–19. (In Russ.)
- Shmatova, E.S. and Fomina, T.S., 2016. Judicial ethics: Moral and legal foundations and conflicts. In: *All-Russian Scientific and Practical Conference: Pravo, politika, istoriya i lichnost': osnovnye napravleniya i perspektivy razvitiya* = [Law, politics, history and personality: main directions and development prospects]. Kizlyar, Russia, 29 March 2016. Makhachkala: Izd. dom Aprobatsiya. Pp.127–132. (In Russ.)
- Šimonis, M., 2017. The role of judicial ethics in court administration: from setting the objectives to practical implementation. *Baltic Journal of Law & Politics. Journal of Vytautas Magnus University*, 10(1), pp. 91–123.
- Telegina, V.A., 2008. *Etika sud'yi* = [Judicial Ethics]. Saratov: Izd-vo Saratovskoy gos. akad. prava. (In Russ.)
- Vasechko, V.Yu., 2018. [Latin judicial maxims as elements of legal consciousness and a form of moral evaluation of enforcement system]. In: V.N. Rudenko, ed., 2019.3-ya Vserossiyskaya nauchnaya konferenciya s mezhdunarodnym uchastiem: Aktual'nye problemy nauchnogo obespecheniya gosudarstvennoj politiki Rossijskoj Federacii v oblasti protivodejstviya korrupcii = [3rd All-Russian Scientific Conference with International Participation: Actual problems of scientific support of the state policy of the Russian Federation in the field of anti-corruption]. Yekaterinburg, Russia, 26–27 October 2018. Yekaterinburg: In-t filosofii i prava UrORAN. Pp. 332–348. (In Russ.)
- Vladykina, T.A., 2010. [Code of Judicial Ethics: Theoretical and legal aspect]. *Rossiiskij sud'ya* = [Russian Judge], 11, pp. 34–38. (In Russ.)
- Yakovenko, V., 2008. *Sudebnaya etika* = [Judicial Ethics]. Voronezh: VGU. (In Russ.)

Information about the author

Elena V. Burdina, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Head of Organization of the Judiciary and Law Enforcement Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya ul., Moscow 117418, Russian Federation).

Бурдина Елена Владимировна, доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой организации судебной и правоохранительной деятельности ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремуш-кинская, д. 69).

E-mail: elenburdina@yandex.ru

УДК 343.618
DOI 10.37399/2686-9241.2020.3.33-61

Уголовно-правовой анализ ятрогенных преступлений и практика применения норм уголовного законодательства об ответственности за их совершение

Р.Б. Иванченко* ^а, В.А. Заряев* ^б

** Центральный филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Воронеж, Российская Федерация*

^а rivanchenko@yandex.ru, ^б zaryaew@yandex.ru

Введение. Забота о здоровье граждан – важнейшая задача любого государства. Статья 41 Конституции Российской Федерации прямо закрепляет право каждого на охрану здоровья и медицинскую помощь. Несмотря на ту благородную и гуманную миссию, которую призваны осуществлять медицинские работники, оказывая помощь людям и спасая их жизни, последнее время четко обозначилась проблема врачебных ошибок (ятрогений), приводящих к трагичным последствиям.

Высокая общественная опасность такого рода явлений вызывает необходимость их уголовно-правовой оценки. Проблемы, возникающие при этом, связаны в первую очередь с разноплановым пониманием сущности врачебных ошибок и ятрогенных преступлений, отсутствием единообразия в применении уголовного закона, устанавливающего ответственность за их совершение.

Теоретические основы. Методы. Статья основана на анализе российского и зарубежного уголовного, административного, гражданского законодательства, приговоров и решений судов, научных публикаций в российских и зарубежных изданиях. Использованы заключения экспертов, доктринальные идеи и мнения по вопросам темы данной работы. В процессе подготовки статьи применялся ряд общенаучных и частнонаучных методов исследования.

Результаты исследования. Рассмотрены вопросы, связанные с особенностями уголовно-правовой оценки деяний, совершаемых медицинскими работниками в процессе профессиональной деятельности. Приведены позиции специалистов, касающиеся определения этой специфической группы преступлений, формулируется авторское видение вопросов отнесения конкретных общественно опасных деяний к категории «ятрогенные». Исследовано действующее законодательство в сфере здравоохранения, позволяющее конкретизировать применяемую в статьях Уголовного кодекса Российской Федерации, предусматривающих ответственность за ятрогенные преступления, терминологию. Проанализирована судебно-следственная практика применения указанных норм уголовного закона, выявлены проблемы квалификации такого рода деяний.

Обсуждение и заключение. В заключении авторы разграничивают понятия «врачебная ошибка», «несчастный случай», «ятрогенное преступление»; определяют, что умышленное совершение ятрогенного преступления следует оценивать либо по правилам об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, либо как общеуголовное деяние; обозначают круг составов преступлений, определяемых как «ятрогенные»; приходят к выво-

ду о том, что решение проблемы противодействия ятрогенным преступлениям не может быть связано с усилением или расширением уголовной репрессии.

Ключевые слова: ятрогенные преступления, медицинские работники, квалификация преступлений, небрежность, неосторожность

Для цитирования: Иванченко Р.Б., Заряев В.А. Уголовно-правовой анализ ятрогенных преступлений и практика применения норм уголовного законодательства об ответственности за их совершение // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 33–61. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.33-61.

Criminal Law Analysis of Iatrogenic Crimes and Practice of Applying the Norms of Criminal Law, Providing Responsibility for their Commission

Roman B. Ivanchenko* ^a, Vyacheslav A. Zaryaev* ^b

** Central Branch, Russian State University of Justice, Voronezh, Russian Federation*

For correspondence: ^a rivanchenko@yandex.ru, ^b zaryaew@yandex.ru

Introduction. Caring for the health of citizens is the most important task of any state, and the article 41 of the Constitution of Russia directly establishes the right of everyone to protection of health and medical care. Despite the noble and humane mission that medical workers are called upon to carry out, helping people and saving their lives, the problem of medical errors (iatrogenic) leading to tragic consequences has clearly indicated its presence recently.

The high public danger of such phenomena causes the need for their criminal law assessment. The problems that arise in this case are connected, first of all, with a diverse understanding of the essence of medical errors and iatrogenic crimes, the lack of uniformity in the application of the criminal law establishing liability for their commission.

Theoretical Basis. Methods. The article is based on the analysis of Russian and foreign criminal, administrative, civil legislation, court sentences and decisions, scientific publications in Russian and foreign publications. In addition, expert opinions, doctrinal ideas and opinions on the topics of this work were used. In the process of preparing the article, a number of general scientific and private scientific research methods were used.

Results. The article discusses issues related to the specifics of the criminal law assessment of acts committed by medical workers in the process of professional activity. The positions of specialists are given regarding the definition of this specific group of crimes, the author's vision is formulated on the classification of specific socially dangerous acts as "iatrogenic". The current legislation in the field of health care is examined, which makes it possible to concretize the terminology used in the articles of the Russian Criminal Code providing liability for iatrogenic crimes. The judicial-investigative practice of applying the indicated norms of the criminal law is analyzed, the problems of qualification of such acts are revealed.

Discussion and Conclusion. In conclusion, the authors differentiate such concepts as "medical error", "accident", "iatrogenic crime", determine that the deliberate commission of an iatrogenic crime should be assessed either according to the rules on the circumstances that exclude the criminal act, or as a general criminal act; designate a circle of crimes defined as "iatrogenic"; come to the conclusion that the solution to the problem of counteraction to iatrogenic crimes cannot be associated with the intensification or expansion of criminal repression.

Keywords: iatrogenic crimes, medical professional, qualification of crimes, causing harm to health, carelessness, manslaughter, negligence

For citation: Ivanchenko, R.B. and Zaryaev, V.A., 2020. Criminal law analysis of iatrogenic crimes and practice of applying the norms of criminal law, providing responsibility for their commission. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 33–61. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.33-61.

Введение

В специальной литературе за последние десять лет уголовно-правовая проблематика, связанная с преступлениями, совершаемыми в медицинской сфере, исследована на достаточно хорошем уровне. Тем не менее вопрос об определении круга наиболее типичных преступлений, совершаемых в системе оказания медицинской помощи, обозначаемых термином «ятрогенные», исследован недостаточно.

В доктрине уголовного права попытки определения критериев для выделения в отдельную группу общественно опасных деяний, совершаемых медицинскими работниками, предпринимались неоднократно.

Так, И.О. Никитина определяет преступления в сфере здравоохранения через элементы состава преступления: в качестве объекта выделяются отношения между врачом и пациентом; объективную сторону составляет ненадлежащее выполнение либо невыполнение медицинским работником его профессиональных или служебных обязанностей, которое ассоциируется с нарушением медицинских стандартов врачевания, должностных инструкций, моральных и этических норм; субъектом преступления выступает медицинский работник, обладающий специфическими отношениями с пациентом [Никитина, И.О., 2007, с. 81–82]. К числу указанных преступлений И.О. Никитина относит: преступления против жизни (ч. 1 ст. 105, п. «м» ч. 2 ст. 105, чч. 2 ст. 109, 124, 235 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ), здоровья человека (п. «ж» ч. 2 ст. 111, ст. 112, 115, ч. 2 ст. 118, ч. 4 ст. 122, ч. 3 ст. 123, чч. 1, 2 ст. 124, ч. 1 ст. 235 УК РФ), преступления, ставящие в опасность жизнь и (или) здоровье человека (ст. 120, ч. 1 ст. 123, ст. 228², 233 УК РФ), преступления против иных гарантированных прав и свобод граждан (ч. 2 ст. 128, ст. 137 УК РФ), против имущественных интересов граждан (ст. 159, 160, 163, 165 УК РФ), интересов службы (ст. 201, 285, 285², 286, 288, 289, 290, 292, 293 УК РФ) [Никитина, И.О., 2007, с. 86–87].

Н.А. Огнерубов полагает верным не относить к числу криминальных ятрогений ряд общественно опасных деяний, посягающих на здоровье населения, общественную нравственность, интересы службы, а также собственность. Мы солидарны с его позицией в том, что такого рода составы не относятся к профессиональной деятельности медицинских работников, потому что их совершение не затрагивает взаимоотношений «врач – пациент» и не связано с лечением, диагностикой или другими манипуляциями с пациентом [Огнерубов, Н.А., 2010, с. 44–45].

Еще более узкий подход в определении врачебных преступлений предлагает Н.В. Мирошниченко, которая исходит из того, что к таким деяниям нужно относить только те, которые совершаются при выполнении профессиональных медицинских обязанностей. Н.В. Мирошниченко относит к числу таковых две группы преступлений: преступное неоказание медицинской помощи (ст. 124 УК РФ) и преступно ненад-

лежащее оказание медицинской помощи (ч. 2 ст. 109, 118, ч. 4 ст. 122, ст. 123 УК РФ) [Мирошниченко, Н.В., 2007, с. 6–7].

Полагаем такую позицию наиболее приемлемой при рассмотрении вопроса о признании того или иного деяния ятрогенным за некоторым исключением: отнесение ст. 123 УК РФ к их числу очень условно ввиду неопределенности субъекта этого преступления, коим является лицо, не имеющее высшего медицинского образования соответствующего профиля.

По утверждению М.П. Клейменова и Е.К. Сенокосовой, «в системе «медицинский работник – пациент» возможно совершение и других деяний, например, убийства из сострадания или по заказу, либо таких примитивно-корыстных, как, в частности, изъятие золотых коронок у трупа санитаром морга» [Клейменов, М.П. и Сенокосова, Е.К., 2017, с. 698], однако отнесение таковых к ятрогенным будет неправильным ввиду того, что медицинский работник выходит за пределы своих профессиональных обязанностей и совершает умышленные действия.

Некоторые исследователи полагают, что среди медицинских ошибок необходимо различать противоправные виновные деяния медицинских работников (учреждений) и случаи причинения вреда пациенту при отсутствии вины [Канунникова, Л.В., Фролова, Е.В. и Фролов, Я.А., 2003, с. 22].

Врачебная ошибка, как считает И.Л. Трунов, есть «неверная оценка медицинским сотрудником, совершившим ошибочный поступок, своих действий (бездействия), последствий или фактических обстоятельств содеянного; неправильное представление врача о действительном и этическом характере совершенного им и его результатах» [Трунов, И.Л., 2010, с. 35].

По нашему мнению, эти утверждения нуждаются в уточнении. Если вести речь о виновных деяниях медицинских работников в исследуемом контексте, то представляется, что они могут быть только неосторожными. Полагаем, что врачебная ошибка (в чистом виде) также совершается при отсутствии вины. Это ситуации, которые могут быть связаны с причинением вреда здоровью пациента в результате деяния врача, обусловленного отсутствием знаний или опыта лечения неизвестного медицинской науке заболевания и применением при этом экспериментальных методов. Отсутствует вина и при случайном стечении обстоятельств, обусловивших негативные последствия медицинских манипуляций (например, когда недиагностируемые анатомические особенности организма пациента вызывают фатальные последствия обычного медицинского вмешательства).

Таким образом, к числу общественно опасных деяний, которые подпадают под категорию ятрогенных без каких-либо оговорок или условий, полагаем верным относить преступления, предусмотренные следующими статьями УК РФ:

ч. 2 ст. 109 «Причинение смерти по неосторожности»;

ч. 2 ст. 118 «Причинение тяжкого вреда по неосторожности»;
ч. 4, ст. 122 «Заражение ВИЧ-инфекцией»;
ст. 124 «Неоказание помощи больному».

Статья 2 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», определяя понятие «медицинская помощь», включает в него в том числе предоставление медицинских услуг. В указанном Законе под медицинской услугой понимается медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение¹. Таким образом, оказание медицинской помощи попадает и в сферу предоставления услуг.

В этой связи целесообразно (хотя и условно) относить к числу криминальных ятрогений и деяние, предусмотренное ст. 238 УК РФ «Производство, хранение, перевозка либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности», тем более что на практике имело место применение этой нормы для квалификации общественно опасных деяний медицинских работников.

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования выступают общественные отношения, складывающиеся в сфере оказания медицинской помощи и медицинских услуг.

Теоретической основой исследования являются концептуальные идеи российских и зарубежных специалистов, связанные с уголовно-правовой охраной прав пациента, отраженные в научных публикациях. В процессе подготовки статьи авторами использованы общенаучные (анализ, синтез, системный и структурный подходы и др.) и частнонаучные (формально-юридический, конкретно-социологический, системно-структурный, историко-правовой, компаративистский, формально-логический) методы.

Результаты исследования

Правовое регулирование деятельности врача (медработника) при оказании медицинской помощи

Объективная сторона ятрогенных преступлений заключается в деянии, которое так или иначе связано с нарушением профессиональных функций.

По справедливому утверждению Н.В. Мирошниченко и Ю.Е. Пудовочкина, «такие деяния совершаются лицом в процессе выполне-

¹ Российская газета. 2011. 23 нояб.

ния профессиональных обязанностей и реализации профессиональных прав» [Мирошниченко, Н.В. и Пудовочкин, Ю.Е., 2012, с. 34].

Понимание содержания термина «ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей» представлено в обзоре судебной практики Президиумом Верховного Суда Российской Федерации следующим образом: «По смыслу ч. 2 ст. 109 УК РФ под ненадлежащим исполнением профессиональных обязанностей виновным понимается поведение лица, полностью или частично не соответствующее официальным требованиям или предписаниям, предъявляемым к лицу, в результате чего наступает смерть потерпевшего. Обязательным условием для привлечения лица к уголовной ответственности является установление правовых предписаний, регламентирующих поведение лица в той или иной профессиональной сфере. Отсутствие соответствующей правовой нормы (правил поведения) свидетельствует и об отсутствии самого общественно опасного деяния, поскольку в таком случае нельзя установить отношение лица к тем или иным правовым предписаниям (профессиональным обязанностям). Кроме того, несовершение необходимого действия либо совершение запрещаемого действия должно быть обязательным условием наступившего последствия, то есть таким условием, устранение которого (или отсутствие которого) предупреждает последствие»².

Таким образом, дать грамотную уголовно-правовую оценку деяния медицинского работника можно только лишь через установление правовых предписаний, регламентирующих его поведение при оказании медицинской помощи.

Перечень профессиональных обязанностей для каждого вида медицинской деятельности устанавливается приказами Министерства здравоохранения Российской Федерации, которыми утверждены Единый квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и служащих в сфере здравоохранения, Номенклатура должностей медицинских работников и фармацевтических работников, Квалификационные требования к медицинским и фармацевтическим работникам, утвержденные Министерством труда и социальной защиты Российской Федерации, профессиональные стандарты для каждого вида медицинской деятельности, локальные нормативные правовые акты работодателя, а также разработанные на основе указанных выше документов должностные инструкции³.

² Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2015) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 25 ноября 2015 г.) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 3; № 4.

³ Приказ Минздравсоцразвития России от 23 июля 2010 г. № 541н «Об утверждении Единого квалификационного справочника должностей руководителей, специалистов и служащих, раздел «Квалификационные характеристики должностей работников в сфере здравоохранения» // Российская газета. 2010. 27 сент.; Приказ Минздрава России от 20 декабря 2012 г. № 1183н «Об утверждении

Следует заметить, что практика применения уголовного законодательства в отношении ятрогенных деяний связывает возможность привлечения медицинского работника к уголовной ответственности с необходимостью оценки качества оказанной (не оказанной или частично оказанной) медицинской помощи. В соответствии с п. 11 ст. 2 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан Российской Федерации» под качеством медицинской помощи понимается совокупность характеристик, отражающих своевременность оказания медицинской помощи, правильность выбора методов профилактики, диагностики, лечения и реабилитации при оказании медицинской помощи, степень достижения запланированного результата.

Закон № 323-ФЗ определяет, что медицинская помощь организуется и оказывается в соответствии с порядками оказания медицинской помощи, обязательными для исполнения на территории Российской Федерации всеми медицинскими организациями, на основе клинических рекомендаций⁴, а также с учетом стандартов медицинской помощи, за исключением медицинской помощи, оказываемой в рамках клинической апробации. Порядки оказания медицинской помощи определяют организационные вопросы ее оказания, а также их последовательность и своевременность. К таким порядкам относятся:

- порядки оказания медицинской помощи;
- порядки проведения медицинских осмотров, диспансеризации и диспансерного наблюдения;
- иные порядки.

Указанные документы утверждаются приказами Министерства здравоохранения Российской Федерации⁵.

Номенклатуры должностей медицинских работников и фармацевтических работников» // Российская газета. 2013. 27 марта; Приказ Минздрава России от 8 октября 2015 г. № 707н «Об утверждении Квалификационных требований к медицинским и фармацевтическим работникам с высшим образованием по направлению подготовки «Здравоохранение и медицинские науки». URL: <http://docs.cntd.ru/document/420310213> (дата обращения: 28.03.2020).

⁴ Организация и оказание медицинской помощи на основе клинических рекомендаций будет осуществляться с 1 января 2022 г. До 31 декабря 2021 г. применяются клинические рекомендации (протоколы лечения) по вопросам оказания медицинской помощи, утвержденные медицинскими профессиональными некоммерческими организациями (Федеральный закон от 25 декабря 2018 г. № 489-ФЗ «О внесении изменений в статью 40 Федерального закона «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» и Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» по вопросам клинических рекомендаций» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2018. № 53 (ч. I). Ст. 8415.

⁵ См., например: Приказ Минздрава России от 13 ноября 2012 г. № 910н «Об утверждении Порядка оказания медицинской помощи детям со стоматологическими заболеваниями» // Российская газета. 2013. 11 апр.

Стандарт медицинской помощи – это документ, определяющий совокупность различных медицинских услуг и лекарств, которые должны применяться для лечения пациента с конкретным заболеванием (заболеваниями).

Стандарты медицинской помощи разрабатываются на основе клинических рекомендаций и используются с усредненной частотой и кратностью их предоставления при каждом конкретном заболевании (состоянии)⁶.

Клинические рекомендации (протокол лечения) являются рекомендательным документом по оказанию медицинской помощи пациентам, который разрабатывается различными медицинскими организациями, имеющими существенный положительный опыт в лечении заболеваний определенного вида. Клинические рекомендации достаточно подробно описывают симптомы и течение заболевания, а также рекомендации по его лечению.

Анализ уголовного законодательства зарубежных стран о ятрогенных преступлениях

Уголовное законодательство *Германии* не содержит самостоятельных составов преступлений, предусматривающих ответственность за халатное лечение или отказ в предоставлении медицинской помощи [Brkic, B. and Brkic, I., 2017].

Ответственность медицинских работников в случае причинения ими смерти пациенту или телесных повреждений наступает в соответствии с § 222 или § 229 УК *Германии*. В указанных общих нормах субъективная сторона выражается небрежностью⁷.

В *Великобритании* условием привлечения к уголовной ответственности по английскому праву является «достаточно серьезная» медицинская ошибка, которая вызвала смерть пациента. При этом врач может быть привлечен к уголовной ответственности за «непредумышленное медицинское убийство» (medical manslaughter). Иные небрежные действия, какими бы безрассудными они ни были, если они не имели фатальных последствий, не являются преступлениями по английскому праву [McDowell, S. and Ferner, R., 2013].

Королевские прокуроры подвергают медицинских работников уголовному преследованию при наличии так называемой «грубой небрежности», определение которой отсутствует в английском праве и интерпретируется исключительно правоприменителем. Отдельные авторы

⁶ Стандарты медицинской помощи. URL: <https://www.rosminzdrav.ru/news/2017/09/05/6045-soobschenie-press-sluzhby-minzdrava-rossii> (дата обращения: 27.03.2020).

⁷ Уголовные кодексы зарубежных стран. URL: <http://crimpravo.ru/page/zar-uk/> (дата обращения 24.02.2020).

критикуют такой подход, полагая, что преступления, связанные с «грубой небрежностью», не поддаются никакому объективному и справедливому измерению и ответственность за них должна быть отменена [Quick, O., 2006].

Одним из основных факторов, объясняющих более широкую сферу применения криминализации медицинской халатности во Франции, является материальное уголовное право, которое, в отличие от английского права, включает в себя широкий спектр преступлений, совершаемых по халатности. УК Франции определяет, что *délit*⁸ (уголовный проступок) будет налицо в случаях безрассудства, небрежности или неспособности соблюдать обязательство должной заботы или предосторожности, налагаемое каким-либо нормативным предписанием, если будет установлено, что лицо, совершившее проступок, не выполнило в должной мере свои обязанности, принимая во внимание, где это уместно, характер таких обязанностей, функции и компетенцию такого лица, его полномочия и средства, на тот момент доступные ему (п. 3 ст. 121-3 УК Франции)⁹. Исследователи отмечают очень широкую степень криминализации неосторожного поведения в указанном определении – от безрассудства до халатности [Kazarian, M., Griffiths, D. and Brazier, M., 2011].

Таким образом, под указанное определение попадает широкий круг небрежных деяний, что обеспечивает основу для криминализации в том числе и медицинской халатности. Во Франции неумышленное и небрежное поведение, повлекшее за собой причинение вреда здоровью, квалифицируется как уголовный проступок. В иерархии неумышленных деяний во французском УК наиболее серьезным проступком, посягающим на телесную неприкосновенность человека, является непредумышленное убийство (*homicide involontaire*). Указанное преступление (ст. 221-6 УК Франции) допускает более широкие возможности для криминализации небрежности, поскольку оно включает «причинение смерти другому человеку в результате оплошности, небрежности, легкомыслия, безрассудства или нарушения правил безопасности или предосторожности, предписанных законами или нормативными актами»¹⁰.

⁸ *Délit* – одна из категорий преступного поведения в УК Франции. Во Франции преступные деяния классифицируются в зависимости от уровня их общественной опасности. Преступление – наиболее тяжкое деяние, *délit* представляет собой уголовный проступок, а *contraventions* – правонарушения (ст. 111-1 УК Франции). *Délit* наказывается лишением свободы сроком до 5 лет (ст. 131-4 УК Франции).

⁹ Code pénal (Dernière modification: 1 juin 2020). URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FB3FA7D573C4AB86FEDE946FA5449CF.tplgfr38s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149817&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20200706 (дата обращения: 14.05.2020).

¹⁰ Code pénal (Dernière modification: 1 juin 2020).

Преступления по неосторожности во Франции включают в себя также *blessures involontaires* (неумышленные травмы), *non-assistance à personne en danger* (оставление в опасности) и *mise en danger délibérée d'autrui* (преднамеренное подвергание опасности других людей).

В настоящее время официальных статистических данных о количестве врачей, привлеченных к уголовной ответственности или осужденных за уголовные преступления во Франции, нет, но некоторые исследователи полагают, что составы о непредумышленном убийстве и *blessures involontaires* часто применяются в отношении врачей, допустивших халатность, повлекшую причинение вреда жизни и здоровью [Daury-Fauveau, M., 2003].

По оценкам специалистов, в период с 80-х гг. до конца 90-х гг. прошлого века количество судебных разбирательств в отношении французских врачей увеличилось и с тех пор оно остается стабильным на уровне примерно 25 дел в год. Из числа подсудимых, представших перед судом, 39,2% были признаны виновными. Наиболее часто уголовному преследованию подвергаются акушеры-гинекологи (13%), реаниматологи-анестезиологи (11%), врачи общей практики (6,7%), которые совершают такие ятрогенные деяния, как непредумышленное убийство (36,5%), непреднамеренные травмы (11,5%) [Faisant, M., et al., 2017].

1 апреля 2017 г. в Италии вступил в силу Закон № 24/1207 «О безопасности лиц, которым оказывается медицинская помощь, и о профессиональной ответственности медицинских работников», более известный как «Закон Гелли» [Vismara, L., 2017].

Указанным актом в УК Италии была введена ст. 590-sexies, которая установила ответственность за непредумышленное убийство (*omicidio colposo*), а также причинение телесных повреждений по неосторожности (*lesioni personali colpose*) в случае совершения этих преступлений при оказании медицинских услуг. Перечисленные деяния самостоятельно закреплены в ст. 589 и 590 УК Италии, поэтому новая статья является специальной по отношению к данным составам в силу наличия особого субъекта – медицинского работника. По статье 590-sexies ответственность медицинского работника наступает в случае, если он совершил преступное деяние по легкой небрежности (*colpa lieve*) и/или неопытности (*imperizia*), при условии, что медицинский работник действовал в соответствии с рекомендациями, изложенными в определенных руководящих принципах и с учетом специфики дела. Как следствие, если указанные рекомендации соблюдаются, то медицинские работники наказываются только в случаях серьезного проступка (*colpa grave*), неосторожности (*imprudenza*) и/или халатности (*negligenza*).

Руководящие принципы утверждаются и обновляются в соответствии с законодательством Италии, подготавливаются государственными и частными органами и учреждениями, а также научными компаниями и научно-техническими ассоциациями медицинских профессий,

включенных в реестр, регулируемый указами министра здравоохранения Италии. Такие руководящие принципы включены в национальную систему руководящих принципов (SNAG), опубликованную на веб-сайте итальянского Высшего института здравоохранения¹¹. В отсутствие руководящих принципов специалисты должны придерживаться надлежащей клинической практики.

По мнению итальянских исследователей [Rusci, E., 2018], руководящие принципы представляют собой полезный инструмент для судьи, но не исключают его дискреционных полномочий. Такие руководящие принципы не могут считаться обязательными для правоприменителя, который в каждом случае должен оценить, могут ли рекомендации, изложенные в руководящих принципах, применяться к конкретному делу. Таким образом, судья сможет рассмотреть вопрос о том, требовали ли обстоятельства иного поведения медицинского работника (например, в случае, если ему пришлось столкнуться с чрезвычайной ситуацией).

В статьях 307–308 УК *Голландии* неосторожное или небрежное причинение смерти или тяжкого телесного повреждения наказывается тюремным заключением на срок до 9 и 6 месяцев соответственно или штрафом четвертой категории. Если это связано с профессиональными функциями виновного, то срок тюремного заключения может быть увеличен на одну треть, также возможно лишение права заниматься профессиональной деятельностью: судебное решение может быть опубликовано¹².

В *Швейцарии* уголовная ответственность врача наступает по общим нормам, предусматривающим ответственность за неосторожные действия, повлекшие телесные повреждения либо смерть пациента (его непредумышленное убийство) в соответствии со ст. 125 и 117 УК Швейцарии [McLennan, S. and Elger, B., 2014].

В *Японии* ятрогенные деликты квалифицируются по ст. 211 Уголовного кодекса как убийство или телесное повреждение по неосторожности при осуществлении профессиональной деятельности. Норма, предусматривающая ответственность за заражение ВИЧ-инфекцией, в японском УК отсутствует.

Почти весь XX в. в Японии господствовала патерналистская парадигма, распространявшаяся в том числе и на медицинскую сферу. Тем не менее в XXI в. отношение к медицине изменилось, вызвав волну социальной озабоченности проблемой медицинских ошибок. Последние изменения в японском законодательстве и правоприменении связаны с обязательным получением медицинскими организациями от пациен-

¹¹ URL: <https://www.iss.it/> (дата обращения: 16.05.2020).

¹² Wetboek van Strafrecht. Geldend van 01-01-2017 t/m heden. URL: http://europam.eu/data/mechanisms/FD/FD%20Laws/Netherlands/Netherlands_Criminal%20code_1881_amended%202016_NL.pdf (дата обращения: 20.05.2020).

та информированного согласия о проводимых манипуляциях; увеличением числа исков о злоупотреблении служебным положением, а также количества адвокатов, специализирующихся на делах о медицинских ошибках; более эффективным рассмотрением специализированными судьями исков и ускоренными сроками судебных разбирательств; широким освещением уголовного преследования медицинского персонала.

Министерство здравоохранения Японии реализует заслуживающий внимания типовой проект, суть которого состоит в привлечении независимых специалистов для расследования и анализа возможных ятрогенных смертей в больницах, чтобы вернуть доверие общественности к медицинским учреждениям и их способности честно оценивать свои ошибки и совершенствовать систему обеспечения безопасности пациентов, и предложило общенациональную систему экспертной оценки, основанную на методиках, изложенных в указанном проекте [Leflar, R., 2009].

В уголовном законодательстве *бывших советских республик* установлена ответственность медицинских работников как самостоятельных субъектов преступления за ненадлежащее выполнение ими профессиональных обязанностей, повлекшее по неосторожности причинение смерти, вреда здоровью либо заражение другого лица ВИЧ-инфекцией. В частности, такие положения есть в УК Беларуси (ст. 162), УК Казахстана (ст. 317), УК Украины (ст. 131, 140) [Gornostay, A., Ivantsova, A. and Mykhailichenko, T., 2019], УК Латвии (ст. 138)¹³, УК Армении (ст. 130)¹⁴.

В УК *Азербайджана* ответственность за причинение вреда здоровью или смерти по неосторожности предусматривается в общих нормах: убийство по неосторожности (ст. 124), причинение вреда здоровью по неосторожности (ст. 131). Тем не менее медицинский работник несет ответственность за заражение ВИЧ-инфекцией как за ненадлежащее исполнение лицом своих служебных обязанностей (ст. 140)¹⁵.

В *Соединенных Штатах*, равно как и в большинстве стран Европы, проблема врачебных ошибок и их последствий давно решается различными путями. Основным из них является возмещение причиненного пациенту ущерба на основе деликтного, страхового законодательства и применения соответствующих мер воздействия к врачам через профессиональные механизмы регулирования [Dute, J., Faure, M. and Koziol, H., 2004]. Уголовное законодательство применяется в исключи-

¹³ Kriminālikums // Latvijas Vēstnesis. 1998. Nr. 199/200. URL: <https://www.vestnesis.lv/ta/id/88966-kriminallikums>

¹⁴ Уголовный кодекс Республики Армения // Официальный сайт Национального Собрания Республики Армения. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1349&lang=rus> (дата обращения: 24.05.2020).

¹⁵ Уголовный кодекс Азербайджанской Республики от 30 декабря 1999 г. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=2670 (дата обращения: 20.05.2020).

тельных случаях, когда небрежность врача приводит к смерти пациента или серьезному увечью.

В США давно используется термин «оборонительная медицина», означающий медицинскую практику, основанную на страхе юридической ответственности врача, а не на его действиях в интересах пациентов [Kessler, D., Summerton, N. and Graham, J., 2006]. Ситуации, когда врачи перестраховываются и назначают излишнее количество медицинских исследований и анализов, возникают ежедневно практически во всех больницах скорой помощи США. Врачи боятся пропустить диагноз, который позже может привести к судебному иску о халатности и предъявлению многомиллионных требований о компенсации [Arooova, C. and Gunderman, R., 2008].

Примерный уголовный кодекс США в ст. 2.02. (2) (с) дает определение двум видам неосторожного поведения: легкомыслию (recklessness) и небрежности (negligence). В первом случае лицо, зная о соответствующих правилах, грубо отклоняется от их соблюдения, рассчитывая на ненаступление вредных последствий, во втором случае лицо не предвидит наступление преступного результата, хотя должно было при сложившихся обстоятельствах осознавать рискованность своего поведения [Блинов, А.Г., 2010, с. 125–126].

Американские исследователи по-разному относятся к применению уголовного закона к медицинским работникам за совершение врачебных ошибок. Так, по мнению Ф. Макдональда [McDonald, F., 2008], установление уголовной ответственности за небрежность для тех, чье призвание помогать, а не причинять вред, представляется спорным. Другие авторы предлагают применение уголовных санкций в отношении практикующих врачей, которые проявили халатность, на том основании, что виновные могли действовать в соответствии с установленными стандартами поведения, но не сделали этого. Сторонники уголовной ответственности за проявления халатности утверждают, что угроза уголовных санкций содержит в себе огромный позитивный потенциал, так как способствует повышению качества оказываемых медицинских услуг [Monico, E., et al., 2007].

Анализ практики применения уголовного законодательства о ятрогенных преступлениях в России

При отнесении того или иного преступного деяния к категории «ятрогенное» следует определить, что его объектом будут выступать жизнь (ч. 2 ст. 109 УК РФ) или здоровье личности (ч. 2 ст. 118 и ч. 4 ст. 122, ст. 124 УК РФ). Условно относя ст. 238 УК РФ к рассматриваемой нами группе преступлений, следует определить, что ее объектом выступает здоровье населения. В квалифицированных составах ст. 124 и 238 УК РФ выделяется также дополнительный объект – жизнь человека.

В литературе высказывается мнение о том, что «социальная значимость и относительная обособленность прав и свобод пациента как объекта уголовно-правовой охраны позволяет возвести группу преступлений (посягающих на этот объект. – Р.И., В.З.) в ранг самостоятельной главы разд. VII УК РФ» [Блинов, А.Г., 2012, с. 67]. Считаем такую точку зрения спорной и необоснованной как с позиции той миссии, которую несут врачи, так и ориентируясь на имеющийся зарубежный опыт уголовно-правовой охраны прав и свобод пациентов, исключающий излишнюю репрессию.

Объективная сторона ятрогенных преступлений может быть выражена как в действии, так и в бездействии.

Объективная сторона преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 109 УК РФ и ч. 2 ст. 118 УК РФ, будет выражаться в совершении деяний, которые нарушают соответствующие предписания порядков, стандартов и клинических рекомендаций оказания медицинской помощи как в сфере ошибочной тактики лечения или диагностики, так и в количественном аспекте. Иллюстрацией служат следующие случаи.

30 ноября 2017 г. врачом-хирургом ГБУЗ «Городищенская ЦРБ» И. пациентке Х., проходившей стационарное лечение в общей палате хирургического отделения, было назначено производство катетеризации эпидурального пространства с введением препарата «Лидокаин» (далее – эпидуральная анестезия). Осуществить назначение И. должен был врач анестезиолог-реаниматолог У.

У. как специалисту было достоверно известно, что общая палата хирургического отделения больницы не приспособлена для производства эпидуральных анестезий, не стандартизирована для этого и не оснащена необходимыми средствами наблюдения за состоянием пациента, а также средствами реанимации и интенсивной терапии, предусмотренными Приложением № 9 к Порядку оказания медицинской помощи взрослому населению по профилю «Хирургия». Тем не менее У. выполнил назначение И. в общей палате. В течение пяти минут после постановки эпидуральной анестезии У. не замечал развившееся у пациентки Х. осложнение в виде острой сердечной недостаточности и остановки функций дыхания.

Поскольку общая палата не имела соответствующего оборудования, реанимация Х. была начата несвоевременно, уже после утраты ею функций дыхания и развития у нее острой сердечной недостаточности, что повлекло в дальнейшем смерть пациентки¹⁶.

В другом случае Г., исполняя обязанности заведующего инфекционного отделения МУЗ «Усть-Ишимская ЦРБ», осуществляя непосредственное руководство деятельностью инфекционного отделения и подчиненного ему медицинского персонала, будучи дежурным врачом, дал устное указание

¹⁶ Приговор Городищенского районного суда Волгоградской области по делу № 1-31/2019 от 19 апреля 2019 г. URL: <http://судебныерешения.рф/43585249> (дата обращения: 28.04.2020).

находящейся на дежурстве медицинской сестре А. произвести фиксацию к кровати с помощью медицинских вязок П., доставленного с диагнозом: «Алкогольная интоксикация, алкогольный делирий» в приемное отделение больницы бригадой скорой медицинской помощи.

А., исполняя устное указание Г., привязала к кровати П. медицинскими вязками в области кистевых суставов обеих рук, в области подмышек попеременно груди и в области голеностопных суставов обеих ног.

После этого Г. и А., в нарушение установленных правил осуществления лечебных мероприятий по купированию алкогольного делирия, не уделили должного внимания контролю степени фиксации П. В результате их бездействия П. были причинены телесные повреждения: двусторонний плексит, который причинил тяжкий вред его здоровью по критерию «стойкая утрата общей трудоспособности свыше 30%»¹⁷.

Объективная сторона ч. 4 ст. 122 УК РФ заключается в действии (использование нестерилизованного многоразового медицинского инструмента и оборудования, ненадлежащее обследование донорской крови на ВИЧ-инфекцию и т. д.) или бездействии (несоблюдение правил асептики и антисептики, несоблюдение правил хранения и утилизации биологического материала, зараженного вирусом иммунодефицита).

Так, 10 августа 2005 г. в Областной клинической больнице № 1 г. Екатеринбурга хирургами была произведена пересадка почки от донора, инфицированного ВИЧ. В нарушение существующих стандартов проведения такой операции анализ на ВИЧ-инфекцию органа, подвергшегося трансплантации, не был сделан [Галюкова, М.И., 2010, с. 155].

Часть 4 ст. 122 УК РФ устанавливает ответственность за заражение ВИЧ-инфекцией. Под заражением следует понимать проникновение возбудителя инфекционной болезни в организм человека или животного, приводящее к развитию той или иной формы инфекционного процесса (болезнь, носительство возбудителей инфекций)¹⁸.

Анализируя ст. 124 УК Российской Федерации, необходимо обратить внимание на дискуссионность такого признака этого состава, как «потерпевший». Буквальное содержание нормы определяет потерпевшего термином «больной». Основным подходом в толковании этого термина является ссылка на международные нормативные акты, в частности Конвенцию Международной Организации Труда № 130, положения которой определяют больного как лицо, которое находится в «болезненном состоянии, независимо от причины его возникновения»¹⁹. Однако

¹⁷ Приговор Усть-Ишимского районного суда по делу № 10-1/2011 от 2 февраля 2011 г. URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 28.04.2020).

¹⁸ Словарь медицинских терминов. URL: <https://medicinskie-terminy.slovaronline.com/10970-ZARAZHENIE> (дата обращения: 26.04.2020).

¹⁹ Конвенция Международной Организации Труда № 130 «О медицинской помощи и пособиях по болезни» (Женева, 4 июня 1969 г.) // Конвенции и рекоменда-

такое понимание термина «больной» выводит из этого понятия и, соответственно, из категории потерпевших от этого преступления беременных, которые нуждаются в срочной медицинской помощи, например при стремительных родах. Ведь беременная женщина в соответствии с приведенным выше определением не является больной.

Поэтому мы солидаризируемся с мнением Д.Ю. Мамонтова, полагающего, что «больным» в анализируемом составе следует признавать любое лицо, заболевшее болезнью или находящееся в опасном для жизни или здоровья положении, вызванном несчастным случаем, поведением людей, естественными процессами, происходящими в организме, и нуждающееся в оказании медико-фармацевтической помощи [Мамонтов, Д.Ю., 2009, с. 105].

Объективная сторона ст. 124 УК РФ выражается бездействием. Не оказание помощи состоит в отказе субъекта преступления осуществлять какие-либо мероприятия, направленные на оказание медицинской помощи. Если речь идет о том, что помощь была оказана, однако она не соответствует порядкам или стандартам ее оказания или выполнена не в полном объеме, то состав анализируемого преступления отсутствует. При наступлении соответствующих последствий медицинский работник будет нести ответственность по ч. 2 ст. 109 или ч. 2 ст. 118 УК РФ.

Примечательно в этом плане апелляционное постановление Воронежского областного суда по жалобе А.²⁰ Судом первой инстанции А. был осужден по ч. 2 ст. 124 УК РФ за совершение преступления при следующих обстоятельствах.

16 марта 2016 г. в 13 часов 05 минут в приемное отделение БУЗ ВО «ВГКБСМП № 10» г. Воронежа был доставлен пострадавший в дорожно-транспортном происшествии И., который в этот же день в 13 часов 25 минут был госпитализирован в нейрохирургическое отделение больницы, где в качестве его лечащего врача был определен ответственный дежурный врач А.

А. после первичного осмотра пациента в приемном отделении больницы в период времени с 13 часов 25 минут 16.03.2016 до 8 часов 17.03.2016 без уважительных причин не оказал ему медицинскую помощь после выполнения первичных диагностических мероприятий, а именно: не осуществил динамического наблюдения за ним, не провел осмотры больного и т. д., что привело к смерти И.

В апелляционной жалобе, помимо прочего, осужденный А. указывал на то, что объективную сторону преступления, предусмотренного ст. 124 УК Российской Федерации, составляет полное бездействие, между тем как не-

ции, принятые Международной Конференцией Труда. 1957–1990. Т. 2. Женева : Междунар. бюро труда, 1991. С. 236.

²⁰ Апелляционное постановление Воронежского областного суда № 22-365/2018 от 6 марта 2018 г. URL: <https://sudact.ru/regular/court/I9rbWxoGk61l/> (дата обращения: 02.04.2020).

надлежащее оказание медицинской помощи не характеризует объективную сторону указанного деяния, утверждал, что он не бездействовал в отношении больного И., приглашал для консультации врачей-специалистов, уточнял результаты анализов, инструментальных исследований и т. д.

В мотивировочной части апелляционного постановления суд указал, что квалификация действий А. по ч. 2 ст. 124 УК РФ как неоказания помощи больному без уважительных причин лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законом или специальным правилом, если это повлекло по неосторожности смерть больного, является правильной.

Обосновывая такую позицию, суд отметил, что объективная сторона преступления, предусмотренного ст. 124 УК РФ, характеризуется только бездействием, а по ч. 2 ст. 109 УК РФ могут быть квалифицированы неосторожные действия врача при оказании медицинской помощи (например, введение лекарственного препарата в превышенной дозировке, неправильные действия в ходе хирургического вмешательства или иной манипуляции и тому подобное).

Непрофессиональные действия медицинских работников также могут попадать в сферу действия ст. 238 УК РФ «Производство, хранение, перевозка либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности жизни или здоровья потребителей». Предметом преступления в указанной норме будут выступать медицинские услуги, не отвечающие требованиям безопасности жизни или здоровья потребителей, а также официальные документы, удостоверяющие соответствие оказываемых медицинских услуг требованиям безопасности [Берестовой, А.Н., 2018, с. 71].

Исходя из содержания упоминавшегося выше п. 3 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» понятие «медицинские услуги» законодатель придает самостоятельное юридическое значение, отграничивающее их от медицинской помощи, что, соответственно, должно влечь иную уголовно-правовую оценку нарушений в сфере оказания таких услуг.

Упоминание в диспозиции ч. 1 ст. 238 УК РФ о потребителе как о потерпевшем по данному составу приводит к выводу о необходимости обращения к Закону Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей»²¹, тем более что в соответствии с п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» к отношениям по предоставлению гражданам медицинских услуг, оказываемых медицинскими организациями в рамках добровольного и обязательного медицинского страхования, применяется законодательство о защите прав потребителей²².

²¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 3. Ст. 140.

²² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2012. № 9.

В соответствии с положениями указанного выше Закона, применимыми к анализируемой норме УК РФ, под «не отвечающими требованиям безопасности» следует понимать услуги, оказанные способами, влекущими недопустимый риск причинения смерти или тяжкого вреда здоровью потребителям и иным лицам в результате их использования способами, нарушающими требования безопасности, характеризующимися наличием недопустимого риска причинения смерти человеку или причинения тяжкого вреда здоровью.

Пленум Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» определяет услугу как действие (комплекс действий), совершаемое исполнителем в интересах и по заказу потребителя в целях, для которых услуга такого рода обычно используется, либо отвечающее целям, о которых исполнитель был поставлен в известность потребителем при заключении возмездного договора.

С целью разграничения терминов «медицинская услуга» и «медицинская помощь» целесообразно обратиться к ныне утратившему силу документу – Правилам предоставления платных медицинских услуг населению медицинскими учреждениями (утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 13 января 1996 г. № 27)²³. Пункт 1 указанного документа содержит указание на то, что Правила определяют порядок и условия предоставления *платных медицинских услуг населению, дополнительных к гарантированному объему бесплатной медицинской помощи*. Иными словами, медицинские услуги осуществляются на платной основе, а помощь должна оказываться бесплатно.

Новая редакция Правил лишь подтверждает этот вывод, предусматривая, что при заключении *договора на оказание платных медицинских услуг* потребителю (заказчику) предоставляется в доступной форме информация о возможности получения соответствующих *видов и объемов медицинской помощи без взимания платы* в рамках программы государственных гарантий бесплатного оказания гражданам *медицинской помощи* и территориальной программы государственных гарантий бесплатного оказания гражданам *медицинской помощи*. При этом отказ потребителя от заключения договора не может быть причиной уменьшения *видов и объемов медицинской помощи, предоставляемых такому потребителю без взимания платы* в рамках программы и территориальной программы²⁴.

²³ Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 3. Ст. 194.

²⁴ Постановление Правительства Российской Федерации от 4 октября 2012 г. № 1006 «Об утверждении Правил предоставления медицинскими организациями платных медицинских услуг» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 41. Ст. 5628.

Часть 2 ст. 19 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» прямо предусматривает, что каждый имеет право на медицинскую помощь в гарантированном объеме, оказываемую без взимания платы в соответствии с программой государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи, а также на получение платных медицинских услуг и иных услуг, в том числе в соответствии с договором добровольного медицинского страхования.

Тем не менее такой подход, который с относительной определенностью следует из действующего законодательства, практикой применения ст. 238 УК РФ в исследуемой области не разделяется.

Так, приговором Сосновоборского городского суда Ленинградской области М-на была осуждена по ч. 1 ст. 238 УК РФ. Являясь врачом акушером-гинекологом ФГУЗ ЦМСЧ-38 ФМБА России по г. Сосновый Бор, 15 марта 2008 г. М-на заступила на дежурство в родильное отделение и отделение патологии указанной медицинской организации. По мнению судебной инстанции, она оказала М. медицинскую услугу «ведение родов» ненадлежащего качества. Указанная услуга осуществлялась на основании договора обязательного медицинского страхования работающих граждан (страховой полис ОМС).

В 20 часов 45 минут в родильном отделении указанной медицинской организации при несвоевременном решении врачом акушером-гинекологом М-ной и запоздалом проведении операции «кесарево сечение» (в 20 часов 45 минут вместо 14 часов) у беременной М. в результате оперативного вмешательства родился живой, доношенный ребенок, в тяжелом состоянии, обусловленном пневмонией смешанного генеза, тугим обвитием пуповины вокруг шеи, приведшими к асфиксии, вызвавшей поражение центральной нервной системы средней тяжести.

В показаниях, данных в ходе судебного заседания, М-на пояснила, что не согласна с предъявленным обвинением, поскольку считает, что она оказывала М. не медицинскую услугу, а оказывала помощь. Помощь ею была оказана в полном объеме, но поскольку у ребенка имелось в наличии тяжелое заболевание в виде герпесной инфекции, о котором на момент родов ей не было известно, то она не могла предвидеть такие последствия.

Позицию М-ной, не признавшей свою вину в оказании услуг, не отвечающих требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей, считавшей, что она работала в медицинском учреждении врачом и не заключала с М. возмездного договора, не оказывала ей услуги, а оказывала медицинскую помощь, суд признал несостоятельной. Характеризуя вину М-ной в содеянном, суд указал, что она «действовала с **прямым умыслом, оказывая медицинскую услугу по ведению родов, однако не осознавала по легкомыслию и небрежности наступление тяжких последствий от своих действий**»²⁵.

²⁵ Приговор Сосновоборского городского суда Ленинградской области по делу № 1-83/2010 от 29 декабря 2010 г. URL: http://infocourt.ru/car_sosnovoborsky-

Полагаем, что приговор суда в данном случае мотивирован недостаточно. Во-первых, не дана полная оценка показаниям подсудимой относительно оказания ею медицинской услуги или помощи, от чего, безусловно, зависит и квалификация деяния. Во-вторых, характеристика субъективной стороны содеянного не выдерживает критики: из представленной формулировки следует, что оказание медицинской услуги «с прямым умыслом» является уже практически преступлением.

В соответствии с Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 июня 2019 г. № 18 «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьей 238 Уголовного кодекса Российской Федерации» «деяния, перечисленные в статье 238 УК РФ, характеризуются умышленной формой вины, в связи с чем при решении вопроса о наличии в действиях (бездействии) лица состава такого преступления суду необходимо устанавливать, что несоответствие... оказания услуг требованиям безопасности охватывалось его умыслом»²⁶.

Как справедливо указано в апелляционном постановлении Краснодарского краевого суда по делу А., деяния которого были переквалифицированы с п. «в» ч. 2 ст. 238 УК РФ на ч. 2 ст. 109 УК РФ, непосредственным объектом преступления, предусмотренного п. «в» ч. 2 ст. 238 УК РФ, являются отношения, обеспечивающие охрану жизни и здоровья населения. Действия медицинских работников могут быть квалифицированы по п. «в» ч. 2 ст. 238 УК РФ только в случае заключения договора на оказание медицинских услуг (как правило, возмездного), когда характер работ и условия их выполнения устанавливаются непосредственно договором. Ответственность за предусмотренное преступление возможна лишь при условии доказанности не только самого факта выполнения работ или оказания услуг, но и опасности этих действий для жизни или здоровья пациента, а также осознания лицом, оказавшим эти услуги, характера своих действий и их несоответствия требованиям безопасности»²⁷.

Субъективная сторона преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 109 УК РФ и ч. 2 ст. 118 УК РФ, характеризуется неосторожной формой вины.

Что касается субъективной стороны заражения другого лица ВИЧ-инфекцией вследствие ненадлежащего исполнения лицом своих профессиональных обязанностей (ч. 4 ст. 122 УК РФ), то единства по этому поводу в научной среде нет.

lo.leningradobl.szfo/ug/1679322/obvinitelnyy-prigovor-v-otnoshenii-manyakinoy-ti-po-st-238-ch-1-uk-rf-s-osvobozhdeniem-ot-otbyvaniya.html (дата обращения: 18.04.2020).

²⁶ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 9.

²⁷ Апелляционное постановление Краснодарского краевого суда от 8 февраля 2017 г. по делу № 22-782/2017. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/kzQUEmEwG8JX/> (дата обращения: 19.04.2020).

А.С. Харламов полагает, что субъективная сторона этого деяния выражена неосторожной формой вины²⁸.

Ю.Е. Пудовочкин, ссылаясь на положения ч. 2 ст. 24 УК РФ, справедливо утверждает, что субъективная сторона ч. 4 ст. 122 УК РФ может проявляться как в форме умысла, так и в форме неосторожности²⁹.

Н.А. Огнерубов высказывает уточненную позицию, согласно которой субъективная сторона анализируемого деяния характеризуется виной в виде косвенного умысла либо неосторожности, так как вряд ли медицинский работник желает наступления последствий в виде заражения пациента ВИЧ-инфекцией [Огнерубов, Н.А., 2010, с. 85–87].

Оригинальна позиция Г.Р. Колоколова, считающего, что субъективная сторона ч. 4 ст. 122 УК РФ характеризуется виной в форме неосторожности (легкомыслия, небрежности), а при наличии умысла ответственность должна наступать по совокупности преступлений, включая умышленное (либо неосторожное) причинение тяжкого вреда здоровью [Колоколов, Г.Р., 2008, с. 111].

Применительно к ст. 124 УК РФ имеет место смешанная форма вины: умысел (как прямой, так и косвенный) в отношении бездействия-невмешательства и неосторожность – в отношении последствий.

Мы уже упоминали о субъективной стороне ст. 238 УК РФ. С позиции конструкции статьи в первой части предполагается наличие умысла, в квалифицированных составах присутствует смешанная форма вины: умысел по отношению к оказанию медицинской услуги, не соответствующей требованиям безопасности, и неосторожность по отношению к последствиям в виде причинения вреда здоровью или смерти пациента. Это деяние в целом совершается умышленно. По нашему мнению, умысел в этом составе может быть только косвенный. В случае обнаружения прямого умысла деяние следует квалифицировать как умышленное причинение вреда здоровью в зависимости от степени тяжести.

Субъект ятрогенных преступлений – специальный. Им является лицо, обладающее соответствующим правовым статусом. В качестве такового выступает физическое лицо, получившее соответствующее медицинское образование, имеющее сертификат (свидетельство об аккредитации) специалиста, действующее на основании заключенного трудового договора или лицензии на осуществление частной медицинской практики.

К числу субъектов анализируемых преступлений необходимо отнести врачей и средний медицинский персонал (фельдшер, санинструктор, медсестра или медбрат, акушер, дантист). Исходя из предписаний

²⁸ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Г.Н. Борзенков и др. ; отв. ред. В.М. Лебедев. 13-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2013. С. 688.

²⁹ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А. В. Бриллиантов и др. ; под ред. А.В. Бриллиантова. М. : Проспект, 2010. С. 343.

нормативных актов, определяющих профессиональные обязанности медицинских работников, к числу субъектов также можно относить и младший медицинский персонал (младшая медицинская сестра по уходу за больными, санитар).

Обсуждение и заключение

Действия медицинских работников, результаты которых приводят к причинению вреда здоровью и жизни пациентов, делятся на три вида: врачебные ошибки, несчастные случаи и ятрогенные преступления.

Врачебная ошибка – это объективное явление, состоящее в невиновном причинении вреда здоровью пациента медицинским работником в силу недостаточной изученности этиологии или характера течения заболевания либо возможности диагностирования болезни; нетипичного характера заболевания; аномалий органов, индивидуальных особенностей организма пациента. Врачебные ошибки в чистом виде не должны рассматриваться с уголовно-правовой позиции.

Несчастный случай – неблагоприятные последствия врачебного вмешательства, обусловленные влиянием случайных обстоятельств, предвидеть или предотвратить которые было невозможно. Все действия врача при этом должны соответствовать правилам и клиническим рекомендациям.

Под ятрогенными преступлениями следует понимать общественно опасные деяния, совершаемые медицинскими работниками при оказании медицинской помощи (услуг), по неосторожности причиняющие пациенту вред здоровью или смерть.

Умышленное совершение медицинским работником ятрогенного деяния с точки зрения уголовного права следует рассматривать либо через призму крайней необходимости или обоснованного риска (что исключает преступность такого деяния), или как общеуголовное преступление (например, удаление органа пациента с целью его последующей продажи).

Современное уголовное законодательство не использует понятия «ятрогенное преступление» или «врачебная ошибка». Суть этих явлений в отдельных правовых семьях и даже странах, входящих в одну правовую семью, понимается по-разному: это причинение смерти или вреда здоровью пациента по безрассудности, неосторожности, невнимательности, неопытности, халатности или в связи с отсутствием профессионализма, или вследствие ненадлежащего исполнения медицинскими работниками профессиональных обязанностей, либо как неосторожное убийство или телесное повреждение.

Полагаем, что в УК РФ к числу ятрогенных (в «чистом» виде, без каких-либо условий) следует относить деяния, предусмотренные: ч. 2 ст. 109 «Причинение смерти по неосторожности»; ч. 2 ст. 118 «Причине-

ние тяжкого вреда по неосторожности»; ч. 4 ст. 122 «Заражение ВИЧ-инфекцией»; ст. 124 «Неоказание помощи больному».

При оценке деяния врача или иного медицинского работника, при поступлении соответствующей жалобы в правоохранительные органы следует также учитывать фактор «пациентского экстремизма», т. е. желания пациента получить от клиники материальную выгоду с помощью угроз (обратиться в СМИ, написать жалобу) или судебных исков.

Полагаем, что решение проблемы противодействия ятрогенным преступлениям не может быть связано с усилением или расширением уголовной репрессии. Уголовный закон должен применяться в отношении врача (медицинского работника) в исключительных случаях. Ответственность врачей должна наступать только за те деяния, которые грубо нарушают установленные порядки, стандарты и клинические рекомендации и влекут наступление тяжкого вреда здоровью или смерти пациента по неосторожности.

Заявленный вклад авторов

Иванченко Роман Борисович – сбор и систематизация данных; анализ и обобщение результатов исследования.

Заряев Вячеслав Александрович – обзор литературы по исследуемой проблеме, обобщение результатов исследования.

Список использованной литературы

Берестовой А.Н. Проблемы квалификации действий медицинских работников, выполняющих работы или оказывающих услуги, не отвечающих требованиям безопасности // Вестник Восточносибирского института МВД России. 2018. № 3. С. 70–76.

Блинов А.Г. Права и свободы пациента как объект уголовно-правовой охраны // Журнал российского права. 2012. № 8. С. 57–68.

Блинов А.Г. Уголовно-правовая охрана пациента в международном и зарубежном законодательстве / под ред. Б.Т. Разгильдиева. М. : Юрлитинформ, 2010. 168 с.

Галюкова М.И. Преступления против здоровья человека: теория, правоприменение, законотворчество : моногр. Челябинск : Энциклопедия ; Омск : Омск. акад. МВД России, 2010. 331 с.

Канунникова Л.В., Фролова Е.В., Фролов Я.А. О правовых проблемах врачебной (медицинской) ошибки // Медицинское право. 2003. № 2. С. 22–23.

Клейменов М.П., Сенокосова Е.К. Угрозы криминологической безопасности системы оказания медицинской помощи и их класси-

фикация // Всероссийский криминологический журнал. 2017. Т. 11, № 4. С. 696–705.

Колоколов Г.Р. Медицинские услуги: как пациенту отстоять свои интересы. М. : Омега-А, 2008, 168 с.

Мамонтов Д.Ю. Актуальные вопросы применения нормы, устанавливающей уголовную ответственность за неоказание помощи больному // Бизнес в законе. 2009. № 3. С. 105–107.

Мирошниченко Н.В. Причинение медицинскими работниками смерти и вреда здоровью пациентов: уголовно-правовые аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007. 22 с.

Мирошниченко Н.В., Пудовочкин Ю.Е. Преступления, связанные с нарушением профессиональных функций: понятие, признаки и виды // Журнал российского права. 2012. № 4. С. 33–43.

Никитина И.О. Преступления в сфере здравоохранения (законодательство, юридический анализ, квалификация, причины и меры предупреждения) : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. 270 с.

Огнерубов Н.А. Ятрогении в медицинской деятельности: уголовно-правовой аспект : моногр. Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2010. 140 с.

Трунов И.А. Врачебная ошибка, преступление, проступок // Человек: преступление и наказание. 2010. № 1. С. 34–41.

Apoorva C., Gunderman R. Defensive medicine. Prevalence, implications, and recommendations // Academic Radiology. 2008. Vol. 15, issue 7. P. 948–949. URL: [https://www.academicradiology.org/article/S1076-6332\(08\)00051-2/fulltext](https://www.academicradiology.org/article/S1076-6332(08)00051-2/fulltext) (дата обращения: 21.05.2020).

Brkic B., Brkic I. Criminal liability of medical doctors de lege lata and criminal law challenges de lege ferenda // Varazdin Development and Entrepreneurship Agency. 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development – “The Legal Challenges of Modern World”. Split, Croatia, 29–30 June 2017. URL: https://bib.irb.hr/datoteka/884078.esd_Book_of_Proceedings_Split_2017_doc_Online.pdf#page=419 (дата обращения: 30.03.2020).

Daury-Fauveau M. La responsabilité pénale du médecin. Essentiel. Bordeaux : Les études hospitalières, 2003.

Dute J., Faure M., Koziol H. No fault compensation in the health care sector (Tort and insurance law). 1st ed. Wien ; New York : Springer, 2004.

Faisant M., Papin-Lefebvre F., Rérolle C., Saint-Martin P., Rougé-Mailart C. Twenty-five years of French jurisprudence in criminal medical liability // Medicine, Science and the Law. 2017. Vol. 58, issue 1.

P. 39–46. URL: <https://doi.org/10.1177/0025802417737402> (дата обращения: 21.05.2020).

Gornostay A., Ivantsova A., Mykhailichenko T. Medical error and liability for it in some post-soviet countries (Belarus, Kazakhstan, Moldova, Ukraine) // *Wiadomości Lekarskie*. 2019. T. LXXII, nr 5. Cz I. P. 877–882.

Kazarian M., Griffiths D., Brazier M. Criminal responsibility for medical malpractice in France // *Journal of Professional Negligence*. 2011. Vol. 27, no. 4. P. 188–199. URL: https://www.academia.edu/1520085/Criminal_Responsability_for_Medical_Malpractice_in_France (дата обращения: 20.05.2020).

Kessler D., Summerton N., Graham J. Effects of the medical liability system in Australia, the UK, and the USA // *The Lancet*. 2006. Vol. 368, issue 9531. P. 240–246. URL: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140673606690454> (дата обращения: 20.05.2020).

Leflar R.B. The regulation of medical malpractice in Japan // *Clinical Orthopaedics and Related Research*. 2009. Vol. 467. P. 443–449. URL: <https://doi.org/10.1007/s11999-008-0602-z> (дата обращения: 20.05.2020).

McDonald F. The criminalisation of medical mistakes in Canada: A review // *Health Law Journal*. 2008. Vol. 16. P. 1. URL: <https://pdfs.semanticscholar.org/d324/14685269cd69c08f1594d68d1b0729fc178a.pdf> (дата обращения: 15.05.2020).

McDowell S., Ferner R. Medical manslaughter: More prosecutions won't ease the problems for lawyers, doctors, or patients // *BMJ*. 2013. 18 Sept. URL: <https://doi.org/10.1136/bmj.f5609> (дата обращения: 18.05.2020).

McLennan S., Elger B. Criminal liability and medical errors in Switzerland: An unjust system? // *Jusletter*. 2014. Vol. 27. URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:77306> (дата обращения: 21.05.2020).

Monico E., Kulkarni R., Calise A., Calabro J. The criminal prosecution of medical negligence // *The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics*. 2007. Vol. 5, no. 1. URL: <http://ispub.com/IJLHE/5/1/5237> (дата обращения: 15.05.2020).

Pucci E. Italy – new rules applicable to medical professional liability insurance // *International Bar Association*. 2018. URL: <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=aedc6aeb-190c-4f66-8495-08a510b3a883> (дата обращения: 22.05.2020).

Quick O. Prosecuting 'Gross' medical negligence: Manslaughter, discretion, and the crown prosecution service // *Journal of Law and Society*. 2006. Vol. 33, issue 3. P. 421–450.

Vismara L. The “Gelli Law” – A New Era for medical liability in Italy // Gen Re. 2017. URL: <https://www.genre.com/knowledge/blog/the-gelli-law-a-new-era-for-medical-liability-in-italy-en.html> (дата обращения: 21.05.2020).

References

- Apoorva, C. and Gunderman, R., 2008. Defensive medicine. Prevalence, implications, and recommendations. *Academic radiology*, 15(7), pp. 948–949. Available at: <[https://www.academicradiology.org/article/S1076-6332\(08\)00051-2/fulltext](https://www.academicradiology.org/article/S1076-6332(08)00051-2/fulltext)> [Accessed 21 May 2020].
- Berestovoj, A.N., 2018. [Problems of qualification of actions of medical workers who perform work or provide services that do not meet safety requirements]. *Vestnik Vostochnosibirskogo instituta MVD Rossii* = [Bulletin of East Siberian Institute of Ministry of Internal Affairs of Russia], 3, pp. 70–76. (In Russ.)
- Blinov, A.G., 2010. *Ugolovno-pravovaya okhrana patsienta v mezhdunarodnom i zarubezhnom zakonodatel'stve* = [Criminal-law protection of the patient in international and foreign legislation]. Ed. B.T. Razgildiev. Moscow: Yurлитinform, 2010. (In Russ.)
- Blinov, A.G., 2012. Rights and freedoms of the patient as an object of criminal legal protection. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 8, pp. 57–68. (In Russ.)
- Brkic, B. and Brkic, I., 2017. Criminal liability of medical doctors de lege lata and criminal law challenges de lege ferenda. *Varazdin Development and Entrepreneurship Agency, 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development – “The Legal Challenges of Modern World”*. Split, Croatia, 29–30 June 2017. Available at: <https://bib.irb.hr/datoteka/884078.esd_Book_of_Proceedings_Split_2017_doc_Online.pdf#page=419> [Accessed 30 March 2020].
- Daury-Fauveau, M., 2003. *La responsabilité pénale du médecin*. Essentiel. Bordeaux: Les études hospitalières.
- Dute, J., Faure, M. and Koziol, H., 2004. *No fault compensation in the health care sector (Tort and insurance law)*. 1st ed. Wien; New York: Springer.
- Faisant, M., Papin-Lefebvre, F., Rérolle, C., Saint-Martin, P. and Rougé-Maillart, C., 2017. Twenty-five years of French jurisprudence in criminal medical liability. *Medicine, Science and the Law*, 58(1), pp. 39–46. Available at: <<https://doi.org/10.1177/0025802417737402>> [Accessed 21 May 2020].

Galyukova, M.I., 2010. *Prestupleniya protiv zdorov'ya cheloveka: teoriya, pravoprimerenie, zakonotvorchestvo* = [Crimes against human health: theory, law enforcement, lawmaking]. Monograph. Chelyabinsk: Enciklopediya; Omsk: Omsk. akad. MVD Rossii. (In Russ.)

Gornostay, A., Ivantsova, A. and Mykhailichenko, T., 2019. Medical error and liability for it in some post-soviet countries (Belarus, Kazakhstan, Moldova, Ukraine). *Wiadomości Lekarskie*, LXXII(5), cz I, pp. 877–882.

Kanunnikova, L.V., Frolova, E.V. and Frolov, Ya.A., 2003. [About legal problems of medical error]. *Medicinskoe pravo* = [Medical Law], 2, pp. 22–23. (In Russ.)

Kazarian, M., Griffiths, D. and Brazier, M., 2011. Criminal responsibility for medical malpractice in France. *Journal of Professional Negligence*, 27(4), pp. 188–199. Available at: <https://www.academia.edu/1520085/Criminal_Responsability_for_Medical_Malpractice_in_France> [Accessed 20 May 2020].

Kessler, D., Summerton, N. and Graham, J., 2006. Effects of the medical liability system in Australia, the UK, and the USA. *The Lancet*, 368(9531), pp. 240–246. Available at: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140673606690454>> [Accessed 20 May 2020].

Kleymentov, M.P. and Senokosova, E.K., 2017. [Threats to criminological security of the medical care system and their classification]. *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal* = All-Russian Criminological Journal, 11(4), pp. 696–705. (In Russ.)

Kolokolov, G.R., 2008. *Medicinskie uslugi: kak pacientu otstoyat' svoi interesy* = [Medical services: how to protect the patient's interests]. Moscow: Omega-L. (In Russ.)

Leflar, R.B., 2009. The regulation of medical malpractice in Japan. *Clinical Orthopaedics and Related Research*, 467, pp. 443–449. Available at: <<https://doi.org/10.1007/s11999-008-0602-z>> [Accessed 20 May 2020].

Mamontov, D.Yu., 2009. [Topical issues of application of the norm establishing criminal liability for failure to provide assistance to a patient]. *Biznes v zakone* = [Business in Law], 3, pp. 105–107. (In Russ.)

McDonald, F., 2008. The criminalisation of medical mistakes in Canada: A review. *Health Law Journal*, 16, p. 1. Available at: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d324/14685269cd69c08f1594d68d1b0729fc178a.pdf>> [Accessed 15 May 2020].

McDowell, S. and Ferner, R., 2013. Medical manslaughter: More prosecutions won't ease the problems for lawyers, doctors, or patients.

BMJ, 18 September. Available at: <<https://doi.org/10.1136/bmj.f5609>> [Accessed 18 May 2020].

McLennan, S. and Elger, B., 2014. Criminal liability and medical errors in Switzerland: An Unjust System? *Jusletter*, 27. Available at: <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:77306>> [Accessed 21 May 2020].

Miroshnichenko, N.V. and Pudovochkin, Yu.E., 2012. Crimes related to violation of professional functions: concept, signs and types. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 2012, № 4, pp. 33–43. (In Russ.)

Miroshnichenko, N.V., 2007. *Prichinenie medicinskimi rabotnikami smerti i vreda zdorov'yu pacientov: ugolovno-pravovye aspekty* = [Causing death and harm to the health of patients by medical workers: criminal law aspects]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Saratov. (In Russ.)

Monico, E., Kulkarni, R., Calise, A. and Calabro, J., 2007. The criminal prosecution of medical negligence. *The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics*, 5(1). Available at: <<http://ispub.com/IJLHE/5/1/5237>> [Accessed 15 May 2020].

Nikitina, I.O., 2007. *Prestupleniya v sfere zdavoohraneniya (zakonomatel'stvo, yuridicheskij analiz, kvalifikaciya, prichiny i mery preduprezhdeniya)* = [Crimes in the sphere of health care (legislation, legal analysis, skills, causes and prevention)]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. N. Novgorod. (In Russ.)

Ognerubov, N.A., 2010. *Yatrogenii v medicinskoj deyatel'nosti: ugolovno-pravovoj aspekt* = [Iatrogenic in medical activity: criminal-legal aspect]. Voronezh: Izd-vo Voronezh. gos. un-ta. (In Russ.)

Pucci, E., 2018. *Italy – new rules applicable to medical professional liability insurance*. Available at: <<https://www.ibanet.org/Article/New-Detail.aspx?ArticleUid=aedc6aeb-190c-4f66-8495-08a510b3a883>> [Accessed 22 May 2020].

Quick, O., 2006. Prosecuting ‘Gross’ medical negligence: Manslaughter, discretion, and the crown prosecution service. *Journal of Law and Society*, 33(3), pp. 421–450.

Trunov, I.L., 2010. [A medical mistake, a crime, a misdemeanor]. *Chelovek: prestuplenie i nakazanie* = [Man: Crime and Punishment], 1, pp. 34–41. (In Russ.)

Vismara, L., 2017. The “Gelli Law” – A New Era for medical liability in Italy. *Gen Re*. Available at: <<https://www.genre.com/knowledge/blog/the-gelli-law-a-new-era-for-medical-liability-in-italy-en.html>> [Accessed 21 May 2020].

Информация об авторах / Information about the authors

Иванченко Роман Борисович, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права Центрального филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (394006, Российская Федерация, г. Воронеж, ул. 20-летия Октября, д. 95).

Roman B. Ivanchenko, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Head of Criminal Law Department, Central Branch, Russian State University of Justice (95 ul. 20-letiya Oktjabrja, Voronezh 394006, Russian Federation). E-mail: rivanchenko@yandex.ru

Заряев Вячеслав Александрович, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права Центрального филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (394006, Россия, г. Воронеж, ул. 20-летия Октября, д. 95).

Vyacheslav A. Zaryayev, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of Criminal Law Department, Central Branch, Russian State University of Justice (95 ul. 20-letiya Oktjabrja, Voronezh 394006, Russian Federation). E-mail: zaryayev@yandex.ru

Eurasian Integration: General Values and Legal Institutions

Tatyana N. Neshataeva*

** Court of the Eurasian Economic Union, Minsk, Republic of Belarus
For correspondence: tneskataeva@gmail.com*

Introduction. The article is devoted to the analysis of the civilisational foundations and features of Eurasian integration, their reflection in the charter documents and the practice of the Court of the Eurasian Economic Union. The author describes cultural integrity, including religion.

Theoretical Basis. Methods. Specifically, in the modern world, the author distinguishes four civilisations: Christian, Sinic, Indian, and Muslim. Russia (the pivotal state of the Eurasian integration under discussion) is a poly-civilisational state, because its culture is based on historical multinationality, multiconfessionality, and multiculturalism. The basis of Russian law is Christian values (for example, the rule of law), but elements that derive from Islam (the “rule of power”), and Buddhism (the protection of natural connections) are also very important. The article uses empirical methods of comparison, description, interpretation, theoretical methods of formal and dialectical logic.

Results. The author shows that compared with European integration, Eurasianism is based on slightly different values, namely: 1) the rule of law as a formal order; 2) collectivism and collegiality – the special significance of the rights and interests of an indefinite circle of persons in comparison with individual ones; 3) the priority of natural relationships in the group.

The Eurasian Economic Union (EAEU) is an international organisation of a supranational type. In its statutory documents the religious and civilisational peculiarities characteristic of Eurasianism were also taken into account. The principles of international law (as the super-imperative norms of *jus cogens*) have priority in application, but differ in special content, namely: 1) respect for the sovereign rights of states; 2) equality of states, which are implemented not formally, but taking into account economic reality, and; 3) the principle of *pacta sunt servanda*. Specifically, the EAEU Commission and the corresponding Court are created to monitor compliance with the treaties. The court also has peculiar features: 1) In the documents the principle of independence of judges is especially emphasised (the chairman is the first among equals); 2) the relations of the Court with the national courts of the Member States of the Union are built in a special way: they take the positions of the Court in their practice on a voluntary basis. The international court of a supranational union is mainly aimed at overcoming dualism – duality in the law of integration association. This creates a uniform understanding of the norms of union law, which cannot be reduced only to the positive component that the court corrects with the natural essence of law – the protection of human rights. The author gives examples of problems encountered in building the EAEU: 1) the ratio of the principle of *pacta sunt servanda* and the principle of national sovereignty; 2) the principle of equality in its real, not formal essence.

Discussion and Conclusion. The EAEU takes into account both the principles of Christian civilisation (respect for law), and the principles of other civilisations (for example, respect for power and the principles of harmonious construction of relations within the Union – multiculturalism).

It is important for the Court to find a balance between activism and conservatism both in resolving international conflicts and in interpreting law. So, activism in the EAEU Court is manifested in human rights issues, and conservatism: in matters of monitoring the activities of the Commission. An important problem is the balance in ethical issues, which is associated with

the multiconfessional composition of the Eurasian court. The author concludes by noting that in a situation where the requirements for the appointment of judges are blurred and there is no verification mechanism, it is difficult for the international composition of the Court to find ethical consensus.

Keywords: civilisation, religion, Eurasian integration, supranational organisation, Eurasian Economic Union, Court of the Eurasian Economic Union, international justice, principles of selection of judges, rule of law, sovereign equality, natural law, principles of law

For citation: Neshataeva, T.N., 2020. Eurasian integration: general values and legal institutions. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 62–85. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.62-85.

Евразийская интеграция: общие ценности и правовые институты

Т.Н. Нешатаева*

** Суд Евразийского экономического союза, г. Минск, Республика Беларусь*

tneshataeva@gmail.com

Введение. Статья посвящена анализу цивилизационных основ и особенностей евразийской интеграции, их отражению в уставных документах и практике Суда Евразийского экономического союза.

Теоретические основы. Методы. Под цивилизацией автор понимает культурную целостность, включающую и религию. В современном мире автор выделяет четыре цивилизации: христианскую, синскую, индийскую, мусульманскую. Россия (стержневое государство евразийской интеграции) – это государство-полицивилизация, потому что ее культура основана на исторической многонациональности, многоконфессиональности, многокультурности. Основой права России являются христианские ценности (например, верховенство права), но очень большое значение имеют элементы, которые происходят от мусульманства («верховенство власти»), буддизма (защита естественных связей). В статье используются эмпирические методы сравнения, описания, интерпретации, теоретические методы формальной и диалектической логики.

Результаты исследования. По сравнению с европейской интеграцией в основе евразийства находятся несколько иные ценности: 1) господство права как формального приказа; 2) коллективизм, соборность – особое значение прав и интересов неопределенного круга лиц по сравнению с индивидуальными; 3) приоритет естественных связей в группе.

Евразийский экономический союз – международная организация наднационального типа, в ее уставных документах были учтены и конфессионально-цивилизационные особенности, характерные для евразийства. Принципы международного права (как сверхимперативные нормы *jus cogens*) имеют приоритет в применении, но отличаются особым наполнением: 1) уважение суверенных прав государств; 2) равенство государств, реализуемое не формально, а с учетом экономической реальности; 3) принцип *pacta sunt servanda*: для контроля за соблюдением договоров созданы Комиссия и Суд.

Суд также имеет своеобразные черты: 1) в документах особо выделяется принцип независимости судей (председатель первый среди равных); 2) особым образом выстраиваются отношения Суда с национальными судами государств – членов Союза: позиции Суда они принимают в своей практике на добровольной основе.

Обсуждение и заключение. В ЕАЭС учитываются как принципы христианской цивилизации (уважение к праву), так и принципы иных цивилизаций (уважение к власти), принципы гармоничного построения отношений внутри Союза (многокультурность).

Международный суд наднационального союза главным образом нацелен на преодоление дуализма, двойственности в праве интеграционного объединения, создание единообраз-

ного понимания норм права союза, не сводящегося лишь к позитивной составляющей, которую суд корректирует естественной сутью права – защитой прав человека.

Автор приводит примеры проблем в построении ЕАЭС: 1) соотношение принципа *sunt servanda* и принципа национального суверенитета; 2) принцип равенства в его реальной, а не формальной сущности.

Суду важно найти баланс между активизмом и консерватизмом как при разрешении международных конфликтов, так и при правотолковании. Так, активизм в Суде ЕАЭС проявляется в вопросах прав человека, а консерватизм: в вопросах контроля деятельности Комиссии.

Важная проблема – равновесие в вопросах этики, что связано с многоконфессиональностью состава евразийского суда. В ситуации, когда требования к назначению судей размыты и отсутствует механизм проверки, международному составу Суда сложно найти этический консенсус.

Ключевые слова: цивилизация, религия, евразийская интеграция, наднациональная организация, Евразийский экономический союз, Суд Евразийского экономического союза, международное правосудие, принципы отбора судей, господство права, суверенное равенство, естественное право, принципы права

Для цитирования: Нешатаева Т.Н. Евразийская интеграция: общие ценности и правовые институты // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 62–85. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.62-85.

Civilisation Distinctions

The history of mankind represents the development of civilisation. Samuel Huntington (who also referred to other authors) wrote that “civilisation is a cultural entity”, and “...civilization is a culture writ large”. Both of these concepts include “values, norms, institutions, and modes of thinking to which successive generations in a given society have attached primary importance. Wallerstein defines it as “a particular concatenation of worldview, customs, structures, and culture (both material culture and high culture) which forms some kind of historical whole and which coexists (if not always simultaneously) with other varieties of this phenomenon”. Of all the objective elements which define civilizations, however, the most important usually is religion. To a very large degree, the major civilizations in human history have been closely identified with the world’s great religions. [...] The crucial distinctions among human groups concern their values, beliefs, institutions, and social structures”. [Huntington, S., 1996, pp. 41–42].

“A civilization is thus the highest cultural grouping of people and the broadest level of cultural identity people have short of that which distinguishes humans from other species. It is defined both by common objective elements, such as language, history, religion, customs, institutions, and by the subjective selfidentification of people” [Huntington, S., 1996, p. 43].

Civilisational social institutions include law and the state. Civilisation affiliations define the basic features of states – which are the main subjects of international law. The diversity of civilisation differences between peoples leads to the fact that nowadays any universalisation on the basis of a single civilisation is impossible – but this does not exclude its appearance in the future.

Moreover, we must agree with Edward Mortimer that nowadays instead of the ideological foundations of civilisation – religious and other forms of cultural identity are taking their place. Religion “increasingly intervenes in international affairs” [Mortimer, E., 1991, p. 7]. Therefore, the institutes of the state and law which are gnoseologically connected with the identity of the nation reflect or should reflect this civilisational unity of culture and legal institutions.

In the modern world there are four civilisations although some authors select from six to twelve civilisations [Frolov, E.D., 2006, p. 98]. At the same time each of them includes core states and other states, including elements of several civilisations (cleft countries).

1. *The Christian civilisation* which is separated into western and east. Today the embodiment of western Christianity are the countries of the Anglo-Saxon circle and the French-German hub, and eastern Christianity – Russia.

2. *The Sinic civilisation* embodied in China which includes Confucianism, Taoism, Buddhism, etc.

3. *The civilisation of India* encompassing Hinduism, Buddhism, etc.

4. *The Muslim civilisation* which has no core country now (but before that it was the Ottoman Empire) which nowadays generates such negative phenomenon as militant Islam aiming at creation of a new entity – the Islamic State.

The core state provides the function of saving of civilisation values and is obliged to protect other countries that are part of the civilisational group, but have a complex two- or multicomponent civilisational structure (“the cleft country” in the terminology of sociologists [Huntington, S., 1996, p. 137]). Besides, the states responsible for several civilisations (poly-civilisations) are distinguished.

In this sense Russia is a poly-civilisational state because its culture is based on historical multinationality, multi-confessionality, and multiculturalism. Many wrote about this historical development, and the most diverse (from conservative to “activist” [Karamzin, N.M., 1816–1829; Klyuchevsky, V.O., 1987–1990; Gumilev, L.N., 1989]) were the historians who emphasised that historically Muscovite Russia differed from Kievan Rus in that it allowed various civilisations to peacefully exist on its territory with the predominant role of the standards of Eastern Christianity. In other words, multiculturalism is the basis of the Russian polycivilisation.

Hence, the basis of Russian law is, first of all, Christian values, including those that, by tradition, are mistakenly attributed only to the “western” ones – primarily the rule of law. Given the origin of Russian law from Roman law, it should be emphasised that the rule of law is also the basis of Russian legal institutions. But the value basis of Russian law is not limited to these – the other elements that come from Islam, Buddhism, etc. are also very important.

Three features can be distinguished in the Russian legal system, the co-existence of which distinguishes it from any other legal system:

1) A respect for the law, more precisely, the law and the struggle (sometimes uncompromising) for law [Zweigert, K., and Kötz, H., 2000, p. 429]. In this Russia is very similar to the states of Western Christianity, the difference is noticeable only to the extent that is included in the concept of “law”¹.

2) At the same time, a strong respect for the authorities is embedded in Russian law [Kischel, U., 2015, pp. 577–580.]. Outwardly, this is similar to Hegel’s concept [Nersesyants, V.S., 2005, pp. 503–507], and those of other Western theorists. Similar philosophical foundations exist in Western culture. But our respect for power is slightly different and more similar to what is inherent in Sinic and Muslim cultures. This can also be defined as the “supremacy of power”.

A similar attitude to the power institutions is connected with the dual idea of Russian identity, the foundation of which is laid by the philosophy of Eurasianism and Gumilev [Laruzel, M., 2000, pp. 5–18]. That is, in Russia such an attitude to power comes from Confucianism and Islam – it is rather not respect for power, but rather submission to power [Weiss, B.G., 2008, p. 205; Berg, L.V.S. van den, 2005, pp. 182–190]. Thus, in Russia there is a dualism of the rule of law and power. Accordingly, institutions regulating social relations are affected by such dualism. Consequently, legal provisions must contain mechanisms to overcome dualism in favour of the rule of law.

3) Protection and respect for natural ties – such as families, relatives (clan, etc.) are laid down by Buddhism [Nersesyants, V.S., ed., 2004, pp. 28–29]. Protecting the interests of “blood” is also the foundation of our civilisation.

In a certain sense, the Russian centuries-old civilisational peculiarities leads to the idea of non-resistance, the ability to adapt to circumstances, including circumstances of power. L.N. Tolstoy wrote much about this. Tolstoy believed that patience was our main feature that distinguishes eastern Christianity from western.

Basically, Russia, of course, is a clear component of Christianity. It is close to Western states, but such elements as the attitude to power and the primacy of natural ties are the result of the multi-vector nature of the elements that make up the Eastern Christian culture.

Europeanism and Eurasianism

It is universally recognised that European values, sourced from the foundations of European Western civilisations, are the foundation of

¹ For similarities and differences between the Romano-Germanic and socialist legal systems, see: [De Cruz, P., 1999, pp. 186–189].

European integration. It is clear that the cultural community facilitates cooperation and unity in the fields of politics, economics, social relations. That is, it is the basis of civilisational integration (from the Latin word *integratio* meaning restoration, replenishment, or the process of uniting parts into a whole). Europe is still a multinational space, but it is impossible to deny that at present there is now a common concept – a “European” concept, based on common cultural values.

Joint European values include:

- 1) the rule of law as a regulator of all relations inherited from the Romans. This is best expressed by the Latin phrase – “*non sub homine, sed sub Deo et lege*”, meaning not under a person, but under the Lord and the law;
- 2) individualism – the priority of individual rights and freedoms over collective rights (based on the ideas of the early European Renaissance);
- 3) social pluralism – the creation of diverse autonomous groups that are not based on consanguinity or marriage (based on the division of medieval European society into professional guilds).

All these root features of Western civilisation have influenced both the development of Western states and their integration, which currently has the shape of the European Union. It should be noted that Western civilisation has traditionally implanted its values with fire and sword – ranging from the Crusades to world wars. As a result, some of them – notably the rule of law and individual rights (today known as “human rights”) – are gradually becoming universal values and, possibly, will serve to create a universal civilisation. there is no other way for mankind, for the result of war is surely ash, but the ashes of the West and the ashes of the East cannot be distinguished.

However, at present there is a world of polycentric civilisations, which generates not only the cooperation of states, but also conflicts between them.

Moreover, in Europe there was more than one civilisation (in the geographical sense, Europe is a single continent from the Atlantic to the Pacific Ocean). Along with European integration, Eurasian integration has long been formed². Eurasianism is based on slightly different values.

- 1) We will also put the rule of law in first place, since it is impossible to deny the connection with the Roman tradition in the countries of the Eurasian Economic Union. It is another matter that the content of this concept in detail may have its own specifics, especially with regard to the connection of power and law, understanding of law as a formal order.

- 2) Collectivism and collegiality – the rights and interests of an indefinite number of persons, in comparison with individuals in Euro-Asian cultures, were of particular importance³. Traditionally, the protection of common

² The experience of the Russian Empire, as well as the USSR, in the development of Eurasianism, should be taken into account – these were also forms of integration

³ Refer: [Lazarev, V.V., 2001]. “There is a collective responsibility of all people for everyone, everyone for the whole world, all people are brothers in misfortune, all

rights has been more important than the protection of the individual (this was associated with the territorial features of these countries: space, steppe, low temperatures – and the ability to survive based like a family by being together). However, we emphasise that this form of protection of collective rights as a universal value has influenced the development of universal human rights in their social aspect.

3) The priority of natural relationships in the group. At the same time, in Eastern Christianity, Islam, and Buddhism, special importance was attached to family and family ties. These included the sanctity of marriage, the culture of cohabitation, the support of relatives, respect for elders, the protection of minors, etc.

Thus, it is easy to see that the values of the core state of Eastern Europe – Russia – and the values of Asian states are largely similar, which allows us to highlight the common cultural code of Eurasian integration.

Collectivism and the support of natural-biological ties are the main values of Eurasian integration that distinguish it from European integration, which, however, does not affect the legal form of this integration. It also has four degrees (in ascending order: free trade zone, customs union, common market, and economic union). Eurasian integration of 25 years of modern development has existed since 2015 in the current form – the Eurasian Economic Union (EAEU).

When creating a new international legal integration association, it was necessary to take into account both the specifics of the civilisational component of the states that make up the EAEU and the special role of the polycivilisation core state of this integration – the Russian Federation, which carries the code of several modern civilisations (Eastern Christianity, Islam, Buddhism and Sinism).

Legal Registration of Eurasian Integration

Externally, the EAEU looks very similar to the European Union [Kapus-tin, A.Ya., 2015] – the first supranational organisation in Europe.

States give a supranational organisation, (unlike other international organisations), part of their rights. That is, a supranational organisation can make its decisions independently of member states, and these decisions are legally binding on those states. In European law, supranationalism is understood as “the constitutional advantage of the public power of a community over state power” [Thiemeyer, G., 1998, pp. 5–6]. Consequently, a supranational organisation also becomes an independent political actor in the international system, at least in those areas that are within its competence.

people participated in original sin, and everyone can be saved only together with the world” [Berdyayev, N.A., 1989, p. 190].

Many international studies highlight the characteristics inherent in supranational organisations [Etzioni, A., 2001]. The President of the Court of the EU, K. Lenaerts, identifies the following essential features of such an organisation: 1) the existence of institutions that are independent in composition and operation, 2) the use of majority decision-making procedures, which are nonetheless binding on all Member States, 3) the implementation of EU decisions by EU institutions or under their control, and (4) the creation of rights and obligations with judicial protection through treaties and acts of secondary law [Lenaerts, K. and Nuffel, P. van, 2005, pp. 11–18]⁴.

The EAEU Court agreed with this approach to supranationalism, defining it as a) transfer of competence to a common body and b) the creation of unified rules binding on the territory of the member states⁵.

But the EAEU is different from the EU, because in the constitutional documents of the new Union, in addition to taking into account the peculiarities of European law, the confessional-civilisational features characteristic of Eurasianism were also included.

Firstly, the documents clearly state that the new Union is subject to international law and will develop according to the principles and rules of international law, and not national law. All other rules of the EAEU law are based on this postulate – that is regulatory rules arise from the international legal system.

Citing the corresponding provisions as an example – the tenth paragraph of the preamble of the Treaty on the EAEU (hereinafter referred to as the Treaty) states: “affirming its commitment to the purposes and principles of the Charter of the United Nations, as well as other generally recognised principles and norms of international law”.

Further – paragraph 2 of Art. 1 of the Treaty: “The Union is an international organisation of regional economic integration with international legal personality”.

Further – Art. 3 of the Treaty: “The Union shall carry out its activities within the competence granted to it by the Member States in accordance with this Treaty, on the basis of the following principles: respect for the universally recognised principles of international law, including the principles of sovereign equality of Member States and their territorial integrity”.

Secondly, in the statutory documents of the EAEU Court it is precisely written that the principles of international law (*jus cogens*) take precedence over all other norms. According to paragraph 50 of the Statute of the Court, the Court applies, first of all, universally recognised principles and norms

⁴ Cit. by: [Goebel, R., 2013, pp. 82–83].

⁵ The advisory opinion of April 4, 2017 on the request of the Republic of Belarus for the clarification of the Treaty on the Eurasian Economic Union of May 29, 2014.

of international law, and the Treaty, other international treaties, decisions of Union bodies and other norms are subordinate to the principles⁶.

On the other hand, the principles also have a special content.

First, they emphasise respect for the sovereign rights of states and clearly outline the borders beyond which the Union as a subject of international law cannot go (refer for example to the third paragraph of the preamble to the Treaty: "Guided by the principle of sovereign equality of states, the need to unconditionally respect the principle of supremacy of constitutional rights and freedoms of man and citizen". Further, Art. 3 of the Treaty states: "The Union shall carry out its activities within the competence granted to it by the Member States in accordance with this Treaty").

Secondly, they place emphasis on the fact that the Union is built on the basis of the principle of equality of states (third paragraph of the preamble to the Treaty; Article 3 of the Treaty). However, it is not implemented formally, but takes into account the real situation measured in economic categories. Depending on the size of the economy, each member state receives as much as it invests in the budget of the Union. For example, according to Art. 26 of the Treaty, paid (collected) import customs duties are subject to crediting and distribution between the budgets of the Member States. The standards for the distribution of the amounts of import customs duties for each member state are established by paragraph 12 of the Protocol on the procedure for crediting and distribution of the amounts of import customs duties (other duties, taxes and fees having equivalent effect). They are transferred to the income of the budgets of the Member States (Annex No. 5 to the Treaty) in the following amounts: Republic of Armenia – 1.22%, Republic of Belarus – 4.56%, Republic of Kazakhstan – 7.055%; Kyrgyz Republic – 1.9%; Russian Federation – 85.265%. That is, the core character of the Russian economy is emphasised.

Further, this provision is reflected in the norms on the distribution of posts in the bodies of the Union. According to paragraph 3 of Art. 9 of the Treaty, the selection of candidates for positions in the departments of the Eurasian Economic Commission (except for officials) is carried out by the Commission on a competitive basis, taking into account the participation of the Parties in the financing of the Commission. According to paragraph 35 of the Statute of the Court, the Secretariat of the Court is formed on a competitive basis, taking into account the participation of member states in the budget of the Union from among citizens of member states. Thus, in the apparatus of the EAEU and the Court, most of the posts are assigned to citizens of the Russian Federation.

⁶ We emphasize that in the EU there are no such definitions; The principles in the EU are formulated independently by the authorities, which makes the functioning of the EU similar to the state. This is the reason for the discussion about the ways of the EU development to a single state formation.

Thirdly, the principle of “*pacta sunt servanda*”. To monitor compliance with the treaties, permanent bodies of the Union have been created – the Commission and the Court, which are supranational in nature – which have the same competence delegated to them by the Member States and adopt acts binding on all bodies and persons, including regulatory decisions.

The Eurasian Economic Commission creates regulatory rules (rules of the EAEU law), and the Court ensures that these rules a) are applied uniformly and b) do not contradict the goals and principles of the Treaty⁷.

EAEU Court – Permanent Judicial Body of the Union

The EAEU as an international organisation was created on a two-tier basis. There are two governing bodies – the Supreme Eurasian Economic Council and the Eurasian Intergovernmental Council – both are bodies of an international organisation of a traditional type and work on the basis of coordination of wills (decisions are made by consensus). The EEC and the Court are supranational bodies composed of professional international servants and judges who are not subordinate to their states⁸. These bodies operate using the principle of a majority vote. It should be emphasized that the EAEU does not use a balanced vote (in which the number of votes depends on the contribution of a member state, the principle which is used, for example, in the IBRD, IMF and other organisations of a supranational type). This may be a way to balance the principles of harmonisation of wills and supranational standard setting.

The Court also has peculiar features: the Union’s documents emphasize the principle of independence, which is implemented by taking into account the civilisational characteristics of the countries that are members of the Union, where power is often expressed in excessive form. Based on this, the Statute of the Court emphasizes that the President is the first, but not the main judge. All important issues of organizing the activities of the Court are decided by all judges together (in harmony, by agreement – that is by a common opinion). The power of the President is limited by paragraph 20 of the Statute of the Court, according to which “judges in the administration of justice are equal and have the same status. The President of the Court and his deputy shall not be entitled to take actions aimed at obtaining any undue advantage over other judges”. This provision is reinforced by paragraph 21 of the Statute of the Court, which is designed to prevent a conflict of interests, including in terms of expanding authority: “A judge, both in the exercise of his powers and in extra-judicial relationships,

⁷ In these two parameters, the EU and the EAEU have similar features.

⁸ Paragraphs 2 and 3 of the Regulation on social guarantees, privileges and immunities in the Eurasian Economic Union (Annex No. 32 to the Treaty); Paragraph 18 of the Statute of the Court.

must avoid a conflict of interest, as well as anything that may belittle the authority of the judiciary, the dignity of a judge or raise doubts about its objectivity, justice, and impartiality". The latter applies to both justice and organisational matters.

In the statutory documents, the Court's relations with the national courts of the Member States of the Union are constructed in a special way. The Court cannot give them instructions (as such things can be done by for example the activities of the Court of Justice of the European Union and the ECHR), but the EAEU Court can provide advisory opinions whose positions, as well as the positions of legally binding decisions, national courts take in their practice on a voluntary basis⁹.

It was indicated above that the rule of law, the lawful decision, is characteristic of modern law. Without denying this, it should be emphasised that in the Sino-Muslim traditions it is considered more important to come to an agreement, persuade, "save face", or fulfill the agreement using different and important components of Asian culture. Hence, not an order, but a convincing persuasion becomes an effective way of communicating with other courts, including national ones¹⁰. Perhaps, for this reason, the acts of the Court are being executed and the need for recruiting coercion has not yet arisen.

It should also be noted there is an institution of a settlement agreement, which gives the parties the opportunity to resolve the dispute at any stage of the proceedings (paragraph 67 of the Statute of the Court). This corresponds to the tradition of negotiating in contentious situations.

Thus, the documents took into account both the principles of Christian civilisation (the respect for law) and the principles of respect for national authorities (the respect for power) and the principles of harmonious building of relations within the Union (multiculturalism). The latter includes taking into account the economic basis and making major decisions by consensus. In the activity of the Court, this is manifested in the majority decision, but with the opportunity to present the separate opinion of a judge (who does not agree with the majority opinion), to any judicial act. (Perhaps the emergence of the institution is directly related to the development of individual rights in their Western Christian interpretation).

⁹ The mechanism of coercion or enforcement to take the court's positions is also different: in the EU, these are penal sanctions; in the EAEU – the decision of the Supreme Eurasian Economic Council on the need to comply with the order of the Court.

¹⁰ Refer to Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of May 12, 2016 No. 18 "On Certain Issues of the Application of Customs Legislation by Courts" (<http://www.supcourt.ru/documents/own/8491/>), which establishes the need to take into account the positions of the EAEU Court in resolving disputes within the framework of national jurisdiction.

Application of Eurasian Law

Article 6 of the Treaty lists the positive norms of Eurasian law, which, however, does not cover its entire scope, the boundaries of which are set forth in paragraph 50 of the Statute of the Court. Article 6 of the Treaty and paragraph 50 of the Statute of the Court (annex to the Treaty) together they formulate two parts of Eurasian law – positive and natural.

From this picture, one might get the impression that new objective economic relations are regulated by old legal mechanisms. But a different path is impossible. Law is more conservative than the relations regulated by it, because it adapts only to those innovations that will line up in a permanent system and will need legal registration. Such legal registration is born slowly, legal discoveries occur much less frequently than in other areas of human knowledge [Kasanova, M.B., 2015]. Hence the widespread use of the method of adapting well-known legal forms to new phenomena. For example, the inventions of ancient Rome lawyers still apply in private relations [Kofanov, L.L., 2015], while the discoveries of ancient Greek philosopher lawyers apply to public law [Nersesyants, V.S., 2005].

In many respects, this situation is due to the fact that the main task of legal regulation is related to the need to take into account the natural origins of social (human) relations when solving the rational tasks of the current moment of development of a society registered in the state. The solution to this problem is incredibly difficult. It is necessary to overcome the dualism of law, expressed in the existence of “natural” legal institutions – norms that arise in the usual way (from practice) taking into account the moral requirements of society (justice, good faith, equality, etc.), and positive norms established by the authorities (church, state, international). It is well known that law, which arose as natural genetically determined standards of human behavior, with the strengthening of statehood, was widely developed through positive regulation. However, the excessive development of positive law is fraught with the emergence of illegal regimes in the form of autocracy, tyranny, despotism, etc. In other words, the excessive dissemination of positive norms leads to an increase in the lack of freedom, and, therefore, slows down the natural development of society. The latter is overcome only by the supremacy of natural law – the norms developed by society and expressing the measure of freedom of everyone among others over the positive regulations of the authorities. Dualism is the nature of the development of law. Moreover, the development of natural law is associated with a deepening of knowledge about the nature of man. Hence, law in its nature is as naturally biological as human itself is biological, and in its development is subject to natural, and not just strong-willed, laws.

It should be noted that such an approach is characteristic of European, rather than Asian mentality – which is traditionally obeying the order of the

power. However, the statutory documents are based on the European reading of the law.

In the preamble to the Treaty, as well as in the Statute of the Court (paragraph 50), the Court received the authority to use not only positive norms, but also both parts of the legal regulation. These are natural (principles, customs) and positive (contracts, decisions of the body), creating obligatory and recommendatory legal positions aimed at developing the EAEU law in both natural and positive forms [Neshataeva, T.N., 2017]. At the same time, it should not matter to the Court whether its legal position is contained in a recommendatory or mandatory form, because its binding is characterised only by the formalisation of coercion applied by the authorities, while the recommendatory position appeals to the moral power not only of the public authority, but also to the entire civil society (entrepreneurs, mass media, science, international and state bureaucracy, etc.). Often this moral force is more effective than public authority in a legal society. For this reason, many researchers consider soft law, laws of a recommendatory nature, as a rational way of developing modern law [Prodi, P., 2017, p. 482], especially international [Kolodkin, R.A., 1986].

The international court of the supranational union is mainly aimed at overcoming dualism, duality in the law of integration association, and creating a uniform understanding of the Union's law – which cannot be reduced only to the positive component that the Court corrects with the natural essence of law – protecting of human rights.

The solution of such a problem is the goal of any international court since the time of Hugo Grotius, who, being the founder of the international legal doctrine in its modern sense, was the first to integrate both the norms of natural origin and the norms of positive establishment into the concept of a legal system. This was by leaving primacy as the first priority and labelling them with the “principles of law” (*“regulae juris”*), which simultaneously laid the foundation for the creation of subjective rights, including human rights. Thus, Hugo Grotius was able to bridge the gap between the norms that arose “naturally” in the usual way, taking into account the nature and mind of man, and the norms of positively established positive law based on coercion. At the same time, with an understanding of the rules of war and peace [Grotius, G., 1994], the great thinker found that a positive norm based on coercion, in necessary cases, is “mitigated” by the intervention of the norms of “nature and reason”, that is, principles, grown from natural law, taking into account human biology and the order of behavior. Currently, all of these provisions are an axiom for a lawyer practicing in a legal society, which, however, does not exclude the existence of law and order and their unions practicing absolute positivism with an expansion of coercive measures. The restriction or defence to such an undesirable option for the development of law is an independent and independent court, which constantly cause – as some authors claim [Ispolinov, A.S., 2018], – rejection of actors practicing extended coercion.

Bearing in mind that the normative principles of natural-legal origin do not change their nature from whether they are formulated in a positive norm, the Court, which is called upon to build a unified understanding of the rule of law of the new supranational organisation of economic integration, applies such principles (both ordinary and positive), systematically resolves all the problems that arise, taking into account the priority, direct action and direct application of natural law, including them in Union law.

Currently, norms of ordinary origin are also indicated in national codes. They are named by the general formula – “analogy of law” (where such law is broader than written law). The scientific doctrine of the normative-principles of natural origin has been developed for centuries. For example, by Aristotle, Roman lawyers, then theologians (primarily Thomas Aquinas), and later many secular lawyers [Finnis, J., 2012]. They developed their approaches based on the fact that these norms – found in all legal systems of the world – are formed in the usual way, by practice. Judges have identified customs [Cardozo, B., 2017; Kofanov, L.L., 2015] and they are of an imperative and highly binding nature.

The only question that remains relates to their origin. Is it from God, from morality, or from nature [Fuller, L., 2007]. A modern reading directly connects their genesis with human biology, with its genetics, which laid down the definition of a measure of its freedom and reasonable behaviour. An intelligent person always understands the limits of his freedom with respect to the freedom of others, the limits of self-preservation, etc. However, genetic certainty of behaviour is also found in animals (for example, polygamous or monogamous behaviour). In other words, law is not an exclusively socio-social institution¹¹, but has its own natural biological basis. Law cannot exist without form – without putting on a word, text [Gryazin, I., 1983]. A reasonable understanding of the standard of behaviour is formed first, as a rule, by practice (repetitive action), and then by a word (text). The next stage is imperious enforcement of order.

The measure of freedom of the person, as well as other rules of his behavior in relation to others, were originally issued in a word (in different languages). The person then arranged his behavior everywhere in the form of the well-known rules which afterwards received the name of the principles (greatest level of generalisation). According to F. Bacon, the principles are “primary and most ordinary elements of which all was formed remaining” [Bacon, F., 1937, p. 22] in the law.

In other words, normative principles are the backbone, the basis on which all remaining rules of international law, both normal, and contractual rest. Also to the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969, codifying in international law, the principles have the character of *jus*

¹¹ Here we do not dwell on the eternal polemic of supporters of natural and positive law, but we agree that the law may be redundant [Leoni, B., 2008].

cogens – peremptory norms, and remaining norms must comply with them. The establishment of such a correspondence – is the most difficult fate of an international judge. It is impossible to take any positive code and to isolate the principle of international law. It is necessary to prove rather that a practice created the rule which became the mandatory norm and acquired the nature of *jus cogens*, which was then, issued in the text of the contract or the judgment.

Hence the special role and abilities of judges applying Eurasian law, interpreting its norms and filling in the gaps in legal regulation.

Compliance with the requirements for the selection of international judges depends on many conditions and procedures. Moreover, many international courts are on the path to their realisation and creation. In other words, the perfect international judge is a mythical figure. In real life, such activities are carried out by people with a wide variety of education and life experiences, significantly different from each other in moral and ethical positions.

In the international legal literature, it was noted that two categories of factors influence decision-making in an international court: Firstly, personal ideas (dependent upon the education, culture, and traditions to which the judge belongs). Secondly personal interests (career interest – such as taking an administrative post, promoting the service of relatives, etc.; organisational interests – such as wanting to increase the authority of the court, and expand its authority, etc.) [Jodoin, S., 2010, p. 12]. It was noted that it is personal interests, as a rule, that determine the nationalistic character of some acts of the international court¹².

The possibility of applying international law within the framework of the national legal system does not depend on whether this system belongs to the family of common law, continental law or any other legal tradition, but rather on how deeply the judge has studied and knows international law. Of course, the training of an international judge in the framework of a particular legal tradition (monistic or dualistic [Tunkin, G.I., 1970]) may determine his habits of using sources of international law and the characteristic structures of legal argument. They will continue to be linked by specific sources and methodology of international law [Jodoin, S., 2010, p. 10].

However, the situation will change if the judges of the international tribunal previously belonged to the same “school” in the study of international law as a scholastic subject, not related to real life, not regulating “living” social relations. In other words, judges will solve disputed problems on the basis of their understanding of national law, believing that international law is an unrealistic phenomenon. In this case, international judges, applying international law, are likely to take such approaches that will testify to procedural nihilism [Yablochkov, T.M., 2009] or positivistic

¹² See: advisory opinions of the EAEU Court of October 16, 2019 and October 31, 2019.

formalism¹³. Both phenomena are widely known both in international and national jurisprudence, which deny the possibility of applying the principles of law to correlate positive norms in connection with the denial of the position that “principles prevail over positive law” [Bergel, J.-L., 2000, p. 169].

So, included in the wording of Part 3 of Art. 20 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany, the term “law” occurs in accordance with the revival of the idea of natural law in the early post-war period. It should have emphasised that laws and law may diverge if positive law does not meet the fundamental requirements of justice and the principles arising from it. That is, here, law is understood as existing unwritten law along with written law, primarily customary law, judicial law and general principles of law¹⁴.

We cannot agree that the approach that reduces law to positive norms is peculiar only to the Soviet school of law [Kischel, U., 2015, pp. 577–584]; You can find many similar examples in other international judicial bodies. However, procedural nihilism (denial of the need for strict observance of procedural rules), as well as formalism (strict adherence to the letter of a positive norm without taking into account the requirements of natural law), indeed, sometimes manifest themselves in lawyers who received education in the Soviet period. This is especially the case if this education was obtained by the correspondence form of training. Perhaps these phenomena influenced the consideration by the EAEU Court of the case on the application of the Ministry of National Economy of the Republic of Kazakhstan¹⁵ on the clarification of the provisions of the Protocol on the procedure for crediting and distributing the amounts of import customs duties (other duties, taxes and charges having equivalent effect), their transfer to the state budgets Members (Annex No. 5 to the Treaty), and then two EEC applications in 2019¹⁶.

The above examples show that it is difficult to achieve a balance in resolving issues of positive and natural law in judicial practice.

¹³ See: ECtHR. *Sutyazhnik v. Russia*. Application no. 8269/02. Judgment of July 23, 2009.

¹⁴ See: *Grundgesetz. Kommentar* / Th. Maunz, G. Dürig (Hrsg.). München: C.H. Beck, 2012. VI. Rn. 63, 65.

¹⁵ Order of the Grand Chamber of the EAEU Court of January 17, 2018, separate opinions of judges T.N. Neshataeva and K.L. Chaika.

¹⁶ Advisory opinion of October 16, 2019 on the case of clarification of paragraph 1 of the Protocol on the procedure for crediting and distribution of the amounts of import customs duties (other duties, taxes and charges having equivalent effect), their transfer to the income of the budgets of member states (Annex No. 5 to the Treaty); Advisory opinion of October 31, 2019 on the case of clarification of the provisions of paragraphs 1 and 2 of Art. 53 of the Treaty, paragraphs of the sixth and seventh paragraph 5 of the Protocol on Technical Regulation within the Eurasian Economic Union (Annex No. 9 to the Treaty).

In addition, the provisions of the charter documents of the Union, taking into account the complex, multidimensional composition of Eurasian civilisation, are implemented in practice, but cause some problems of legal interpretation inherent in this stage of integration relations.

Firstly, in judicial practice, the question arose of how the principle of “*pacta sunt servanda*” relates to the principle of national sovereignty. In an advisory opinion of April 4, 2017, at the request of the Ministry of Justice of the Republic of Belarus, the Court put the principle “*pacta sunt servanda*” above all and indicated that in cases where the issue was transferred to supranational jurisdiction by the Treaty, the decision is made only at the supranational level and sovereignty recedes. (The Grand Chamber of the Court made the conclusion that “the general rules of competition have direct effect and should be directly applied by Member States as norms enshrined in an international treaty”).

In the same way, in other cases where it was necessary to draw a dividing line between the sovereign rights of the state and supranational power, the Court was forced to draw this line. So, in an advisory opinion of October 30, 2017 (at the request of the EEC), concerning Art. 29 of the Treaty – it was decided that sovereign competence is valid where states have failed to agree and where, by virtue of international law, their free will remains. In this case, the Court found that a Member State may apply restrictions in mutual trade in goods on the grounds specified in paragraph 1 of Art. 29 of the Treaty, and that the introduction of such restrictions does not require prior agreement with other Member States and the adoption of an international treaty.

Secondly, several times the subject of consideration was the principle of equality, which turned out to be the most important and difficult to explain. In court it is difficult to recognise its real, not formal essence. Often equality is understood by judges in a formal manner.

Regarding this principle, the Court had two cases related to duties and payments to the general budget: the case on the application of the Ministry of National Economy of the Republic of Kazakhstan was closed on January 17, 2018. In 2019, a similar case was pending before the Court on the application of the EEC – both applicants requested to clarify the Protocol on the procedure for crediting and distributing the amounts of import customs duties (other duties, taxes and fees having equivalent effect), their transfer to the income of the budgets of the Member States (Annex No. 5 to the Treaty). The principle of equality was also important in the case of the statement of the Russian Federation on compliance by the Republic of Belarus of the provisions of the Treaty and international treaties within the Union.

As a rule, the claims concerned the greater rights of one of the member states, and each of them was convinced that they had the right to have more rights in a supranational organisation. At the same time, when applying to

the Court, the applicants referred to equality in agreeing on freedom, not taking into account that the supranational organisation is based on the principle of economic contribution.

In a case of an interstate dispute, the Court resolved the dispute in favour of the Russian Federation (the claims of Russia were satisfied), but with five separate opinions. In another case (according to the statement of the Republic of Kazakhstan), the case was dismissed, but also with separate opinions, thanks to which the issue is currently being resolved in other bodies of the Union according to a process built into separate opinions¹⁷. This also showed the role of separate opinions – the positions expressed in them by judges can be further used by states to resolve a controversial issue or adopt a contractual norm along with the positions set forth in an act of the Court to which separate opinions are attached. Two separate opinions are also attached to the advisory opinion of 16 October, 2019 on the issue of fees¹⁸. The direction of development of legal regulation of this issue has not yet been determined.

In general, we can say that the Court's function has taken place: normative control is based on international law, and all disputed issues are resolved on the basis of international legal standards, legal positions set forth in the acts of the Court and separate opinions of judges influence the development of Eurasian law.

However, today it is important for the Court to find a balance between activism and conservatism both in resolving international conflicts and in interpreting law. Here, too, we can say that two trends have taken shape.

Firstly, activism in the EAEU Court is manifested in human rights issues. The court began to interpret human rights issues, although such competence was not transferred to it (it remained with the member states). Ideally, the Court is called upon to consider only matters of an economic order. However, the Court is active and resolves human rights issues even when the Treaty does not contain direct rules on this matter. The Court, given the breadth of applicable law, bases its work on universal norms of international law that dictate the protection of human rights.

An example is the advisory opinion of December 7, 2018 on the application of the EEC for clarification of paragraph 2 of Art. 97 of the Treaty. This related to the implementation of labour activities by professional athletes who are citizens of Member States, and the possibility of establishing quantitative

¹⁷ The issue is discussed at meetings of the Board and the Council of the EEC and other EAEU bodies in order to develop a procedure for the reimbursement of the due payments by a member state.

¹⁸ Advisory opinion of October 16, 2019 on the application of the Eurasian Economic Commission on the clarification of paragraph 1 of the Protocol on the procedure for crediting and distributing the amounts of import customs duties (other duties, taxes and charges having equivalent effect), their transfer to the income of the budgets of member states (Annex No. 5 to the Treaty). The separate opinions of judges T.N. Neshataeva and V.Kh. Seitimova.

restrictions in national legislation applicable to this category of persons in carrying out labour activities. It should be noted that the regulation of sports relations should be transferred to the EEC in 2022, but already in 2018 the Court concluded that it is not allowed to establish labour restrictions in the laws of the Member States and local acts of organisations of physical education and sports, as well as the application of current quantitative restrictions on professional athletes who are citizens of the Member States of the Union with respect to their work, occupation and territory of residence. Today, the rules of law of the Russian Federation are changed on the basis of this conclusion. In addition, several cases dealt with issues of internal law of an international organisation, and the rights of employees. For example, in an advisory opinion of December 20, 2018, the Court established that the period of work of officials and employees in the Commission and the Court should be included in the length of public service in order to establish social guarantees, including for the provision of a pension for long service. This to be based on that labour experience, which is indicated in the international treaty, but not in the legislation of the Russian Federation.

However, the Court does not always take this position. In the field of protecting the rights of entrepreneurs, the Court more often decides in favour of states. As a result, the applicants may suffer losses, sometimes completely losing their business due to the actions of state bodies. The Court considers that all this happens within the framework of national competence and should not interfere. Nevertheless, the general trend is currently changing and consists in the fact that the Court is increasingly taking on the issues of human rights, which should be considered as entirely reasonable in accordance with the current trends in international law¹⁹.

Given the level of protection of human rights in international law, I emphasise that no court can leave the agenda for the protection of human rights, especially economic, unattended. In addition, the Court is active in helping to develop the competence of the EEC.

In contrast to the European Commission as a regulatory body of the European Union, the EEC is not yet distinguished by a strong power base and aspiration. The court helps the establishment of a supranational power, since it is sometimes not able to resist the pressure of national authorities. EEC departments act according to the rules imposed by the national executive bodies. For example, decisions of the Court on the applications of Oil Marine Group LLC and Shiptrade LLC, and advisory opinions on cases related to labour relations in the EAEU as an international organisation.

¹⁹ For example, the case according to the statement of IP Tarasik K.P. (judgment of the Chamber of the Court of December 28, 2015, judgment of the Appeals Chamber of the Court of March 3, 2016), the case according to the statement of ZAO Sanofi-Aventis Vostok (judgment of the Chamber of the Court of December 21, 2018, judgment of the Appeals Chamber of the Court of March 7, 2019).

Another example is an advisory opinion dated June 18, 2019 at the request of the National Chamber of Entrepreneurs of the Republic of Kazakhstan "Atameken" which shows that the fulfillment of supranational powers requires a critical assessment of national authorities.

At the same time, in some issues the Court shows excessive conservatism. This, oddly enough, is its direct competence – control over the activities of the Commission. The court very often takes the position of the authorities here – remembering the civilisational basis of "obey and respect the authorities". It is very difficult for a court of complex composition to overcome a similar approach in cases to protect legal entities that challenge the decisions of the Commission.

The Court does not have much success here, but they do have it. One example was in the case, according to the statement of Shiptrade LLC, the Commission's decision to classify the ship's diesel engine in accordance with the Foreign Economic Activity Commodity Nomenclature of the EAEU's was cancelled. In this case, according to the application of Oil Marine Group LLC, the Court recognised the Commission's inaction when monitoring and controlling the implementation of international treaties within the Union as being non-compliant with the Treaty. The Commission examined the legislative framework of member states, but not the practice of its application. This last case caused a negative reaction from lawyers, who considered that the Court inappropriately deploying activism [Tolstykh, V.L., 2019]. However, the loser defendant – the Commission – did not appeal the decision, possibly because the College of the Court, in the reasoning of the decision, revealed those monitoring questions that the EEC could not resolve on its own. Currently, in pursuance of the recommendations of the Court, a draft Regulation on monitoring and control of the implementation of international treaties within the Union is being developed by the regulatory body, which is being created, inter alia, on the basis of the provisions set forth in the judicial act.

Thus, it can be stated that a balance between the active and conservative behaviour of the Court has not yet been found. Assuming where the equilibrium point can be located, it is most likely in protecting the economic rights of individuals and legal entities. Perhaps it should be borne in mind that it should not be for a specific person, but rather the protection of an indefinite number of persons participating in the economic and social relations on the territory of the Union.

Finally, the last problem is a point of balance in matters of ethics. This is the most difficult question. It is impossible to assume that an answer to it will be found in the near future. The latter is again connected with the inability to determine general civilisation values. The Court finds it very difficult to make decisions. The presence of a large number of separate opinions indicates that it is impossible to make these decisions stably and by consensus. This is connected precisely with the multiconfessional

composition of the Eurasian court. What is good (and seems normal) for a Russian Christian, may seem unacceptable to a representative of the Muslim worldview. For example, it is most difficult to recognise the rule of law over the rule of power or to prioritise special knowledge over the general legal sense of justice, or to practice the rotation of administrative posts based on gender equality, and/or national equality. It is enough to mention that so far only judges from the Republic of Belarus and the Republic of Kazakhstan have been elected as the President of the Court.

All such issues, given the complexity of the relevant relations, cannot even be meaningfully discussed, because there are no ethics commissions or a disciplinary body in the international court, and there is no general body to assist judges. Perhaps these problems can be resolved only by amending the Treaty, the wording of which currently allows a very formal reading. This applies, for example, to the requirements for the election of the President or the appointment of judges, as stipulated in paragraph 9 of the Statute of the Court: "Judges must have high moral standards, be highly qualified specialists in the field of international and domestic law, and also, as a rule, meet the requirements for to judges of the highest judicial bodies of the Member States". The norm does not contain a procedure for verifying these material requirements, either nationally or internationally. Meanwhile, it is well known: without a suitable process, substantive law does not work. How is the criterion established in the field of education, in the field of culture, in the field of the ability to work in higher courts? In a situation where these criteria are vague and there is no verification mechanism, it is difficult for the international composition of the Court to find ethical consensus, which does not exclude its emergence as integration develops. In conclusion, it should be noted that the formation of a judicial body is a serious problem for many international courts [Neshataeva, T.N., 2019].

References

- Bacon, F., 1937. *O printsipakh i nachalakh* = [Principles and origins]. Moscow: Sotsekiz. (In Russ.)
- Berdyayev, N.A., 1989. *Filosofiya svobody. Smysl tvorchestva* = [The Philosophy of Freedom. The Meaning of the Creative Act]. Moscow: Pravda. (In Russ.)
- Berg, L.V.S. van den, 2005. *Osnovnye nachala musul'manskogo prava soglasno ucheniyu imamov Abu Khanify i Shafii* = [The main beginnings of the Islamic law according to the doctrine of imams Abu Hanify and Shafiya]. Moscow: Natalis. (In Russ.)
- Bergel, J.-L., 2000. *Obshchaya teoriya prava* = [The general theory of law]. Translated by G.V. Churshukova. Moscow: Izd. dom Notabene. (In Russ.)

- Cardozo, B., 2017. *Priroda sudeyskoy deyatel'nosti* = [The Nature of the Judicial Process]. Moscow: Statut. (In Russ.)
- De Cruz, P., 1999. *Comparative law in a changing world*. London; Sydney: Cavendish Publishing Limited.
- Etzioni, A., 2001. *Political unification revisited: On building supranational communities*. Lanham: Lexington Books.
- Finnis, J., 2012. *Estestvennoe pravo i estestvennye prava* = Natural right and natural rights. Translated from English by V.P. Gaydamak and A.V. Panikhina. Moscow: IRISEN. (In Russ.)
- Frolov, E.D., 2006. [A problem of civilisations in historical process]. *Vestnik S.-Peterburgskogo universiteta. Ser. 2: Istoriya* = [Bulletin of the St. Petersburg university. Series 2: History], 2, pp. 96–100. (In Russ.)
- Fuller, L., 2007. *Moral' prava* = [The Morality of Law]. M.: IRISEN. (In Russ.)
- Goebel, R., 2013. Supranational? Federal? Intergovernmental? The governmental structure of the European Union after the treaty of Lisbon. *Columbia Journal of European Law*, 20(1), pp. 77–142.
- Grotius, G., 1994. *O prave voyny i mira: Tri knigi, v kotorykh ob'asnyayutsya estestvennoe pravo i pravo narodov, a takzhe printsipy publichnogo prava* = [On the law of war and peace: Three books that explain natural law and the law of Nations, as well as the principles of public law]. Moscow: Lodomir. (In Russ.)
- Gryazin, I., 1983. *Tekst prava: Opyt metodologicheskogo analiza konkuriruyushchikh teorii* = [Text of the Law: Experience of the methodological analysis of the competing theories]. Tallin: Eesti Raamat, 1983. (In Russ.)
- Gumilev, L.N., 1989. *Drevnyaya Rus' i Velikaya step'* = [Ancient Rus and the Great Steppe]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Huntington, S., 1996. *The clash of civilizations and the remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster.
- Ispolinov, A.S., 2018. *Mezhdunarodnoe pravosudie: itogi 2018 goda* = [International justice: results of 2018]. Available at: <https://zakon.ru/blog/2018/12/27/mezhdunarodnoe_pravosudie_itogi_2018_goda>. (In Russ.)
- Jodoin, S., 2010. Understanding the behaviour of international courts. An examination of decision-making at the ad hoc International Criminal Tribunals. *Journal of International Law and International Relations*, 6(1), pp. 1–34.
- Kapustin, A.Ya., 2015. Law of the Eurasian Economic Union: international legal discourse. *Zhurnal rossiyskogo prava* = [Journal of Russian Law], 11, pp. 59–69. (In Russ.)

- Karamzin, N.M., 1816–1829. *Istoriya gosudarstva Rossiyskogo* = [History of the Russian State]. In 12 vols. St. Petersburg. (In Russ.)
- Kasanova, M.B., 2015. *Teoriya i praktika pravovogo regulirovaniya transgranichnogo funktsionirovaniya i ispol'zovaniya interneta* = [Theory and practice of legal regulation of cross-border functioning and use of the Internet]. Moscow: MGIMO. (In Russ.)
- Kischel, U., 2015. *Rechtsvergleichung*. München: C.H. Beck.
- Klyuchevsky, V.O., 1987–1990. *Kurs russkoy istorii* = [Course of the Russian history]. Collected works in 9 volumes. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Kofanov, L.L., 2015. *Vneshnyaya sistema rimskogo prava: pravo prirody, pravo narodov i kommercheskoe pravo v yuridicheskoy mysli antichnosti* = [External system of Roman Law: the law of nature, the law of peoples and the commercial law in the legal thought of antiquity]. Moscow: Statute. (In Russ.)
- Kolodkin, R.A., 1986. *Mezhdunarodnye rekomendatel'nye normy (na primere rezolyutsiy-rekomendatsiy General'noy Assamblei OON)* = [The international referral standards (on the example of resolutions recommendations of the United Nations General Assembly)]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Laryuel, M., 2000. [Reconsideration of the empire in the former Soviet Union: New Eurasian ideology]. *Vestnik Evrazii* = [Messenger of Eurasia], 1, pp. 5–18. (In Russ.)
- Lazarev, V.V., 2001. [Conciliarism]. *Novaya filosofskaya entsiklopediya* = [The New philosophical encyclopedia]. In 4 vols. Moscow: Mysl'. Vol. 3. Pp. 580–581. (In Russ.)
- Lenaerts, K. and Nuffel, P. van, 2005. *Constitutional Law of the European Union*. Ed. R. Bray. London: Sweet & Maxwell.
- Leoni, B., 2008. *Svoboda i zakon* = [Freedom and the Law]. Moscow: IRISSEN. (In Russ.)
- Mortimer, E., 1991. Christianity and Islam. *International Affairs*, 67(1), pp. 7–13.
- Nersesyants, V.S., 2005. *Filosofiya prava* = [Philosophy of Law]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Nersesyants, V.S., ed., 2004. *Istoriya politicheskikh i pravovykh ucheniy* = [The history of political and legal doctrines]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Neshataeva, T.N., 2017. Court of EAEU: from a legal position to the existing law. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 9, pp. 5–21. (In Russ.)
- Neshataeva, T.N., 2019. International judge: nothing personal. *Mezhdunarodnoe pravosudie* = International Justice, 1, pp. 23–42. (In Russ.)

Prodi, P., 2017. *Istoriya spravedlivosti: ot plyuralizma forumov k sovremennomu dualizmu sovesti i prava* = [The history of justice: from the pluralism of forums to the modern dualism of conscience and law]. Translated from Italian by I. Kushnareva. Moscow: Izd-vo Instituta Gaydara, 2017. (In Russ.)

Thiemeyer, G., 1998. Supranationalität als Novum in der Geschichte der internationalen Politik der fünfziger Jahre. *Journal of European Integration History*, 4(2), pp. 5–21.

Tolstykh, V.L., 2019. Intolerable logic of the Court: The comment on the Judgment of the Court of the Eurasian Economic Union of October 11, 2018 in the matter of Oil Marin Group (Russian Federation) vs the Commission. *Mezhdunarodnoe pravosudie* = International Justice, 2, pp. 128–135. (In Russ.)

Tunkin, G.I., 1970. *Teoriya mezhdunarodnogo prava* = [Theory of international law]. Moscow: Mezhdunar. otnosheniya, 1970. (In Russ.)

Weiss, B.G., 2008. *Dukh musul'manskogo prava* = The Spirit of Islamic Law. Moscow; St. Peterburg: Dilya. (In Russ.)

Yablochkov, T.M., 2009. [Course of the international civil procedural law]. In: *Zolotoy fond rossiyskoy nauki mezhdunarodnogo prava* = [Golden fund of the Russian science of international law]. Vol. 2. Moscow: Mezhdunar. otnosheniya. Pp. 329–460.

Zweiygert, K. and Kötz, H., 2000. *Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava* = [Introduction to comparative law in the field of private law]. Vol. 1. Moscow: Mezhdunar. otnosheniya. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Tatyana N. Neshataeva, Dr. Sci. (Law), Professor, Judge of the Court of the Eurasian Economic Union (5 ul. Kirova, Minsk 220006, Republic of Belarus).

Нешатаева Татьяна Николаевна, доктор юридических наук, профессор, судья Суда Евразийского экономического союза (220006, Республика Беларусь, г. Минск, ул. Кирова, д. 5).

E-mail: tneshataeva@gmail.com

Цифровая трансформация российского уголовного судопроизводства

Е.В. Марковичева*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет
правосудия», г. Москва, Российская Федерация
markovicheva@yandex.ru*

Введение. В большинстве современных государств наблюдается трансформация уголовного процесса под влиянием цифровых технологий. Уголовный процесс более консервативен и менее расположен к информационной модернизации по сравнению с другими видами судопроизводства. Несмотря на это, проблемы цифровизации уголовного судопроизводства активно исследуются учеными. В отдельных государствах наработан требующий изучения первый опыт практического использования цифровых технологий в уголовном процессе.

Теоретические основы. Методы. Теоретической основой исследования явились российские и зарубежные научные работы в области уголовно-процессуального права, посвященные проблемам внедрения информационных технологий в уголовное судопроизводство. Сравнительно-правовой анализ позволил выявить общие направления в цифровом преобразовании уголовного процесса в современных государствах. На основе формально-юридического метода и общенаучных методов исследованы особенности рассмотрения судами уголовных дел в условиях активного внедрения новых технологий.

Результаты исследования. В статье раскрыты перспективные направления внедрения в российский уголовный процесс цифровых технологий. Оценивается влияние пандемии COVID-19 на деятельность судов по рассмотрению материалов уголовных дел.

Обсуждение и заключение. Цифровизация уголовного судопроизводства обеспечивает его оптимизацию и может трансформировать порядок и способы защиты и обеспечения прав участников процесса. Информационные технологии могут использоваться при производстве отдельных уголовно-процессуальных действий и принятии процессуальных решений как в судебных, так и в досудебных стадиях. Однако необходимы дальнейшие научные исследования рассматриваемых вопросов и подготовка концептуальных предложений законодателю, направленных на изменение норм действующего уголовно-процессуального закона.

Ключевые слова: уголовный процесс, цифровые технологии, электронное правосудие, транспарентность правосудия, «электронное уголовное дело»

Для цитирования: Марковичева Е.В. Цифровая трансформация российского уголовного судопроизводства // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 86–99. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.86-99.

Digital Transformation of Russian Criminal Proceedings

Elena V. Markovicheva*

** Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation
For correspondence: markovicheva@yandex.ru*

Introduction. Currently, in most states, criminal process undergoes a transformation under the influence of digital technology. However, compared to other types of legal proceedings, criminal process is more conservative and less inclined towards the modernization of information. Despite this, problems of digitalization of criminal proceedings are being actively investigated by scientists. In some states, practical use of digital technologies in criminal proceedings has already been attempted, which requires study.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the study was Russian and foreign scientific works in the field of criminal procedure law, devoted to the problems of introducing informational technologies into criminal proceedings. Comparative legal analysis revealed the general directions in the digital transformation of the criminal process in modern states. Based on the formal legal method and general scientific methods, the features of the consideration of criminal cases by the courts in the context of the active introduction of new technologies are investigated.

Results. The article reveals promising directions for introducing digital technologies into the Russian criminal process. The impact of the COVID-19 pandemic on the activity of courts for the examination of criminal case materials is assessed.

Discussion and Conclusion. The digitalization of criminal proceedings ensures their optimization and can transform the mechanisms of protecting and ensuring the rights of participants in the process. Modern technologies can be used during certain stages of criminal proceedings and in the making of procedural decisions both in judicial and in pre-trial stages. However, further scientific research of the issues under consideration, as well as preparation of conceptual suggestions to the legislator with the purpose of changing the norms of the current criminal procedure law are necessary.

Keywords: criminal justice, digital technologies, e-justice, transparency of justice, "e-criminal case"

For citation: Markovicheva, E.V., 2020. Digital transformation of Russian criminal proceedings. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 86–99. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.86-99.

Введение

В последнее десятилетие в рамках уголовно-процессуального права ведется активная научная дискуссия относительно цифровой трансформации уголовного судопроизводства. Российские и зарубежные исследователи акцентируют внимание на различных аспектах данной проблематики. Но наиболее часто предметом исследования становятся: вопросы совершенствования уголовного судопроизводства в условиях его цифровизации [Качалова, О.В. и Цветков, Ю.А., 2015; Власова, В.С., 2018; Зуев, С.В., 2018], проблемы использования цифровых доказательств [Пастухов, П.С., 2015], их недостатки и преимущества [Novak, M., 2020], использование информационных технологий для оптимизации рутинных процедур [Марковичева, Е.В., 2019], использование современных технологий в расследовании и предупреждении преступлений [Суходолов, А.П. и Бычкова, А.М., 2018].

Несмотря на активное обсуждение этих и других вопросов, тема цифровизации уголовного процесса явно не исчерпана. Это связано в первую очередь с интенсивным развитием самих технологий и их активным проникновением во все сферы общественной жизни. В то же время преобразование судопроизводства под влиянием информационных процессов может не только вести к позитивным изменениям, но и нести риски, которые следует минимизировать. Это и повышение процессуальных издержек, и обеспечение прав участников уголовного судопроизводства, и формирование и исследование доказательств. В силу этого обстоятельства перспективной видится дальнейшая разработка различных проблемных вопросов, так или иначе связанных с проникновением цифровых технологий в уголовный процесс. Данная статья представляет собой попытку наметить основные перспективные направления для дальнейших исследований и изменения законодательства и судебной практики.

Теоретические основы. Методы

Теоретической основой исследования послужили российские и зарубежные научные работы в области уголовно-процессуального права, посвященные изменению уголовного процесса в связи с использованием информационных технологий. Использование сравнительно-правового метода исследования позволило раскрыть различные подходы к цифровизации уголовного судопроизводства в отдельных государствах. На основе формально-юридического метода и общенаучных методов исследованы особенности рассмотрения судами уголовных дел в условиях активного внедрения новых технологий.

Результаты исследования

Особенностью организации общественной жизни в новом тысячелетии стало активное проникновение информационных технологий во все ее сферы. Государства активно развивают цифровую инфраструктуру и решают с ее помощью целый ряд важных задач, связанных с доступом граждан к государственным услугам. Цифровизация вызвала к жизни значительное количество сервисов, позволяющих повысить качество жизни населения. Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы в качестве одной из приоритетных задач обозначила «развитие технологий электронного взаимодействия граждан, организаций, государственных органов, органов местного самоуправления»¹. К сожалению, нарастающие темпы цифро-

¹ Указ Президента Российской Федерации от 9 мая 2017 г. № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2017. № 20. Ст. 2901.

визации не только позитивно преобразуют социум, но и порождают ряд новых угроз в виде цифрового неравенства, киберпреступности и других негативных факторов, о которых государства вынуждены помнить, определяя основные направления государственной политики в области информатизации общества.

Однако процесс цифровизации уже невозможно остановить, и он будет определять вектор развития не только современной экономики, но и права. Особо отчетливо неизбежность подобной трансформации правоприменительной практики обозначилась в 2020 г. в связи с невозможностью полноценной реализации права в условиях пандемии COVID-19. Возникшая угроза здоровью людей привела к социальному дистанцированию и с особой остротой поставила вопрос об изменении деятельности судов и правоохранительных органов. Для большинства государств актуальным стал вопрос онлайн-правосудия и определения рамок его использования. Россия также столкнулась с необходимостью решения этой проблемы, а Президиум Верховного Суда Российской Федерации и Президиум Совета Судей Российской Федерации совместными постановлениями определили временный порядок функционирования судов². Суды стали более активно принимать документы через электронные интернет-приемные, рассматривать преимущественно безотлагательные дела, чаще использовать системы видеоконференц-связи. Несмотря на наличие объективных сложностей, связанных с работой судов в новых условиях, по данным Верховного Суда Российской Федерации, в период с 18 марта по 20 апреля 2020 г. судами было рассмотрено более 2 млн дел и материалов. При этом в полтора раза выросло количество документов, поданных в электронном виде, по сравнению с аналогичным периодом 2019 г. и было проведено 8 тыс. судебных заседаний с использованием видеоконференц-связи³.

Во втором подготовленном Верховным Судом Российской Федерации Обзоре по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19), от 30 апреля 2020 г. содержится рекомендация судам по делам, требующим безотлагательного рассмо-

² См.: Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Совета судей Российской Федерации от 18 марта 2020 г.; Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Совета судей Российской Федерации от 8 апреля 2020 г. (с изм. от 29 апреля 2020 г.) // Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: https://www.vsrfr.ru/press_center/news (дата обращения: 29.04.2020).

³ Работа отечественных судов в условиях пандемии // Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: http://www.supcourt.ru/press_center/news/28858/ (дата обращения: 25.04.2020).

трения, использовать системы видеоконференц-связи, «что позволит обеспечить личное участие и соблюдение процессуальных прав подозреваемого, обвиняемого, подсудимого и других лиц в судебном заседании»⁴.

В целом такой подход к организации судебной деятельности в не совсем обычных условиях социальной жизни соответствует общемировому вектору.

Китай, первым столкнувшийся с необходимостью социального дистанцирования, стал активно использовать возможности онлайн-правосудия, развиваемого в стране с 2017 г. Использование современных технологий позволило создать централизованную электронную платформу всех судебных решений, к которой подключено более 12 тыс. судов. Такая техническая подготовленность позволила китайским судам рассматривать удаленно в том числе и уголовные дела. В прессе описывается онлайн-процесс, в котором судья единолично, без участия сторон, рассматривал уголовное дело в отношении лица, нарушившего противоэпидемические правила. По результатам такого рассмотрения обвиняемый был приговорен к девяти месяцам тюремного заключения⁵. По данным Высшего Народного Суда Китая, с 3 февраля по 20 марта 2020 г. с помощью интернета было проведено 110 тыс. судебных процессов⁶.

В *Великобритании* получили распространение онлайн-услуги, связанные с дистанционным обращением граждан в суд. Для слушаний по отдельным делам стали использовать возможности Skype и CloudVideoPlatform, предоставляя гражданам инструкции по участию в таких слушаниях и соответствующую техподдержку. В режиме «remote justice» – удаленного правосудия – суды стали рассматривать все срочные материалы, в частности об освобождении обвиняемого под залог или продлении срока содержания под стражей. Ведется работа над законопроектом, позволяющим распространить возможность видеозаписи свидетельских показаний и их онлайн-трансляции на все группы свидетелей в уголовном процессе, тогда как в настоящее время

⁴ Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 2 // Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: https://www.vsr.f.ru/press_center/news/28883/ (дата обращения: 30.04.2020).

⁵ Coronavirus and the courts: how will a pandemic affect the conduct of litigation? // The Lawyer. URL: <https://www.thelawyer.com/coronavirus-and-the-courts-a-boost-for-online-reform/> (дата обращения: 25.04.2020).

⁶ China steps up online litigation services amid coronavirus epidemic // The Star. URL: <https://www.thestar.com.my/news/regional/2020/03/30/china-steps-up-online-litigation-services-amid-coronavirus-epidemic> (дата обращения: 25.04.2020).

видеозапись используется только в отношении свидетелей, требующих защиты⁷.

В Казахстане суды по рекомендации Верховного Суда Республики Казахстан практически полностью перешли на дистанционный режим работы и более 90% дел, включая уголовные, рассматриваются с использованием IT-технологий⁸. По мнению О.В. Качаловой, наметилась некая тенденция к рассмотрению судопроизводства как особой услуги, предоставляемой гражданам [Качалова, О.В., 2019, с. 10].

Очевидно, что эпидемия 2020 г. заставит и другие государства более активно использовать возможности информационных технологий в сфере правосудия.

Последние пятнадцать лет в России постоянно повышался уровень обеспеченности судебной системы новым цифровым инструментарием, что позволило повысить открытость судебной системы и облегчить доступ граждан к правосудию. Однако обеспечение принципа транспарентности правосудия не только привело к продуктивному использованию современных информационных технологий в деятельности судов, но и породило довольно острую научную дискуссию о возможности цифрового преобразования различных видов судопроизводства.

Отдельные исследователи акцентируют внимание на возможностях информационных технологий в оптимизации всей уголовно-процессуальной деятельности. О.В. Качалова и Ю.А. Цветков считают, что цифровизация уголовного судопроизводства должна идти параллельно в двух направлениях: «Во-первых, в направлении внедрения новых информационных технологий, способствующих повышению открытости, доступности и оперативности правосудия, а во-вторых, в направлении усовершенствования самого процесса посредством снижения его избыточного формализма» [Качалова, О.В. и Цветков, Ю.А., 2015, с. 95].

С.В. Зуев и Е.В. Никитин, поддерживая концепцию «электронного уголовного дела», акцентируют внимание на необходимости изменения модели доказывания и на возможности внедрения в судебную практику элементов «гибридного» искусственного интеллекта, позволяющего выполнить некую алгоритмизацию процесса принятия судебных решений [Зуев, С.В. и Никитин, Е.В., 2017].

Следует отметить, что сторонники скорейшего внедрения в российский уголовный процесс электронного уголовного дела, как пра-

⁷ HMCTS daily operational summary on courts and tribunals during coronavirus (COVID-19) outbreak // Official site GOV.UK. URL: <https://www.gov.uk/guidance/hmcts-daily-operational-summary-on-courts-and-tribunals-during-coronavirus-covid-19-outbreak> (дата обращения: 25.04.2020).

⁸ Суды Казахстана перешли на дистанционный формат работы из-за режима ЧП // Официальный сайт Верховного Суда Республики Казахстан. URL: <http://sud.gov.kz/rus/news/sudy-kazahstana-pereshli-na-distancionnyy-format-raboty-iz-za-rezhima-chp> (дата обращения: 27.04.2020).

вило, считают необходимым изучать и учитывать уже наработанный зарубежный опыт⁹ и трезво оценивают те риски, которые несет в себе такая трансформация уголовного судопроизводства [Головко, А.В., 2019].

Ряд исследователей идет дальше в оценке потенциала современных технологий в преобразовании системы уголовного правосудия. В частности, В.С. Власова видит в использовании цифровых технологий «революционный» потенциал для сущностного изменения уголовного процесса и считает неприемлемым лишь реализацию предложений «по переходу на электронный документооборот, созданию электронного аналога “уголовного дела”, о дублировании процессуальных действий и решений в электронном виде» [Власова, В.С., 2018].

Другие ученые выражают более скептическое отношение к возможности качественного изменения сущности российского уголовного судопроизводства вследствие проникновения в него цифровых технологий. Как отмечает А.В. Головко, допустимо говорить лишь о том, что «уголовный процесс и его участники, включая, разумеется, государственные органы, являются одними из потребителей коммерциализации достижений научно-технической революции», но такие преобразования не способны «заменить классический уголовный процесс каким-то “новым уголовным процессом”» [Головко, А.В., 2019, с. 16].

В целом дискуссионность данной проблематики присуща не только российской юридической науке. Зарубежные правоведы также активно обсуждают возможности и риски цифровизации правосудия [Богданович, Н.А., 2018]. Часть исследователей действительно предлагает революционные преобразования в системе правосудия. Одним из сторонников цифровой революции является профессор Оксфордского университета Ричард Сасскинд, получивший докторскую степень за исследование возможностей использования искусственного интеллекта в праве. Ученый предлагает в перспективе отойти от традиционного правосудия по малозначительным делам через реализацию концепции онлайн-судов. При этом современный синхронный и публичный судебный процесс, предполагающий судоговорение и одновременную включенность многих участников, трансформируется в асинхронный, не предполагающий одновременного взаимодействия многих людей. На первом этапе такой трансформации, по мнению исследователя, решения будут приниматься человеком, на последующих – искусственным интеллектом. В результате такого реформирования правосудие должно стать более доступным [Susskind, R., 2019]. Справедливости ради отме-

⁹ Выступление председателя Совета судей Российской Федерации В.В. Момотова на пленарном заседании по теме «Перспективы использования искусственного интеллекта в судебной системе Российской Федерации», г. Катар // Официальный сайт Совета судей Российской Федерации. URL: <http://www.ssrf.ru/news/lienta-novostiei/36912> (дата обращения: 29.04.2020).

тим, что юридическое сообщество хотя и признает данные идеи интересными, но настороженно относится к их воплощению в жизнь, а сам исследователь в большей степени нацелен все же на реформирование гражданского, а не уголовного процесса.

Опасения юридического сообщества, не готового к столь кардинальным преобразованиям в сфере судебной деятельности, можно понять. И связаны они не столько с привычным консерватизмом правоведов и правоприменителей, сколько с оценкой как преимуществ, так и рисков такой трансформации правосудия. Озабоченность снижением контроля пользователей за искусственным интеллектом в судопроизводстве нашла отражение в Европейской этической хартии об использовании искусственного интеллекта в судебных системах и окружающих их реалиях, принятой Европейской комиссией по эффективности правосудия 3–4 декабря 2018 г.¹⁰

На эти риски обращал внимание в своем выступлении на пленарном заседании международной конференции «Global Judicial Integrity Network» в Катаре и председатель Совета Судей Российской Федерации В.В. Момотов, отметивший, что можно и нужно применять искусственный интеллект для решения отдельных задач, в том числе для улучшения доступа граждан к правосудию, но речь не должна идти о замене судьи искусственным интеллектом, так как «суд при вынесении решения руководствуется целым рядом оценочных и ценностных критериев, закрепленных в законе» [Выступление председателя Совета судей Российской Федерации В.В. Момотова, 2020].

Остановимся кратко на реальных возможностях изменения уголовного судопроизводства под влиянием цифровых технологий.

Сразу же оговоримся: необходимо признать тот факт, что особенности уголовного процесса оставляют гораздо меньше возможностей для его «оцифровки» в сравнении с другими видами судопроизводства. Эти же особенности повышают и риски нарушения прав и законных интересов участников процесса при использовании современных технологий. Поэтому любому внедрению технологий в уголовное судопроизводство должна предшествовать оценка возникающих рисков.

В настоящее время обозначились несколько разрабатываемых учеными и практиками направлений цифрового преобразования уголовного процесса.

Первое связано с использованием возможностей современных технологий в профилировании преступников, раскрытии преступлений и прогнозировании рисков рецидива и дальнейшей криминализации.

¹⁰ Европейская этическая хартия об использовании искусственного интеллекта в судебных системах и окружающих их реалиях // Concil of Europe. URL: <https://rm.coe.int/ru-ethical-charter-en-version-17-12-2018-mdl-06092019-2-/16809860f4> (дата обращения: 29.04.2020).

Данные аспекты активно исследуются не только зарубежными, но и российскими учеными-криминалистами и криминологами [Суходолов, А.П. и Бычкова, А.М., 2018].

Второе направление по своей сути представляет различные варианты оптимизации рутинных процессов за счет использования информационных технологий, что приводит к созданию особого массива больших данных, внедрению систем видеоконференц-связи, формированию электронного образа уголовного дела, созданию онлайн-сервисов для обращения в суд, преобразованию системы документооборота. Это наиболее разработанное направление, детально освещенное в научной литературе преимущественно в контексте обеспечения эффективного доступа к правосудию. Как отмечает А.Н. Масленникова, «оптимизация уголовного судопроизводства путем использования цифровых технологий позволит уйти от бумажной волокиты, необоснованного отказа в возбуждении уголовного дела, необоснованного приостановления и прекращения дел, защитит конституционное право граждан на доступ к правосудию» [Масленникова, А.Н., 2020, с. 70].

Наметилось и третье направление в исследовании данной проблематики, связанное с использованием возможностей искусственного интеллекта в принятии судебных решений, что позволило ряду ученых высказаться по вопросам недопустимости появления роботов-судей [Клеандров, М.И., 2018]. Подобные опасения стали высказываться учеными после того, как в прессе появилась информация о просчитанных искусственным интеллектом с достаточно высокой степенью точности решениях Европейского суда по правам человека. Однако технология такого эксперимента освещалась крайне скупо, поэтому ряд важных деталей оказались упущенными в процессе бурной дискуссии. При более же детальном изучении данного вопроса становится очевидным, что речь не идет о возможности прогнозирования любых решений Европейского суда по правам человека, поскольку нейросетью с ориентировкой на определенный набор слов в тексте лишь прогнозировалось, какие из поступивших жалоб будут признаны приемлемыми, а какие – нет [Medvedeva, M., Vols, M. and Wieling, M., 2019].

Обсуждение и заключение

Применительно к проблемам российского уголовного процесса отметим, что цифровизация может оказать позитивное влияние на уголовное судопроизводство в целом. Однако это требует решения нескольких системных задач.

1. Целесообразным видится переход от декларирования идей качественной трансформации уголовного процесса под влиянием цифровых технологий к определению реальных направлений его модернизации. При этом вектор научной дискуссии должен быть смещен с обще-

теоретического обсуждения негативного и во многом фантастичного сценария неподконтрольного человеку искусственного интеллекта, который мог бы заменить судью, на анализ наиболее рациональных механизмов такой модернизации. При этом должно быть понимание, как те или иные технологии повлияют на сущностные стороны уголовного процесса, например на общие условия судебного разбирательства. Здесь неизбежно возникнут острые вопросы, касающиеся гласности, непосредственности судебного разбирательства, его регламента, обеспечения равенства сторон. Наделение помощника судьи процессуальными полномочиями заставило юридическое сообщество задуматься относительно пределов его вмешательства в отправление правосудия при реализации предусмотренных полномочий. Представим, что часть этих полномочий будет делегирована гибридному интеллекту, который при этом должен остаться подконтрольным человеку. Ответы на эти вопросы в конечном итоге с доктринального уровня должны перейти на законодательный уровень и найти отражение в тексте УПК РФ.

2. Необходимы определение тех проблемных положений уголовного судопроизводства, которые могут быть решены с использованием достижений цифровой революции и, соответственно, системные изменения законодательства. К сожалению, многие нормы УПК РФ не позволяют сейчас использовать вполне доступные технологии, не требующие глобальных разработок. Отказ от использования видеоконференц-связи часто является не следствием ограниченных технических возможностей, а прямым результатом пробелов в уголовно-процессуальном законе.

3. Обязательны оценка рисков, которые несет цифровизация уголовного процесса, и последующее принятие превентивных мер к их снижению. Например, внедрение обсуждаемых технологий закономерно ведет к удорожанию процесса, нередко требует привлечения дополнительных работников. Существует риск несанкционированного доступа к данным предварительного расследования или судебного разбирательства, в том числе и к персональным данным.

4. Очевидно, что цифровое преобразование уголовного судопроизводства будет во многом зависеть от уровня развития соответствующих технологий. То есть первичным будет развитие технологий обработки натурального языка, а уже вторичным – применение этой технологии для фиксации показаний участников процесса. В силу этого обстоятельства ожидания правоприменителей должны соотноситься с реальными возможностями науки и техники.

5. Насыщенность уголовного процесса информационными технологиями закономерно потребует повышения уровня технологической компетентности правоприменителей. Большинство современных следователей, судей, работников аппарата суда работают только с офисными программами, справочными информационными юридическими системами и рядом прикладных приложений. Введение в уголовно-про-

цессуальную деятельность новых технологий потребует существенного расширения имеющихся у правоприменителя знаний и умений. К сожалению, немногие из современных юристов-практиков могут объяснить, что такое «технология распределенных данных», «машинное обучение» или «большие данные». Поэтому вполне оправданным будет как повышение квалификации уже практикующих юристов, так и качественное изменение системы подготовки будущих специалистов в области юриспруденции.

Решение вышеназванных задач не может быть одномоментным: оно требует продуманной стратегии, обсуждения всех плюсов и минусов нарастающей цифровизации уголовного судопроизводства, формулировки предложений по системному изменению уголовно-процессуального законодательства.

Список использованной литературы

Богданович Н.А. Правовые аспекты формирования электронного уголовного дела: достоинства и недостатки (на примере зарубежного опыта) // Информационные технологии и право: Правовая информатизация – 2018 : сб. материалов VI Междунар. науч.-практ. конф. / под общ. ред. Е.И. Коваленко. Минск : Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, 2018. С. 91–95.

Власова В.С. К вопросу о приспособливании уголовно-процессуального механизма к цифровой реальности // Библиотека криминалиста : науч. журн. 2018. № 1. С. 9–18.

Головкин А.В. Цифровизация в уголовном процессе: локальная оптимизация или глобальная революция // Вестник экономической безопасности. 2019. № 1. С. 15–25.

Зуев С.В., Никитин Е.В. Информационные технологии в решении уголовно-процессуальных проблем // Всероссийский криминологический журнал. 2017. Т. 11, № 3. С. 587–595. DOI: 10.17150/2500-4255.2017.11(3).587-595.

Зуев С.В. Электронное уголовное дело: за и против // Правопорядок: история, теория, практика. 2018. № 4. С. 6–12.

Качалова О.В. Правосудие как услуга: мировой тренд // Уголовный процесс. 2019. № 11. С. 10.

Качалова О.В., Цветков Ю.А. Электронное уголовное дело – инструмент модернизации уголовного судопроизводства // Российское правосудие. 2015. № 2. С. 95–101.

Клеандров М.И. Размышления на тему: может ли судьей быть робот? // Российское правосудие. 2018. № 6. С. 15–25.

Марковичева Е.В. Влияние цифровых технологий на развитие уголовного судопроизводства // Правосудие. 2019. Т. 1, № 1. С. 98–107. DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.1.98-107.

Масленникова Л.Н. К вопросу о первых результатах реализации научного проекта № 18-29-16018 «Концепция построения уголовного судопроизводства, обеспечивающего доступ к правосудию в условиях развития цифровых технологий» // Lex Russica. 2020. Т. 73, № 1. С. 70–87. DOI: <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2020.158.1.070-087>.

Пастухов П.С. Электронное вещественное доказательство в уголовном судопроизводстве // Вестник Томского государственного университета. 2015. № 396. С. 149–153.

Суходолов А.П., Бычкова А.М. Искусственный интеллект в противодействии преступности, ее прогнозировании, предупреждении и эволюции // Всероссийский криминологический журнал. 2018. Т. 12, № 6. С. 753–766. DOI: 10.17150/2500-4255.2018.12(6).753-766.

Medvedeva M., Vols M., Wieling M. Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights // ArtifIntell Law. 2019. URL: <https://doi.org/10.1007/s10506-019-09255-y>

Novak M. Digital evidence in criminal cases before the U.S. courts of appeal: Trends and issues for consideration // Journal of Digital Forensics, Security and Law. 2020. Vol. 14, no. 4. Art. 3. URL: <https://commons.erau.edu/jdfsl/vol14/iss4/3>

Susskind R. Online courts and the future of justice // Oxford University Press. 2019. 368 p.

References

Bogdanovich, N.A., 2018. Legal aspects of the formation of an electronic criminal case: advantages and disadvantages (on the example of foreign experience). In: E.I. Kovalenko, ed. *Informatsionnye tekhnologii i pravo: Pravovaya informatizatsiya – 2018* = [Information Technologies and Law: Legal Informatization – 2018]. Collection of materials of the VI International Scientific and Practical Conference. Minsk: Natsional'nyy tsentr pravovoy informatsii Respubliki Belarus'. Pp. 91–95. (In Russ.)

Golovko, L.V., 2019. Digitalization in the criminal process: local optimization or the global revolution. *Vestnik ekonomicheskoy bezopasnosti* = [Bulletin of Economic Security], 1, pp. 15–25. (In Russ.)

Kachalova, O.V., 2019. Justice as a service: A global trend. *Ugolovnyy process* = [Criminal Procedure], 11, p. 10. (In Russ.)

- Kachalova, O.V. and Tsvetkov, Yu.A., 2015. Electronic criminal case – a tool for the modernization of criminal proceedings. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 2, pp. 95–101. (In Russ.)
- Kleandrov, M.I., 2018. Thoughts on the topic: can a robot be a judge? *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 6, pp. 15–25. (In Russ.)
- Markovicheva, E.V. The influence of digital technology on the development of criminal justice. *Pravosudie* = [Justice], 1(1), pp. 98–107. (In Russ.) DOI: 10.17238/issn2686-9241.2019.1.98-107.
- Maslennikova, L.N., 2020. To the question of the first results of the implementation of the scientific project No. 18-29-16018 “The concept of building a criminal justice procedure providing access to justice in the context of the development of digital technologies”. *Lex Russica*, 73(1), pp. 70–87. (In Russ.) DOI: <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2020.158.1.070-087>.
- Medvedeva, M., Vols, M. and Wieling, M., 2019. Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights. *ArtifIntell Law*. Available at: <<https://doi.org/10.1007/s10506-019-09255-y>>.
- Novak, M., 2020. Digital evidence in criminal cases before the U.S. courts of appeal: Trends and issues for consideration. *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, 14(4), art. 3. Available at: <<https://commons.erau.edu/jdfsl/vol14/iss4/3>>.
- Pastukhov, P.S., 2015. Electronic material evidence in criminal proceedings. *Vestnik Tomskogo gosudarstvenno gouniversiteta* = [Bulletin of Tomsk State University], 396, pp. 149–153. (In Russ.)
- Sukhodolov, A.P. and Bychkova, A.M., 2018. Artificial intelligence in countering crime, its forecasting, prevention and evolution. *Vserossijskij kriminologicheskij zhurnal* = [All-Russian Criminological Journal], 12(6), pp. 753–766. (In Russ.) DOI: 10.17150/2500-4255.2018.12(6).753-766.
- Susskind, R., 2019. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford University Press.
- Vlasova V.S., 2018. On the issue of adapting the criminal procedure mechanism to digital reality. *Biblioteka kriminalista* = [The Forensic Library]. Science Magazine, 1, pp. 9–18. (In Russ.)
- Zuev, S.V., 2018. Electronic criminal case: pros and cons. *Pravoporyadok: istoriya, teoriya, praktika* = [Law and Order: History, Theory, Practice], 4, pp. 6–12. (In Russ.)
- Zuev, S.V. and Nikitin, E.V., 2017. Information technology in solving criminal procedural problems. *Vserossijskij kriminologicheskij zhurnal* = [All-Russian Criminological Journal], 11(3), pp. 587–595. (In Russ.) DOI: 10.17150/2500-4255.2017.11(3).587-595.

Информация об авторе / Information about the author

Марковичева Елена Викторовна, доктор юридических наук, доцент, главный научный сотрудник Центра исследования проблем правосудия, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69).

Elena V. Markovicheva, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Chief Researcher of Center for Study of Justice Issues, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya ul., Moscow 117418, Russian Federation).

E-mail: markovicheva@yandex.ru

УДК 341.3

DOI 10.37399/2686-9241.2020.3.100-118

Дистанционное судопроизводство в Верховном Суде Российской Федерации

А.С. Герман*

** Верховный Суд Российской Федерации, г. Москва, Российская Федерация
german_as@vsrf.ru*

Введение. В настоящее время Верховный Суд Российской Федерации, как и многие государственные органы, столкнулся с глобальным вызовом – пандемией коронавируса, отразившейся на всех общественных процессах. Необходимость социального дистанцирования способствовала более активному использованию современных технологий, обеспечивающих дистанционное проведение судебных заседаний.

Теоретические основы. Методы. Теоретической основой исследования явились российские и зарубежные научные работы, посвященные проблемам внедрения информационных технологий в судебную деятельность. Методологическую основу исследования составил системный подход, позволивший рассмотреть возможности дистанционного правосудия в его взаимосвязях со значимыми факторами правового и организационного характера. В ходе исследования использованы методы логических обобщений, анализа и синтеза, системный подход и метод сравнительного правоведения.

Результаты исследования. В статье в краткой форме представлены результаты системного анализа проведенных Верховным Судом Российской Федерации мероприятий, направленных на широкое применение дистанционных технологий при отправлении правосудия.

Обсуждение и заключение. Учитывая сложившуюся пандемическую ситуацию, Верховный Суд Российской Федерации интегрировал смежные технологии веб-конференции и видеоконференц-связи для проведения дистанционных судебных заседаний. Эти технологии стали активно использоваться судами в пандемический период. Их применение обеспечивает разумный срок судопроизводства и доступность правосудия даже в условиях социального дистанцирования. Несомненным преимуществом дистанционных технологий является их потенциальная возможность снизить процессуальные издержки в ходе судебного разбирательства. Однако необходимы дальнейшие научные исследования рассматриваемых вопросов и подготовка концептуальных предложений законодателю, направленных на оптимизацию процессуального законодательства.

Ключевые слова: судопроизводство, суд, Верховный Суд Российской Федерации, Пленум, Президиум, видеоконференц-связь, веб-конференция, дистанционное судебное заседание, дистанционный суд, удаленный участник, онлайн-правосудие, онлайн-суд

Для цитирования: Герман А.С. Дистанционное судопроизводство в Верховном Суде Российской Федерации // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 100–118. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.100-118.

Remote Proceedings in the Supreme Court of the Russian Federation

Andrey S. German*

** Supreme Court of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation*

For correspondence: german_as@vsrf.ru

Introduction. Currently, the Supreme Court of the Russian Federation, like many state bodies, is faced with a global challenge – the coronavirus pandemic, which has affected all public processes. The need for social distancing has contributed to the more active use of modern technologies that facilitate remote court hearings.

Theoretical basis. Methods. The theoretical basis of the study were the Russian and foreign scientific works devoted to the problems of introducing information technologies into judicial activity. The methodological basis of the study was a systematic approach that made it possible to consider the possibilities of remote justice in its relationship to significant factors of a legal and organisational nature. The study used the methods of logical generalisations, analysis and synthesis, together with a systematic approach and the method of comparative jurisprudence.

Results. The article briefly presents the results of a systematic analysis of measures carried out by the Supreme Court of the Russian Federation aimed at ensuring the widespread use of remote technologies in the administration of justice.

Discussion and Conclusion. Given the current pandemic situation, the Supreme Court of the Russian Federation has introduced integrated related web conferencing and video conferencing technologies for remote court hearings. These technologies began to be actively used by courts during the pandemic period. Their application ensures a reasonable time frame for legal proceedings and makes it possible to ensure the availability of justice even in conditions of social distancing. The undoubted advantage of remote technologies is their potential to reduce procedural costs in the course of legal proceedings. However, the issues under consideration require further research, as well as preparation of conceptual suggestions to the legislator aimed at optimising procedural legislation.

Keywords: proceeding, court, the Supreme Court of the Russian Federation, Plenum, Presidium, videoconference, web conference, remote court session, remote court, remote participant, online justice, online court

For citation: German, A.S., 2020. Remote proceedings in the Supreme Court of the Russian Federation. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 100–118. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.100-118.

Введение

В 2020 году Верховный Суд Российской Федерации и вся судебная система России функционируют в условиях глобальных вызовов и интенсивных социально-экономических процессов и реформ, что ставит новые задачи и обуславливает необходимость перехода судов на качественно новый уровень жизнедеятельности. Одним из таких вызовов, навсегда изменивших мир, является пандемия коронавирусной инфекции (COVID-19), глубоко повлиявшая на все общественные процессы, включая и судебное производство.

В целях противодействия распространению коронавирусной инфекции принято Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Совета судей Российской Федерации от

8 апреля 2020 г. № 821¹. С целью уменьшения рисков распространения COVID-19 и обеспечения непрерывности деятельности Верховного Суда Российской Федерации признано необходимым предпринять дальнейшие шаги по развитию дистанционного участия в судебных заседаниях, в том числе по дистанционному участию в рассмотрении дел и материалов безотлагательного характера, а также дел о защите конституционных прав граждан на свободу и личную неприкосновенность, охрану здоровья и собственности. Это полностью соответствует документу «Инструментарий для государств – членов Совета Европы. Соблюдение принципов демократии, верховенства права и прав человека в условиях эпидемиологического кризиса, вызванного коронавирусной инфекцией COVID-19 (SG/INF(2020)11)», принятому Комитетом министров Совета Европы 7 апреля 2020 г.²

Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Совета судей Российской Федерации № 821 действует в соответствии со ст. 14 Федерального закона от 21 декабря 1994 г. № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера», принято в целях обеспечения соблюдения положений Федерального закона от 30 марта 1999 г. № 52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения», Указа Президента Российской Федерации от 2 апреля 2020 г. № 239 «О мерах по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)», постановлений Главного государственного санитарного врача Российской Федерации от 24 января 2020 г. № 2 «О дополнительных мероприятиях по недопущению завоза и распространения новой коронавирусной инфекции, вызванной 2019-nCoV», от 2 марта 2020 г. № 5 «О дополнительных мерах по снижению рисков завоза и распространения новой коронавирусной инфекции (2019-nCoV)», от 18 марта 2020 г. № 7 «Об обеспечении режима изоляции в целях предотвращения распространения COVID-2019», от 30 марта 2020 г. № 9 «О дополнительных мерах по недопущению распространения COVID-2019». Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Совета судей принято в рамках их полномочий в соответствии с п. 8 ч. 1 ст. 7 Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном

¹ См.: Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Совета судей Российской Федерации от 18 марта 2020 г. № 808; Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации и Президиума Совета судей Российской Федерации от 8 апреля 2020 г. № 821 (с изм. от 29 апреля 2020 г.) // Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: <http://www.vsrfr.ru>; Официальный сайт Совета судей Российской Федерации. URL: <http://ssrf.ru> (дата обращения: 27.06.2020).

² Российское правосудие. 2020. № 7. С. 101–111.

Суде Российской Федерации» и ст. 12 Регламента Совета судей Российской Федерации.

Необходимость обеспечения непрерывности деятельности Верховного Суда Российской Федерации во время пандемии коронавирусной инфекции (COVID-19) обусловила *актуальность* темы дистанционного участия в заседаниях суда с учетом методов обеспечения передачи, хранения и представления информации в режиме реального времени с оптимальным использованием информационных ресурсов. В современных условиях информационный ресурс стал одним из основных факторов, влияющих на функционирование большинства государственных, муниципальных, общественных структур и образований. Не осталась в стороне и судебная система Российской Федерации. Исследователи указывают на значительный потенциал дальнейшей информатизации деятельности российских судов [Андреев, Б.В. и Ниесов, В.А., 2019; Бурдина, Е.В. и Петухов, Н.А., 2020, с. 15; Капустин, О.А., 2018; Марковичева, Е.В., 2019а; 2019b; Рябцева, Е.В., 2016].

При этом невозможно отрицать тот факт, что риск возникновения в будущем подобных пандемий сохраняется. Подобные вызовы безусловно требуют оперативных решений.

Теоретические основы. Методы

В Российской Федерации уже более двадцати лет законом предусмотрено право участников судебных процессов обращаться в суды с заявлением о своем участии в судебном заседании путем использования систем видеоконференц-связи по месту жительства или нахождения, что является важным средством обеспечения доступности и открытости правосудия. Научная разработка вопросов использования видеоконференц-связи ведется учеными в контексте общих проблем цифровизации и информационной насыщенности современного судопроизводства [Качалова, О.В., 2019; Марковичева, Е.В., 2017]. В нашем государстве проведение процессуальных действий с использованием средств видеоконференц-связи в настоящее время – дистанционное участие в заседаниях суда – предусмотрено всеми процессуальными кодексами Российской Федерации и осуществляется на основании ст. 35, 240, 241, 278.1, 293, 389.12, 389.13, 399, 401.13 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации; ст. 10, 55, 152, 155.1, 169, 177, 187, 229, 327, 386, 391.10, 396 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации; ст. 11, 64, 136, 153.1, 155, 158, 159, 291.12, 308.9 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации; ст. 11, 59, 70, 135, 138, 142, 146, 148, 152, 160, 161, 205, 206 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации; ст. 24.3, 26.2, 29.4, 29.14, 30.4, Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Наиболее научно разработанными являются процессуальные аспекты использования видеоконференц-связи в уголовном судопроизводстве.

производстве [Качалов, В.И. и Качалова, О.В., 2017; Марковичева, Е.В., 2019а; 2019b; Селина, Е.В., 2016; Сильнов, М.А. и Герман, А.С., 2012].

Одновременное применение сравнительного метода исследования и метода системного анализа позволило выявить общие закономерности в использовании видеоконференц-связи в судебном разбирательстве различных государств. Полученные результаты сравнивались с результатами, опубликованными ранее [Архипова, Е.А., 2011].

Результаты исследования

Первое слушание дел в Верховном Суде Российской Федерации в режиме удаленного присутствия осужденных было проведено 19 апреля 2000 г. С этого времени в Российской Федерации началось формирование новой технологии – видеоконференц-связи федерального уровня для проведения судебных заседаний (рис.1).



Рис.1. Проведение судебного заседания в режиме видеоконференц-связи

В настоящее время Верховный Суд Российской Федерации может работать в режиме видеоконференц-связи более чем с восемью тысячами абонентов территориально разнесенных объектов, а это любой суд Российской Федерации разного уровня процессуальных полномочий, следственные изоляторы, тюрьмы, воспитательные и исправительные колонии, колонии-поселения, лечебно-исправительные и лечебно-профилактические учреждения, туберкулезные и психиатрических больницы и т. п. С 2018 года к системе видеоконференц-связи стали подключаться мировые участки судей, которых по всей стране действует более семи с половиной тысяч.

На основе двадцатилетнего опыта применения видеоконференц-связи Верховный Суд Российской Федерации с начала 2019 г. активно занялся проблемой проведения судебных заседаний путем веб-конференции.

Существует значительная разница между двумя смежными технологиями, а именно: видеоконференц-связью и веб-конференцией. Необходимо дать определения этих технологий.

Видеоконференц-связь – это телекоммуникационная технология интерактивного взаимодействия двух и более удаленных абонентов, при которой между ними возможен обмен аудио- и видео-информацией в реальном времени, с учетом передачи управляющих данных в основном по гарантированным каналам связи.

Веб-конференция – технология и инструментарий для организации онлайн-встреч и совместной работы в режиме реального времени на средствах вычислительной техники пользователя через интернет, а это неизвестные мощности и не гарантированные каналы связи.

Основное сущностное различие, таким образом, состоит в гарантированности передачи данных, а это аудио- и видеоданные, для которых необходимы определенные тактико-технические характеристики средства вычислительной техники.

Надежность интернета постепенно возрастает, чему способствуют повышение качества и повсеместное внедрение сети Интернет, увеличение пропускной способности, а также постоянное развитие компьютерной техники, связи и сервисов «государственных услуг». С технической точки зрения технология веб-конференции позволяет уже сейчас с помощью средств вычислительной техники участвовать в судебном заседании, находясь при этом в офисе или даже дома. Возможность участия в судебном заседании с использованием технологии веб-конференции из офисных или жилых помещений будет обеспечиваться внедрением в судебную деятельность технологии биометрической аутентификации участника судебного заседания по лицу и голосу. Однако для более масштабного применения технологии необходимо провести интеграционные и коммуникационные мероприятия, согласовать все процессуальные процедуры.

Верховный Суд Российской Федерации осуществил интеграцию смежных технологий видеоконференц-связи и веб-конференции для проведения судебных заседаний с большим кругом участников. Для этого Верховный Суд Российской Федерации начал выборочное рассмотрение дел безотлагательного характера с использованием технологии веб-конференции. Верховным Судом Российской Федерации 21 апреля 2020 г. рассмотрено 6 дел, касающихся 9 человек, посредством веб-конференции. Все они завершились успешно. Конечно же, имели место организационные проблемы, но все они были решены.

Верховный Суд Российской Федерации уже имеет такую возможность благодаря отечественному производителю многоточечной видеоконференц-связи. Для этих целей участникам процесса предоставляется право через личные кабинеты заблаговременно до даты судебного заседания направить в суд соответствующее заявление и документы, подтверждающие их полномочия, а также пройти идентификацию и аутентификацию через портал государственных услуг. В случае удовлетворения судом такого заявления участнику предстоящего судебного заседания направляется в личный кабинет и на электронную почту гиперссылка на подключение к виртуальному залу судебного заседания

Верховного Суда Российской Федерации. Далее в назначенную дату судебного заседания участники судебного процесса подключаются к системе видеоконференц-связи с помощью личных средств вычислительной техники и связи, авторизуются в целях подтверждения своей личности на портале государственных и муниципальных услуг; их личность и полномочия проверяются судом, после чего они могут быть допущены к участию в судебном заседании.

Значимость веб-конференции не ограничивается нивелированием ограничений в период пандемии. У этого вида связи существенно более широкий спектр применения: и сейчас, и в дальнейшем ее использование позволит полноценно участвовать в судебных процессах лицам с ограниченными возможностями, что, безусловно, повысит уровень реализации права на судебную защиту таких лиц. Кроме того, нередко участники судебных процессов вынуждены нести значительные командировочные расходы для участия в судебном заседании, которое проводится в отдаленном от их расположения суде. Использование рассматриваемой технологии позволит сократить такие расходы или даже избежать их.

Начиная с мая 2020 г. в Верховном Суде Российской Федерации прошли дистанционные заседания Президиума и Пленума Верховного Суда Российской Федерации, пленарное заседание Совета судей Российской Федерации, заседание Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации, Общее собрание судей и кадровая комиссия Верховного Суда Российской Федерации.



Рис. 2. Заседание Пленума Верховного Суда Российской Федерации посредством веб-конференции и видеоконференц-связи

Так, состоявшийся 11 июня 2020 г. Пленум (рис. 2) без преувеличения можно считать знаковым для всей судебной системы. Как и предыдущие заседания, он прошел с использованием сервера видеоконференц-связи отечественного производства компании «Винтео». С одним лишь существенным отличием: участники Пленума для фиксации своего решения использовали современную систему онлайн-голосования Polys от Лаборатории Касперского, которая была развернута на базе российского облачного хранилища компании Softline. Данная система голосования основана на технологии блокчейна и использует прозрачное шифрование. Первое же использование такой системы Верховным Судом Российской Федерации получило исключительно положительную оценку со стороны руководства, судей высшей судебной инстанции страны и других участников заседания (рис. 3).



Рис. 3. Дистанционная система онлайн-голосования

В итоге данная система была рекомендована для использования в рамках проведения очередного пленарного заседания Совета судей Российской Федерации, которое состоялось в июле 2020 г. и прошло успешно. К работе заседания было подключено максимально возможное количество представителей судебной системы России.

Что же касается самого заседания 11 июля 2020 г. посредством веб-конференции, то по результатам голосования Пленум Верховного Суда Российской Федерации принял следующие постановления:

- «О применении судами норм Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, регулирующих производство в суде

апелляционной инстанции». Проект постановления обсуждался на заседании Пленума 19 мая 2020 г.;

- «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств». Проект постановления обсуждался на заседании Пленума 28 мая 2020 г.;

- «О внесении изменений в отдельные постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам»;

- «Об изменении списка судебных примирителей»;

- «Об изменении персонального состава президиума Арбитражного суда Костромской области»;

- «Об утверждении в соответствии с пунктом 9 части 3 статьи 5 Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» количественных и персональных составов президиумов судов».

В заседаниях Пленума Верховного Суда Российской Федерации принимали участие представители многих государственных министерств и ведомств (рис. 4).



Рис. 4. Выступление заместителя Министра юстиции Российской Федерации

Как уже упоминалось, 7 июля 2020 г. состоялось пленарное заседание Совета судей Российской Федерации впервые в истории судебной системы посредством видеоконференц-связи. Мероприятие традиционно открыл Председатель Верховного Суда Российской Федерации Вячеслав Михайлович Лебедев. Глава Верховного Суда обратился по видеосвязи к участникам заседания с докладом о мерах, обеспечивающих

судебную защиту с соблюдением права граждан на охрану здоровья. Так, Президиум Верховного Суда Российской Федерации и Президиум Совета судей Российской Федерации приняли три постановления, содержащих рекомендации по работе судей в период действия соответствующих ограничений. В соответствии с этими рекомендациями суды Российской Федерации осуществляли прием документов в электронном виде и посредством почтовой связи, рассматривали в том числе дела и материалы безотлагательного характера; проводили судебные заседания с использованием веб-конференции и видеоконференц-связи.

Глава высшей судебной инстанции страны подвел итоги работы судов в период пандемии с 19 марта по 11 мая текущего года. За это время судами было рассмотрено 3 млн 400 тыс. дел и материалов. Более 13 тыс. дел рассмотрены с использованием системы видеоконференц-связи; 360 тыс. процессуальных документов поданы в суды в электронном виде.

Пользователи интернета свыше 300 млн раз воспользовались ресурсом ГАС «Правосудие».

Вячеслав Михайлович Лебедев обратил внимание также на то, что в результате возникающих вопросов, связанных с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции, Президиум Верховного Суда России утвердил два Обзора по отдельным вопросам судебной практики – от 21 апреля и 30 апреля текущего года³. В них содержатся ответы на 47 вопросов о применении норм материального и процессуального права, в том числе о мерах социальной и экономической поддержки граждан и бизнеса, порядке исчисления и восстановления процессуальных сроков и сроков исковой давности, исполнения обязательств, процедурах банкротства, новых положениях Уголовного кодекса Российской Федерации и Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

С 12 мая 2020 г., напомнил В.М. Лебедев, правосудие осуществляется с учетом особенностей санитарно-эпидемиологической обстановки в субъектах Российской Федерации. Таким образом, в период противодействия распространению коронавирусной инфекции суды про-

³ См.: Обзор № 1 по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) : утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 21 апреля 2020 г.; Обзор № 2 по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) : утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 30 апреля 2020 г. // Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: https://www.vsrfr.ru/press_center/news/ (дата обращения: 27.06.2020).

должали осуществлять правосудие, обеспечивая безопасность здоровья граждан, защиту прав и законных интересов участников судопроизводства, подчеркнул Председатель Верховного Суда Российской Федерации. Продолжая тему работы российских судов в новых условиях, глава Верховного Суда Российской Федерации отметил, что в целях повышения доступности правосудия и соблюдения разумных сроков судопроизводства в настоящее время суды рассматривают дела с применением системы веб-конференции, которая позволяет гражданам дистанционно участвовать в судебных заседаниях с помощью личного компьютера.

В текущем году Пленум Верховного Суда Российской Федерации принял 3 постановления, содержащие более 150 правовых позиций.

Президиум Верховного Суда России утвердил 6 Обзоров судебной практики, которые также содержат свыше 150 правовых позиций.

В ходе выступления Председатель Верховного Суда Российской Федерации осветил и предстоящую работу Пленума, который примет в этом году 8 постановлений:

- о применении судами норм Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции;

- о судебной практике по делам о незаконном пересечении Государственной границы Российской Федерации и преступлениях, связанных с незаконной миграцией;

- о практике рассмотрения судами гражданского иска по уголовному делу;

- о применении норм Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации о рассмотрении административных дел в порядке упрощенного (письменного) производства;

- о некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством;

- об отдельных вопросах применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»;

- о некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях, связанных с неуплатой средств на содержание детей или нетрудоспособных родителей;

- о судебной практике по делам о преступлениях, посягающих на установленный порядок обращения официальных и иных документов, государственных наград, штампов, печатей, бланков, государственных регистрационных знаков транспортного средства, идентификационных номеров транспортных средств, а также акцизных марок, специальных марок, знаков соответствия.

Кроме того, Президиум Верховного Суда России утвердит Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам, связанным с прекра-

щением трудового договора по инициативе работодателя, Обзор практики применения арбитражными судами положений процессуального законодательства об обязательном досудебном порядке урегулирования спора и другие обзоры судебной практики.

Таким образом, завершая доклад на Совете судей Российской Федерации, Председатель Верховного Суда России напомнил о готовящемся Совещании руководителей верховных судов стран – участников БРИКС, которое состоится в сентябре текущего года в режиме веб-конференции.

Обращение к истокам возникновения веб-конференции показывает, что развитие технологий шло по мере необходимой потребности в ней в той или иной сфере. Первой популярной программой, позволяющей общаться и работать над приложениями и документами в режиме реального времени, стала программа Microsoft NetMeeting. Затем инструменты для веб-конференций стали появляться в различных мессенджерах, наиболее популярным из которых был Windows Messenger, по умолчанию встроенный в операционную систему Windows.

В последние годы разработано большое количество веб-сервисов, предоставляющих различные инструменты для проведения веб-конференций, которые работают в браузере или с помощью устанавливаемого «тонкого клиента», что сейчас и находит применение в Верховном Суде Российской Федерации. Эти сервисы позволяют участвовать в онлайн-встрече независимо от платформы компьютера.

Как указывалось выше, Верховный Суд Российской Федерации проводит дистанционные судебные заседания с 2000 г., и в большей степени это относится к уголовным судебным процессам. Эти заседания в основном проходят с дистанционным участием осужденных или лиц, содержащихся под стражей, находящихся в учреждениях Федеральной службы исполнения наказаний Российской Федерации (далее – ФСИН России).

В 2019 году Российская Федерация сделала огромный шаг вперед, ратифицировав Второй дополнительный протокол к Европейской конвенции о взаимной правовой помощи по уголовным делам⁴, подписанный от имени Российской Федерации в городе Страсбурге 1 декабря 2017 г. В статье 9 данного Протокола закреплена возможность допроса с использованием средств видеоконференции участника судебного заседания по уголовным делам.

При организации дистанционной работы Верховного Суда Российской Федерации исследовались исторические аспекты развития технологий видеоконференций и телекоммуникационного оборудования,

⁴ См.: Федеральный закон от 6 июня 2019 г. № 120-ФЗ «О ратификации Второго дополнительного протокола к Европейской конвенции о взаимной правовой помощи по уголовным делам» // Российская газета. 2019. 10 июня.

а также применялся сравнительный метод анализа аналогичных систем в других странах. В рамках данного исследования сделан анализ международного опыта применения видеоконференц-связи в судебной деятельности. Исследование проводилось с целью обобщения опыта использования видеоконференции в судопроизводстве разных стран, выявления особенностей применения видеоконференц-связи судами разной юрисдикции, изучения проблем, возникающих в процессе практического использования технологии, и подходов к их решению. Сравнительный анализ полученных данных о действующем сегменте технологии позволяет сделать выводы о высоком уровне развития видеоконференц-связи в судебной системе России относительно других стран, использующих этот вид связи.

Отбор стран для анализа международного опыта был произведен с учетом следующих критериев:

- географический охват: в периметр исследования должны входить не менее одной страны с каждого материка и дополнительно – не менее одной страны Содружества Независимых Государств;
- доступность и полнота информации: хотя бы минимальная информация по теме исследования должна быть размещена на официальном сайте министерств юстиции или высших судебных органов страны; наличие дополнительных источников желательно;
- широкое применение технологии в судебной системе: использование видеоконференц-связи при рассмотрении разных категорий дел судами разных инстанций, допустимость дистанционного участия в заседаниях суда обвиняемых, свидетелей и других участников процесса, применение технологии для решения других задач (обучение, совещания и проч.);
- язык источников: предпочтительно русский, английский.

На основании этих критериев по итогам первичного анализа были отобраны из Северной и Южной Америки – США, из Европы – Франция, Финляндия, Ирландия, из Азии – Сингапур, а также Австралия и две страны СНГ: Украина и Казахстан. Африканские страны не рассматривались в рамках данного исследования в первую очередь по причине ограниченности информации в открытых источниках.

При анализе использовалась информация открытых источников: официальных сайтов министерств юстиции, высших судебных органов разных стран и других интернет-ресурсов. Количественные данные были взяты из годовых отчетов и другой официальной статистики соответствующих ведомств. Факты практического использования видеоконференц-связи, как и обобщенная оценка эффективности внедрения технологии по каждой стране, собраны из различных источников: исследовательских отчетов по теме информатизации судов, официальных пресс-релизов, стенограмм выступлений и интервью официальных лиц и рядовых судей. Описания порядка использования видеоконференц-

связи в судебных процессах подготовлены, как правило, на основе регламентов, доступных для широкого круга пользователей услуг соответствующего суда, и некоторых нормативных документов.

В результате анализа было установлено, что с начала 2000-х гг. во многих развитых странах мира на всех континентах идет активный процесс модернизации судебной системы, сопровождаемый повсеместным внедрением современных информационных и телекоммуникационных технологий. При этом исследователи указывают на несомненные преимущества использования таких технологий, хотя и считают, что их использование не должно снижать качество правосудия [Poulin, A., 2004]. Развитие технологий веб-конференций и видеоконференц-связи является неотъемлемой частью этого процесса. Среди стран, в которых в настоящее время широко используются современные технологии, Россия была одной из первых, кто начал использовать видеоконференц-связь непосредственно в судопроизводстве.

Законодательство, регулирующее использование видеоконференц-связи в судебной деятельности, значительно отличается от страны к стране. Во всех государствах, которые были исследованы, допускается использование технологии как в уголовном судопроизводстве, так и при рассмотрении гражданских и других категорий дел. Во всех перечисленных странах в режиме видеоконференц-связи могут участвовать в судебных заседаниях лица, содержащиеся под стражей до вынесения приговора или отбывающие наказание [McKay, C., 2016]. Однако перечень вопросов, которые могут рассматриваться с их дистанционным участием, отличается. В частности, в США, Австралии, Ирландии, Финляндии, Сингапуре такой формат участия допускается во всех судебных процедурах, предусмотренных до начала основных слушаний по делу (рассмотрение ходатайств об освобождении под залог, первичная явка в суд для ознакомления обвиняемого с предъявляемым ему обвинением, досудебные слушания). Во всех странах, включая Россию, дистанционно могут рассматриваться жалобы, связанные с условиями содержания и соблюдением других гражданских прав заключенных. Также в материалах не было обнаружено существенных законодательных ограничений на участие свидетелей, экспертов и других специалистов в судебных заседаниях всех категорий. Более того, в большинстве стран в той или иной мере (как на уровне законов, так и на практике) реализуются программы защиты свидетелей, предполагающие их участие в судебных заседаниях с искажением голоса и/или сокрытием глаз. Особое внимание уделялось изучению практики использования видеоконференц-связи в Республике Казахстан, правовая система которой имеет общие исторические корни с российской правовой системой [Нургазинов, Б.К. и Исмагулов, К.Е., 2018].

Системы видеоконференц-связи, существующие в настоящее время в разных странах, можно условно разделить на «открытые» – в основ-

ном по веб-конференции и «закрытые» – по видеоконференц-связи. Под «закрытыми» подразумеваются такие системы, в которых сеансы проводятся только (или преимущественно) между точками, встроенными в единую систему с достаточно высоким уровнем централизации (точки видеоконференц-связи в судах, следственных изоляторах, исправительных учреждениях и т. п.). В «открытых» системах, напротив, предусмотрена возможность связи с любой другой точкой, не встроенной в централизованную систему, причем эта возможность существует и на законодательном, и на техническом, и на организационном уровне.

В России для проведения судебных заседаний с несколькими учреждениями Федеральной службы исполнения наказаний России, а также консультаций, совещаний, семинаров судей и работников аппарата суда с коллегами из нескольких судов в Верховном Суде Российской Федерации установлены серверы многоточечной связи. С помощью данных серверов проводятся мероприятия в режиме видеоконференц-связи одновременно более чем с 250 абонентами с возможностью осуществления on-line трансляции на тысячи абонентов. Эти серверы имеют и дополнительную функцию веб-конференции.

Помимо судебной деятельности Верховный Суд Российской Федерации применяет технологии для решения внутренних задач судов, таких как дистанционное обучение судей, проведение совещаний, конференций, в том числе с участием международных экспертов также в удаленном режиме.

Обсуждение и заключение

К основным преимуществам от использования видеоконференц-связи следует отнести ряд моментов, среди которых экономия денег и времени, повышение безопасности, сокращение сроков рассмотрения дел. Так,

- дистанционное участие в судебных заседаниях заключенных значительно сокращает расходы на их этапирование из других регионов или доставку по городу;

- дистанционное участие свидетелей, специалистов, адвокатов и даже самих судей позволяет избежать существенных расходов на поездки и проживание в гостинице;

- экономическую выгоду получают государство и клиенты частных адвокатов.

Время, сэкономленное на поездках в удаленные районы, адвокаты и судьи могут посвятить другим делам, что зачастую критически важно, например для судей.

Как следует из представленных для анализа материалов, судьи в России и в большинстве стран работают на пределе своей загрузки. Многие из них отмечают, что в отсутствие дистанционной работы просто не справлялись бы с объемом поступающих дел. Возможность заслуши-

вания по видеоконференц-связи свидетелей и экспертов также способствует сокращению сроков рассмотрения дел, поскольку не приходится ожидать их прибытия к месту заседания суда из удаленных регионов или даже из-за рубежа. Не менее важным эффектом применения технологий в уголовном производстве признается и фактор повышения безопасности для общества в целом, поскольку заключенных не приходится перевозить между судом и исправительным учреждением.

На современном этапе Верховный Суд Российской Федерации и судебная система России в целом проводят более 1500 судебных заседаний в режиме видеоконференц-связи за сутки. Функционирование новейших технологий, обеспечивающих дистанционное судопроизводство в условиях различных глобальных вызовов и интенсивных социально-экономических процессов и реформ, ставит новые задачи и свидетельствует о необходимости перехода всех судов на качественно новый уровень деятельности.

Дальнейшее совершенствование технологий веб-конференции и видеоконференц-связи позволит не только снизить риски распространения болезни и нарушения процессуальных прав в условиях пандемии, но также значительно ускорит сроки рассмотрения дел, сократит временные затраты и судебные издержки участников процесса, значительную часть которых составляют командировочные расходы.

Хотелось бы отметить, что опыт Верховного Суда Российской Федерации используется как у нас в стране, так и в других государствах, что позволяет сделать вывод о наличии в России высокопрофессиональных экспертов в этой важной сфере. При этом Верховный Суд Российской Федерации как высший судебный орган активно использует прогрессивные технологии, что повышает эффективность его деятельности. Дальнейшее развитие цифровых технологий позволит не только полноценно функционировать судебной системе в период глобальных вызовов, но и обеспечить в соответствующей части национальную безопасность страны.

Список использованной литературы

Андреев Б.В., Ниесов В.А. Цифровая трансформация судебной и прокурорской деятельности // Российское правосудие. 2019. № 2. С. 29–34.

Архипова Е.А. Применение видеоконференц-связи в уголовном судопроизводстве России и зарубежных стран // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2011. № 5. С. 45–49.

Бурдина Е.В., Петухов Н.А. Научная концепция организации судебной деятельности в условиях ее цифровой трансформации: понятие и содержание // Российское правосудие. 2020. № 6. С. 13–25.

- Капустин О.А. Организация видеоконференц-связи в федеральном суде общей юрисдикции // Российское правосудие. 2018. № 8. С. 32–42.
- Качалов В.И., Качалова О.В. Об использовании видео-конференц-связи в судебном производстве по уголовным делам // Российский судья. 2017. № 12. С. 34–38.
- Качалова О.В. Правосудие как услуга: мировой тренд // Уголовный процесс. 2019. № 11. С. 10.
- Марковичева Е.В. Влияние цифровых технологий на развитие уголовного судопроизводства // Правосудие. 2019а. Т. 1, № 1. С. 98–107.
- Марковичева Е.В. Использование видеоконференц-связи в российском уголовном процессе // Российское правосудие. 2019b. № 7. С. 88–93.
- Марковичева Е.В. Перспективы развития электронного судопроизводства в Российской Федерации // Российское правосудие. 2017. № 3. С. 88–95.
- Нургазинов Б.К., Исмагулов К.Е. Некоторые вопросы совершенствования института дистанционного допроса в казахстанском уголовном процессе // Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан. 2018. № 1. С. 82–90.
- Рябцева Е.В. Правовая модель информационного общества через призму доступности правосудия // Информационное право. 2016. № 3. С. 4–7.
- Селина Е.В. Электронное и дистанционное правосудие: вызовы времени и перспективы // Администратор суда. 2016. № 3. С. 12–15.
- Сильнов М.А., Герман А.С. Практика применения видеоконференц-связи в уголовном процессе // Уголовный процесс. 2012. № 9. С. 56–59.
- McKay C. Video links from prison: Permeability and the carceral world // International Journal for Crime Justice and Social Democracy. 2016. Vol. 5, Issue 1. P. 21–37. DOI: 10.5204/ijcjsd.v5i1.283.
- Poulin A. Criminal justice and videoconferencing technology: The remote defendant // Tulane Law Review. 2004. Vol. 78. P. 1089–1112.

References

Andreev, B.V. and Niesov, V.A., 2019. The problems of digital transformation of judicial and prosecutorial activities. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 2, pp. 29–34. (In Russ.)

- Arkhipova, E.A., 2011. [The use of videoconferencing in criminal proceedings in Russia and foreign countries]. *Vestnik Akademii General'noj prokuratury Rossijskoj Federacii* = [Bulletin of the Academy of the Prosecutor's Office of the Russian Federation], 5, pp. 45–49. (In Russ.)
- Burdina, E.V. and Petukhov, N.A., 2020. The scientific concept of the organization of judicial activity in the context of its digital transformation: definition and content. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 6, pp. 13–25. (In Russ.)
- Kachalov, V.I. and Kachalova, O.V., 2017. On the use of videoconferencing in criminal proceedings. *Rossijskij sud'ya* = [Russian Judge], 12, pp. 34–38. (In Russ.)
- Kachalova, O.V., 2019. Justice as a service: a global trend. *Ugolovnyj process* = [Criminal Process], 11, pp. 10. (In Russ.)
- Kapustin, O.A., 2018. Organization of videoconferencing in a federal court of general jurisdiction. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 8, pp. 32–42. (In Russ.)
- Markovicheva, E.V., 2017. Prospects for the development of electronic justice in the Russian Federation. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 3, pp. 88–95. (In Russ.)
- Markovicheva, E.V., 2019a. The impact of digital technology on the development of criminal proceedings. *Pravosudie/Justice*, 1(1), pp. 98–107. (In Russ.)
- Markovicheva, E.V., 2019b. The use of videoconferencing in the russian criminal process. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 7, pp. 88–93. (In Russ.)
- McKay, C., 2016. Video links from prison: Permeability and the carceral world. *International Journal for Crime Justice and Social Democracy*, 5(1), pp. 21–37. DOI: 10.5204/ijcjsd.v5i1.283.
- Nurgazinov, B.K. and Ismagulov, K.E., 2018. Some issues of improving the institute of remote interrogation in the kazakh criminal process. *Vestnik Instituta zakonodatel'stva i pravovoj informacii Respubliki Kazakhstan* = [Bulletin of the Institute of Legislation and Legal Information of the Republic of Kazakhstan], 1, pp. 82–90. (In Russ.)
- Poulin, A., 2004. Criminal justice and videoconferencing technology: The remote defendant. *Tulane Law Review*, 78, pp. 1089–1112.
- Ryabtseva, E.V., 2016. Legal model of the information society through the prism of justice accessibility. *Informacionnoe pravo* = [Information Law], 3, pp. 4–7. (In Russ.)
- Selina, E.V., 2016. Electronic and remote justice: Current challenges and prospects. *Administrator suda* = [Court Administrator], 3, pp. 12–15. (In Russ.)

Sil'nov, M.A. and German, A.S., 2012. The practice of using videoconferencing communication in criminal proceedings. *Ugolovnyj process* = [Criminal Process], 9, pp. 56–59. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author

Герман Андрей Сергеевич, кандидат технических наук, заместитель начальника управления – начальник отдела видеоконференций и связи Управления информатизации и связи Верховного Суда Российской Федерации (121260, Российская Федерация, г. Москва, ул. Поварская, д. 15).

Andrey S. German, Cand. Sci. (Technical), Deputy Head of Department – Head of Videoconferences and Communications, Department of Informatization and Communications, Supreme Court of the Russian Federation (15 ul. Povarskaya, Moscow 121260, Russian Federation).

E-mail: german_as@vsrf.ru

Принципы современного внесудебного административного процесса (административного производства): проблемы понимания и систематизации

П.И. Кононов* ^а, В.А. Зюзин ^б**

** Второй арбитражный апелляционный суд, г. Киров, Российская Федерация*

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

^а pav.cononov@yandex.ru, ^б vi-zin@list.ru

Введение. Отсутствие в России закона, определяющего правовые основы внесудебного административного процесса, требует не просто разработки федерального закона об административных процедурах, а прежде всего – научного анализа принципов разрешения административных дел. В статье сделана попытка выработать и предложить с учетом зарубежного и отечественного законодательства для нормативного закрепления такие принципы внесудебного административного производства, которые могли бы реально применяться в практике рассмотрения конкретных административных дел.

Теоретические основы. Методы. Теоретическая основа работы – концепция интегративного понимания административного процесса, в соответствии с которой административный процесс осуществляется в двух видах: в форме административного производства, а также в форме административного судопроизводства. Методы исследования – системный, логический, формально-юридический и сравнительный.

Результаты исследования. В российском законодательстве отсутствуют универсальные принципы осуществления внесудебного административного процесса. Отдельными законами предусмотрены принципы общеправового характера, которые не относятся к процессуальным принципам и не отражают базовые основы взаимоотношений между участниками административных дел. Советский и постсоветский подходы ориентированы на декларирование общеправовых основ административного процесса и не направлены на закрепление в законодательстве прикладных процессуальных принципов внесудебного административного процесса, применение которых реально позволяло бы разрешать административные дела объективно, полно, всесторонне и справедливо. В науке и административно-процессуальном законодательстве многих зарубежных государств выработаны и применяются реально работающие инструментальные принципы внесудебного разрешения административных дел. Основное внимание в странах Запада уделяется стандартам отношений публичной администрации и частного лица, которые складываются на основе рассмотрения административных дел как в судебном, так и во внесудебном порядках.

Обсуждение и заключение. Представлена собственная научная концепция принципов осуществления внесудебного административного процесса. Выделяются: общепроцес-

суальные принципы; общие принципы внесудебного административного процесса; специальные принципы отдельных административных производств.

Ключевые слова: принципы административного процесса, административное производство, административное судопроизводство, административные процедуры, публичная администрация, доктрина «хорошей администрации», административное дело

Для цитирования: Кононов П.И., Зюзин В.А. Принципы современного внесудебного административного процесса (административного производства): проблемы понимания и систематизации // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 119–145. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.119-145.

Principles of Modern Non-Judicial Administrative Process (Administrative Proceedings): Problems of Understanding and Systematization

Pavel I. Kononov* ^a, Vitaly A. Zyuzin** ^b

* *Second Arbitration Court of Appeal, Kirov, Russian Federation*

** *Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation*

For correspondence: ^a pav.cononov@yandex.ru, ^b vi-zin@list.ru

Introduction. In Russia, there is no framework law regulating the extrajudicial administrative process. This circumstance makes it necessary to define doctrinally the principles of resolving administrative cases before drafting the law on administrative procedures. The article attempts to develop and propose to the legislator non-declarative principles of extra-judicial administrative proceedings that could actually be applied in the practice of considering specific administrative cases. Both domestic and foreign scientific experience and administrative procedural legislation are taken into account.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the work is the concept of an integrative understanding of the administrative process. System, logical, formal-legal and comparative research methods were used.

Results. The Russian legislation does not contain universal principles for the implementation of non-judicial administrative proceedings. The principles provided for by individual laws are general legal in nature and are not procedural. Such principles do not reflect the basic principles of the relationship between public and private persons in administrative cases.

Historically, Soviet and post-Soviet approaches have focused on declaring the general legal basis of the administrative process and are not aimed at fixing the applied procedural principles of administrative proceedings in the legislation. In foreign countries, the instrumental principles of extrajudicial resolution of administrative cases are applied in practice. The main attention is paid to the standards of relations between public administration and private individuals. Administrative and procedural laws of post-Soviet states mostly duplicate the principles developed in western countries

Discussion and Conclusion. The authors come to the conclusion that it is necessary to distinguish three groups of principles in Russian legislation, among which are: general procedural principles; general principles of extrajudicial administrative process; and special principles of administrative proceedings.

Keywords: principles of administrative process, administrative proceedings, administrative court proceedings, administrative procedures, public administration, good administration doctrine, administrative case

For citation: Kononov, P.I. and Zyuzin, V.A., 2020. Principles of modern non-judicial administrative process (administrative proceedings): Problems of understanding and systematization. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 119–145. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.119-145.

Введение

Существование внесудебного административного процесса, несмотря на продолжающиеся в отечественной административно-правовой науке дискуссии по этому вопросу, все же признается большинством современных представителей этой науки. Не вдаваясь в спорные вопросы понимания административного процесса в целом, отметим, что нами разделяется сформировавшаяся в последние годы концепция интегративного построения данного процесса, согласно которой его содержание образуют два вида правоприменительной деятельности: деятельность органов исполнительной власти, иных органов публичной администрации (далее – административно-публичные органы) по разрешению подведомственных им административных дел как регулятивного, так и охранительного характера, как спорных, так и бесспорных, и деятельность судов (судей) по разрешению отнесенных к их компетенции судебно-административных дел. При этом мы согласны с тезисом о том, что первый вид административного процесса осуществляется в форме административного производства, а второй – в форме административного судопроизводства [Зеленцов, А.Б., Кононов, П.И. и Стахов, А.И., 2018, с. 24–25, 38–41].

В Российской Федерации к настоящему времени сформировался и достаточно большой массив административно-процессуального законодательства, регулирующего различные виды внесудебной административно-процессуальной деятельности (различные виды административных производств). Однако при этом большинство административно-процессуальных норм из этого массива не систематизированы. Исключение составляют, пожалуй, лишь процессуальные нормы, содержащиеся в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) и Федеральном законе от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее – Закон об исполнительном производстве). Более того, на федеральном уровне отсутствует рамочный федеральный закон, который определял бы общие правовые основы внесудебного административного процесса, общий правовой алгоритм осуществления административного производства. Поэтому закономерно в последнее время в литературе активно обсуждается вопрос о необходимости разработки и принятия федерального закона об административном производстве или об административных процедурах [Кононов, П.И. и Стахов, А.И., 2017; Давыдов, К.В., 2017]. В структуре указанных общих основ внесудебного административного процесса (административного производства) первостепенное значение имеют принципы его осуществления, т. е. те базовые положения, которые определяют несущие правовые конструкции осуществления рассматриваемого процесса, разрешения в его рамках административных дел.

Необходимо признать, что теория принципов современного внесудебного административного процесса в российской административно-процессуальной науке не разработана, а те принципы, которые нашли закрепление в некоторых федеральных законах, регламентирующих отдельные виды административных производств, в целом носят декларативный характер и не имеют прикладного значения при разрешении административных дел. Задача науки административного права и процесса заключается, на наш взгляд, в том, чтобы на основе научного анализа и обобщения положений зарубежного и отечественного административно-процессуального законодательства, практики его применения выработать и предложить законодателю для нормативно-правового закрепления такие принципы внесудебного административного производства, которые могли бы реально применяться в практике рассмотрения административных дел, а их применение позволяло бы полно, всесторонне, объективно и справедливо разрешать эти дела, принимая во внимание их индивидуальные юридико-фактические особенности.

Теоретические основы. Методы

Объектом исследования выступают основополагающие правовые нормы-принципы осуществления внесудебного административного процесса: теоретические подходы к их пониманию в административно-правовой науке, нормативно-правовое закрепление в российском и зарубежном административно-процессуальном законодательстве, выработка подходов к формированию и внедрению системы таких принципов, имеющих прикладное значение при разрешении различных категорий административных дел. При проведении исследования по обозначенным вопросам использованы методы формально-юридического анализа и сравнительного правоведения.

Результаты исследования

В некоторых действующих в системе федерального административно-процессуального законодательства законах нашли отражение отдельные принципы осуществления соответствующих административных производств. Однако если проанализировать существо данных принципов, то можно прийти к выводу о том, что отдельные из них относятся к общим принципам правоприменения и не отражают специфики внесудебного административного процесса, а другие, напротив, могут быть применены только при разрешении отдельных специфических категорий административных дел. Например, в КоАП РФ закрепляются общие принципы права и юридического процесса – такие, как законность, равенство всех перед законом и судом, гласность рассмотрения дела, и в то же время специальный принцип производства по делам об админи-

стративных правонарушениях – принцип презумпции невиновности. В статье 4 Закона об исполнительном производстве, с одной стороны, перечислены общеправовые принципы законности, уважения чести и достоинства гражданина, а с другой стороны, специальные принципы исполнительного производства – своевременность совершения исполнительных действий и применения мер принудительного исполнения, неприкосновенность минимума имущества, необходимого для существования должника-гражданина и членов его семьи, соотносимость объема требований взыскателя и мер принудительного исполнения. Статья 4 Федерального закона от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» содержит перечень принципов осуществления лицензирования, которые носят общий характер и не имеют непосредственного отношения к административному лицензионному производству. Положения ст. 3 Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» по существу определяют специальные принципы административного контрольно-надзорного производства, к числу которых отнесены, в частности, презумпция добросовестности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, в отношении которых проводятся контрольно-надзорные мероприятия; проведение проверок в соответствии с полномочиями органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, их должностных лиц; недопустимость проводимых в отношении одного юридического лица или одного индивидуального предпринимателя несколькими органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля проверок исполнения одних и тех же обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами; ответственность органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля, их должностных лиц за нарушение законодательства Российской Федерации при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля.

Что касается административного регистрационного производства, то принципы его осуществления вообще не нашли отражения в соответствующих федеральных законах, в частности в Федеральном законе от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» и Федеральном законе от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

Таким образом, анализ федеральных законодательных актов, регламентирующих порядок осуществления основных, наиболее значимых видов внесудебного административного процесса (административных производств) применительно к рассматриваемой нами проблематике, позволяет констатировать следующее.

1. В федеральном административно-процессуальном законодательстве не сформулированы и нормативно не закреплены универсальные принципы осуществления внесудебного административного процесса, которые определяли бы общие базовые правовые подходы к разрешению административных дел любых категорий, к регулированию в ходе их разрешения взаимоотношений между административно-публичными органами и участниками названных дел.

2. Большая часть предусмотренных некоторыми федеральными законами, регламентирующими отдельные виды административных производств, принципов их осуществления носит общеправовой характер, не относится к процессуальным принципам и не отражает базовые основы взаимоотношений между административно-публичными органами и участниками разрешаемых ими административных дел.

В связи с изложенным усматривается насущная необходимость выработки научной концепции принципов осуществления внесудебного административного процесса с выделением в их составе общих (универсальных) административно-процессуальных принципов, видовых административно-процессуальных принципов (применительно к отдельным видам административного процесса) и процессуально-производственных принципов (применительно к отдельным видам административных производств в структуре соответствующего вида административного процесса). Разработка такой научной концепции и последующее внедрение ее в российское административно-процессуальное законодательство, с нашей точки зрения, позволят четко определить общий и специальные юридические алгоритмы разрешения административно-публичными органами административных дел различных категорий, правовые основы процессуальных отношений между данными органами и участниками этих дел. В целях выработки возможных теоретических основ построения указанной концепции представляется необходимым изучить сформировавшиеся как в отечественной, так и в зарубежной науке административного процесса, а также в зарубежном административно-процессуальном законодательстве подходы к пониманию принципов внесудебного административного процесса (административного производства).

В отечественной науке административного права теория административного процесса начала развиваться в 60–70-е гг. прошлого столетия. В этот период сформировались две концепции понимания административного процесса. Первая сводилась к тому, что административный процесс следует понимать узко, только как деятельность органов государственного управления по разрешению административных дел юрисдикционного характера, т. е. административных споров и дел об административных правонарушениях. Представители второго подхода не ограничивали административный процесс разрешением обозначенных категорий дел и включали в его содержание рассмотрение во

внесудебном (административном) порядке любых дел, подведомственных органам государственного управления, в том числе по принятию нормативных правовых актов, по заявлениям и жалобам граждан, по применению мер поощрения, по применению мер административного принуждения. Соответственно, в рамках каждой из этих концепций выделялась своя система принципов административного процесса, при этом многие из них совпадали. В частности, сторонники узкого, юрисдикционного понимания административного процесса наряду с общими принципами законности, гласности, равенства перед законом, участия общественности, объективной (материальной истины), языка производства относили к принципам данного процесса его публичность, состоящую в необходимости соблюдения государственных и общественных интересов, доступность для граждан, экономичность (оперативность), право на защиту, презумпцию невиновности [Салищева, Н.Г., 2011, с. 172–177; Бахрах, Д.Н., 1969, с. 279–280].

В рамках теории широкого, управленческого административного процесса представителями этого направления помимо названных выше общих принципов выделялись и некоторые специальные, в частности такие, как самостоятельность органа управления в принятии решения, его ответственность за надлежащее ведение процесса и принятие решения по делу [Сорокин, В.Д., 2005, с. 278–284; Лория, В.А., 1976, с. 44–45].

Выработанные в советской административно-правовой науке подходы к пониманию сущности и системы принципов внесудебного административного процесса, несмотря на произошедшие в политико-правовой системе России коренные изменения, в целом без существенных изменений воспроизводятся и в современной литературе по административно-процессуальному праву. Учеными-административистами постсоветского времени все так же выделяются принципы законности, равенства, гласности, объективной (материальной) истины, активности, самостоятельности и ответственности органов, осуществляющих административное производство, оперативности и экономичности административного процесса. В качестве вновь сформулированных можно назвать лишь принципы приоритета прав и свобод человека и гражданина, компетентности и беспристрастности органа, разрешающего административное дело [Коренев, А.П., 2000, с. 241–244; Панова, И.В., 2007, с. 39–53; Штатина, М.А., ред., 2014, с. 36–40; Попов, Л.А., ред., 2017, с. 55–60; Зеленцов, А.Б., Кононов, П.И. и Стахов, А.И., 2018, с. 126–131; Миронов, А.Н., 2018, с. 24–26].

В отдельных современных публикациях помимо общедекларативных выделяются и некоторые позаимствованные из зарубежной административно-правовой науки инструментальные принципы административного процесса, имеющие практическую значимость при разрешении административно-публичными органами административных дел и

принятии по этим делам властных решений в отношении физических лиц и организаций. К числу таких принципов можно, в частности, отнести принципы справедливости, пропорциональности (соразмерности) осуществляемых административно-публичными органами в рамках административного процесса действий, достаточности и пригодности используемых ими при этом средств, сочетания целесообразности и усмотрения при совершении указанных действий, беспристрастности при разрешении административного дела [Галлиган, Д., Полянский, В.В. и Старилов, Ю.Н., 2002, с. 168–192; Россинский, Б.В. и Старилов, Ю.Н., 2015, с. 434–437; Старилов, Ю.Н., ред., 2017, с. 150–153].

Ряд прикладных принципов, подлежащих применению при разрешении дел об административных правонарушениях и не закрепленных в настоящее время законодательно, был сформулирован в судебных актах Конституционного Суда Российской Федерации. К их числу относятся индивидуализация применяемого к лицу административного наказания, его пропорциональность и соразмерность характеру и последствиям совершенного правонарушения, недопустимость избыточного ограничения имущественных прав и интересов виновного¹.

Таким образом, анализ сформировавшихся как в советский, так и в постсоветский периоды развития отечественной науки административного права и процесса подходов к пониманию принципов внесудебного (исполнительного) административного процесса показывает, что такие подходы:

1) ориентированы главным образом на декларирование общеправовых основ административного процесса без учета специфики целей, задач, правовых форм и методов его осуществления в условиях построения в России основанной на Конституции Российской Федерации правовой государственности;

2) не направлены на развитие и нормативно-правовое закрепление в федеральном административно-процессуальном законодательстве прикладных процессуальных принципов внесудебного административного процесса (административного производства), применение которых реально позволяло бы разрешать административные дела объективно, полно, всесторонне и справедливо.

Между тем в науке административного процесса и административно-процессуальном законодательстве многих зарубежных государств уже давно выработаны и применяются на практике реально работающие инструментальные принципы внесудебного разрешения административных дел. Проанализируем на примере отдельных государств Европы, в том числе бывших республик Советского Союза, сформиро-

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 февраля 2014 г. № 4-П. Доступ из справочной правовой системы «Консультант-Плюс».

вавшиеся в них научные и законодательные подходы к определению и практическому применению специальных принципов внесудебного административного процесса (административного производства), имеющих прежде всего прикладное значение при разрешении административных дел.

В зарубежных государствах, в первую очередь европейских, в настоящее время основное внимание уделяется стандартам отношений публичной администрации и частного лица, которые складываются на основе рассмотрения административных дел как в судебном, так и во внесудебном порядке. Отмечается, что административное судебное производство, как и административная процедура, характеризуется рядом общих принципов, которые отличают его от других видов судебного процесса [Пуделька, Й., 2018, с. 3].

В большинстве стран «старой демократии» принципы вырабатывались административными судами и трибуналами десятилетиями, причем на основе конституционных идей и международных актов, что придает им особое значение [Ginsburg, T., 2010, pp. 117–126]. При этом процессуальные принципы формулируются административными судами как для административной юстиции, так и для административной процедуры, что объясняется сугубо практической их направленностью на разрешение конкретных административных дел. Отмечается, что они определяют действия судей в административном производстве и действия чиновника в ходе административной процедуры [Пуделька, Й., 2018, с. 4]. Заметим, что в зарубежных странах общеправовые принципы становятся не декларативными, а инструментальными, что обусловлено их многолетним развитием судами. Если начиналось толкование общих идей и законности, справедливости, пропорциональности, разумности и т. д. на основе идей правового государства, то затем произошел переход к ценностям «хорошей администрации» или «хорошего управления» (good administration, good governance) и правам человека как источнику для принципов надлежащего процесса [Harlow, C., 2006, pp. 195–207].

Обозначим далее основные процессуальные принципы разрешения публичной администрацией административных дел, выработанные в западноевропейской административно-процессуальной доктрине.

Принцип законности² с точки зрения разрешения административного дела не рассматривается в традиционном виде, так как с позиций законности «...традиционное административное право особенно заинтересовано не в хороших административных решениях, а в судебном пересмотре незаконных решений...» [Ponce, J., 2005, p. 554]. То есть су-

² См., например: The administration and you: Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons. Strasbourg: Council of Europe, 1996. P. 13–14.

губо охранительный подход к возможному произволу не способствует, с точки зрения западной доктрины, хорошему администрированию.

Законность в зарубежных странах понимается как правовое положение участников административного дела, при котором режим реализации прав и законных интересов частного лица соответствует сложившемуся в современном правовом государстве стандарту надлежащего исполнения и соблюдения публичным органом правовых норм, а также требованиям, предъявляемым к хорошей администрации. Эти стандарты включают открытость, справедливость, участие, подотчетность, последовательность, рациональность, доступность судебных и внесудебных процедур рассмотрения жалоб, законность и беспристрастность [Larsson, T., 1998, pp. 39–52; Harlow, C., 1999, p. 285].

Принципом высшего порядка выступает доктрина хорошей администрации, закрепленная в ст. 41 Хартии основных прав Европейского союза³. На Хартии основаны два главных требования к хорошей администрации – беспристрастности и справедливости, причем что касается справедливости, она включает в себя ряд других элементов (таких, как принцип законности, недискриминации и равного отношения), а также принцип пропорциональности⁴.

Принцип справедливости предполагает, что каждое лицо, которое обязано принимать решения по административному делу, должно действовать в рамках судебной процедуры. Оно должно рассматривать поставленный перед ним вопрос непредвзято и предоставить каждой из сторон возможность адекватно изложить дело. Решение должно приниматься в духе и с чувством ответственности трибунала, чей долг – вершить правосудие [Kumar, J.V., 1995, p. 1]. Право на справедливое разбирательство базируется на ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и согласно позиции Федерального Конституционного Суда Германии «не содержит никаких определенных во всех деталях требований и запретов; напротив, это право требует конкретизации в соответствии с объективными условиями» [Пуделька, Й., 2018, с. 9]. На практике это право осуществляется судами через указания в процессе для соизмерения действий сторон с ходом процесса, определения сроков процесса в конкретном деле.

В Рекомендации Рес (2001) 9 Комитета министров признается, что главными преимуществами способов урегулирования административ-

³ Charter of fundamental rights of the European Union // European Parliament. URL: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (дата обращения: 06.02.2020).

⁴ См., например: Law of administrative procedure of the European Union European added value assessment // European Parliament. URL: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/eav_lawofadminprocedure_/EAV_LawofAdminprocedure_EN.pdf P.8 (дата обращения: 06.02.2020).

ных споров во внесудебной форме могут быть в том числе урегулирование споров в соответствии с принципами справедливости, а не только в соответствии со строгими правовыми нормами, и большая свобода действий⁵. Интересно, что «в широком смысле принцип справедливости относится к идее правосудия, основанного на разуме, а не правосудия, основанного на законе. В более узком смысле справедливость представляет собой поправку к писаному праву, когда применение последнего влечет за собой явно несоразмерные последствия. Она может использоваться также для восполнения пробелов в законодательстве и нормативных актах по конкретным делам, которые они не охватывают»⁶.

В справедливую процедуру включены принципы беспристрастности, разумного срока; право быть заслушанным; право на доступ к необходимой информации; обязанность администрации мотивировать свои решения.

Важнейшим процедурным принципом зарубежных стран следует признать **принцип заслушивания**, а именно обеспечение заинтересованному лицу возможности предоставить относящуюся к делу информацию, дать объяснения и комментарии до того, как решение было принято⁷. Частое лицо имеет право услышать о фактах, затрагивающих его дело; таким образом, администрация обязана создать возможность изучить, какие факты могут повлиять на рассмотрение дела, оценить их и проверить, являются ли факты правильными и что все факты, имеющие отношение к делу, были исследованы [Mäenpää, O., 2008, p. 467].

Другой гарантией от административного эксцесса при выдаче предложения должен служить **принцип уведомления**, согласно которому административное решение может применяться, только если оно предварительно доведено до сведения частного лица. Обязанность администрации мотивировать свои решения позволяет показать, стоит ли оспаривать акт, объяснять содержание акта и доказывать его необходимость, а также дать повод для самоконтроля [Stelkens, U., 2019, p. 24].

⁵ Recommendation Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties (Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001 at the 762nd meeting of the Ministers' Deputies) // Council of Europe. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2b59 (дата обращения: 06.02.2020).

⁶ Рекомендация Rec (2001) 9 Комитета министров Совета Европы государствам-членам об альтернативах судебному разбирательству между административными органами и частными сторонами // Вопросы государственного и муниципального управления. 2008. № 3 С. 114

⁷ Статья 16 Европейского кодекса надлежащего административного поведения (The European Code of Good Administrative Behaviour) // European Ombudsman. URL: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/publication/en/3510> (дата обращения: 06.02.2020).

Отметим, что принципы справедливой административной процедуры применяются и к административным санкциям, точнее, специфические принципы в рамках данной категории административных дел дополняют эти принципы⁸.

В Германии и ряде других стран указывается, что принцип законности исполнительной властью может быть соблюден только в том случае, когда орган исполнительной власти берет в основу своего решения полностью исследованные и достоверные обстоятельства дела [Раймерс, В., 2018, с. 29]. То есть выделяется общий для германской правовой системы **инквизиционный принцип** (*Ex officio investigation*), иначе определяемый как принцип расследования. Это сквозной принцип, который присутствует в рамках административной процедуры (параграф 24 Закона об административных процедурах Германии) и административного судопроизводства (параграф 86 Закона об административных судах Германии). Так, в соответствии с параграфом 24 Закона Германии «Об административной процедуре» административный орган в силу своих обязанностей исследует обстоятельства дела, устанавливает способ и объем исследования; он не связан объяснениями и ходатайствами участников производства о допустимости доказательств. В случае неопределенности суд также обязан разъяснить заинтересованным сторонам ход разбирательства, например, в отношении заявлений или фактов. Инквизиционный принцип в суде ограничен должной добросовестностью сторон при соблюдении обязанности содействовать правосудию, так как участники производства по делу привлекаются к исследованию доказательств, и суд не обязан исследовать обстоятельства, которые не были представлены или названы сторонами.

Поскольку действия администрации невозможны при отсутствии возможности свободы усмотрения, в доктрине западных стран предложены некоторые принципы такой дискреции. Так, в странах англосаксонского права среди принципов рассмотрения административных дел отмечается **разумность**, а в континентальных странах, скорее, **целесообразность**. Этот принцип выражает логическую связь, которая должна существовать между дискреционными решениями и оценкой всех публичных и частных интересов, связанных с обстоятельствами дела. Тем не менее такая оценка, с одной стороны, требует максимизации общественного интереса (поскольку согласно принципу разумности каждое дискреционное решение должно быть связано с общественным интересом), но, с другой стороны, требует, чтобы конкурирующие частные интересы не были полностью дискредитированы [Lucatunorio, P.L.M., 2010, pp. 635–636].

⁸ См. ч. 1 принципа 6 Recommendation No R(91)1 on administrative sanctions (Council of Europe). URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804fc94c (дата обращения: 06.02.2020).

Целесообразность предполагает, что на граждан налагаются только те обязательства, которые необходимы для достижения определенной законом публичной цели. Следование принципу целесообразности приводит к запрету злоупотребления правом, произвола администрации, бессмысленного применения права (формальное следование тексту нормативного акта) и сферхформализма.

Ограничение дискреции достигается также посредством использования **принципа пропорциональности**. Существо данного принципа сводится к тому, что при принятии административных актов и совершении административных действий административные органы обязаны учитывать баланс различных интересов, баланс между целями разрешения административного дела и используемыми при этом средствами [Paul, С., 2016, pp. 649–652]. В качестве непропорциональных мер рассматриваются: обязанности доказать умение владеть огнестрельным оружием для получения разрешения на охоту; приказ о представлении доказательств по фактам, не имеющим отношения к принятию решения; приказ снести строение, которое можно отремонтировать; проведение обязательного рискованного медицинского обследования для выяснения банальных вопросов. Исследователями также отмечается, что полномочия полиции принимать адекватные меры для обеспечения общественной безопасности означают право принимать не любые меры, а только те, которые подходят, необходимы и уместны [Stelkens, U., 2019, pp. 28–29].

Принцип защиты доверия законных ожиданий предполагает, что лицо, права и интересы которого затронуты решением, может либо рассчитывать на неизменность политики и мнения органа власти, либо получить соответствующую компенсацию. Это не просто отсутствие обратной силы у административных актов, но и защита легитимного доверия сторон, т. е. защита права лица от внезапного пересмотра закона, обязанность администрации при пересмотре прежних решений принимать во внимание изменение обстоятельств, учитывать индивидуальные обстоятельства посредством соблюдения уже приобретенных ранее прав. Тем самым участникам социальных и особенно экономических отношений дается уверенность в стабильности правопорядка [Капитан, Д., 2011]. Принцип защиты законного доверия обязывает администрацию, когда она изменяет или отменяет регулятивный акт, принимать переходные меры, необходимые для согласования регламентарной компетенции и обеспечения юридической безопасности.

Доктрина законного ожидания возникает только в сфере административных решений. Если ссылка на законное ожидание относится к процессуальной справедливости, то нет никакой возможности ссылаться на доктрину в противовес законодательству. В науке выделяются конкретные аспекты: 1) если государственный орган дает информацию и совет, они должны быть правдивыми, недвусмысленными и полны-

ми; 2) если государственный служащий не компетентен / не является экспертом по правовым вопросам, он должен раскрыть это и понимать, что некомпетентность не является оправданием [Stelkens, U., 2019, § 6, p. 15].

Доверие граждан к администрации поддерживается также с помощью принципа правовой стабильности (определенности), согласно которому изменения практики, отклонения от правового обыкновения должны быть допустимы только при наличии веских оснований, требующих последовательной замены старой практики новой, существующего обыкновения иным правомерным обыкновением. Соблюдение принципа правовой стабильности может потребовать от публичного органа определенности в отношении индивидуальных решений – вплоть до того, что административное решение (договор), принятое на основании закона, который признан недействительным, не может быть отозвано, если нет публичного интереса в таком отзыве.

Общеввропейское законодательство и доктрина западных стран в числе принципов административной процедуры выделяют также **принципы открытости и прозрачности; состоятельности процесса и равенства состязательных возможностей; оперативности, экономии и эффективности внесудебного административного процесса; свободной оценки доказательств, устности, непосредственности и гласности, соразмерного срока правовой защиты, возможности обжалования решения администрации, ответственности административного органа за принимаемые им решения.**

В национальном законодательстве отдельных европейских государств дополнительно закреплён ещё ряд принципов административного разбирательства, в числе которых можно назвать принцип подразумеваемых решений в случае молчания государственного органа (Франция) [Кассиа, П., 2011, с. 194–218], должной осмотрительности и адекватного обоснования (Нидерланды) [Barkhuysen, T., Schuurmans, T. and Ouden, W. den, 2012, p. 6], диспозитивности (Германия) [Шрайер, А., 2018, с. 93–94], отлагательного действия (Швейцария) [Штайнер, М., 2018], юридической безопасности (Франция) [Пилипенко, А.Н., 2019, с. 62].

В административно-процессуальном законодательстве Австрийской Республики наряду с закреплением общих принципов административного производства (*verwaltungsverfahren*) – таких, как принцип материальной истины, принцип равенства сторон, принцип эффективности процесса, особое внимание уделено принципам доказывания по административным делам, к числу которых отнесены максимальная открытость, свобода и беспредельные возможности доказывания [Grabenwarter, C., 2008].

В Итальянской Республике административное производство (*procedimento amministrativo*) основывается на принципах: экономичности,

эффективности, беспристрастности и транспарентности публичной административной деятельности; обязательности административного разбирательства, обязанности мотивации применяемых административных мер; обязанности подведения итогов административного разбирательства; запрета на ухудшение положения; обязанности соблюдения сроков производства; ответственности за нарушение сроков производства и за причиненные вследствие этого убытки⁹.

Развитая теория административной процедуры и практика применения принципов при разрешении административных дел в западноевропейских государствах во многом объясняют отсутствие строгой регламентации отдельных процессуальных действий и относительную компактность законов об административной процедуре. Для стран, которые перенимают западный опыт и еще только создают национальную систему административной юстиции, отсутствие детализации правил рассмотрения административных дел объективно неприемлемо и недопустимо в целях гарантирования должного процессуального порядка административного производства.

Принятые в последние годы в постсоветских государствах административно-процессуальные законы в основном дублируют принципы административного производства, выработанные в странах Запада.

Так, в главе II Закона *Азербайджанской Республики* от 21 октября 2005 г. «Об административном производстве» в качестве специальных принципов административного производства указаны: охрана права на доверие (доверие физических и юридических лиц к заявлениям и обещаниям административных органов, сложившейся административной практике); запрещение злоупотребления формальными требованиями (запрет возлагать на физических и юридических лиц обязательства по соблюдению формальных требований и отказывать в принятии решений в связи с нарушением только формальных требований); запрещение отказа в применении права (обязанность административного органа применить определенную правовую норму по ходатайству лица либо по собственной инициативе); соразмерность (меры, применяемые административным органом в отношении физических и юридических лиц, должны быть соразмерны законной цели, преследуемой данным органом, необходимыми и подходящими для достижения указанной цели); охват большим меньшего (запрет требовать от физического или юридического лица совершения действия, охватываемого ранее совершенным им иным действием); надежность документов и доводов, представленных физическим или юридическим лицом в ходе административного производства (если не доказано несоответствие их действительности).

⁹ См., например: Schemi & Schede. Di Diritto amministrativo: metodo schematico Simone. Napoli, 2019. P. 142–143, 148–149.

Аналогичные по сути специальные принципы административного производства закреплены в главе 2 Закона *Республики Армения* от 18 февраля 2004 г. «Об основах администрирования и административном производстве». В качестве еще одного дополнительного принципа в ст. 7 названного Закона сформулирован принцип запрета произвола, согласно которому административным органам запрещается проявлять неравномерный подход к одинаковым фактическим обстоятельствам дела, если отсутствуют какие-либо основания для их дифференцирования, и, напротив, они должны проявлять индивидуальный подход к существенно разным фактическим обстоятельствам дела.

В статье 4 Закона *Республики Беларусь* от 28 октября 2008 г. «Об основах административных процедур» нашел отражение такой специальный принцип осуществления административных процедур, как приоритет интересов заинтересованных лиц, сущность которого сводится к следующему правилу: в случае неясности или нечеткости предписаний правового акта административные решения должны приниматься уполномоченными органами исходя из максимального учета интересов заинтересованных лиц.

Статьей 7 Общего административного кодекса *Грузии* от 25 июня 1999 г. установлен принцип пропорциональности публичных и частных интересов в административном производстве, согласно которому при осуществлении административным органом дискреционного полномочия не может издаваться административно-правовой акт, если вред, причиненный охраняемым правам и интересам лица, существенно превышает благо, для получения которого он был издан.

Иным образом принцип пропорциональности публичного администрирования определен в ст. 3 Закона *Литовской Республики* от 17 июня 1999 г., в соответствии с которой пропорциональность означает, что масштаб административного решения и средства по его осуществлению должны соответствовать необходимому и обоснованным целям администрирования. В статье 8 Административно-процессуального закона *Латвии* от 25 октября 2001 г. закреплён принцип разумного применения норм права, в силу которого учреждение и суд при применении норм права пользуются основными методами интерпретации норм права (грамматическим, системным, историческим и телеологическим методами) для достижения наиболее справедливого и целесообразного результата¹⁰. Закон *Кыргызстана* «Об основах административной деятельности и административных процедурах» закрепи́л принципы: законности административной деятельности, запрета злоупотребления формальными требованиями, ограничения дискреционных полномочий, единообразного применения права, со-

¹⁰ См.: Сборник законодательных актов по административным процедурам. Ташкент: AbuMatbuot-Konsalt, 2013. С. 54–57, 84–85, 129–130, 200, 255, 287.

размерности административной деятельности (мер), «большее включает в себя меньшее», экономичности¹¹. Закон об административных процедурах *Республики Узбекистан* выделяет принципы законности, соразмерности, достоверности, возможности быть выслушанным, открытости, прозрачности и понятности административных процедур, приоритета прав заинтересованных лиц, недопустимости бюрократического формализма, содержательного поглощения, осуществления административного производства в «одном окне», равноправия, защиты доверия, правомерности административного усмотрения (дискреционного полномочия), исследования¹². В *Казахстане* планируется принять единый закон для административных процедур и административного судопроизводства. В проекте Административного процедурно-процессуального кодекса Республики определены принципы: 1) законность и справедливость; 2) право на обращение в суд за защитой; 3) активная роль суда; 4) соблюдение разумного срока; 5) независимость судей; 6) равенство всех перед законом и судом; 7) гласность судебного разбирательства; 8) обязательность судебных актов; 9) свобода обжалования судебных актов; 10) соразмерность; 11) запрет злоупотребления формальными требованиями; 12) принцип охраны права на доверие; 13) единообразие правоприменительной практики; 14) достоверность; 15) приоритет прав; 16) порядок осуществления административного усмотрения; 17) язык осуществления административных процедур и административного судопроизводства.

Таким образом, очевидно, что в зарубежных странах:

- процессуальные принципы представляют собой не абстрактные идеи, а конкретные предписания для разрешения всеми уполномоченными органами административных дел, выработанные судами, носят характер категорических, безусловных, императивных требований, которым должны подчиняться все органы публичной администрации;
- принципы постоянно наполняются новым содержанием, соответствующим текущим социально-экономическим условиям развития общества и отражающим представления о том, какой должна быть внесудебная административно-процессуальная деятельность и уровень защиты прав частного лица, которое государство в состоянии обеспечить;

¹¹ См. статьи 5–11 Закона Кыргызской Республики от 31 июля 2015 г. № 210 «Об основах административной деятельности и административных процедурах» (Сайт Министерства юстиции Кыргызской Республики. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111254?cl=ru-ru> (дата обращения: 06.02.2020).

¹² См. статьи 5–18 Закона Республики Узбекистан от 8 января 2018 г. № ЗРУ-457 «Об административных процедурах» (принят Законодательной палатой 14 декабря 2017 г.) (Национальная база данных законодательства Республики Узбекистан : сайт. URL: <https://lex.uz/docs/3492203> (дата обращения: 06.02.2020).

• в целом единые стандарты разрешения административных дел вырабатываются как для административной процедуры (внесудебного производства), так и для административного судопроизводства.

Как было отмечено, в последнее время в российской административно-правовой науке вновь был поставлен вопрос о необходимости разработки и принятия федерального закона об административных процедурах (административном производстве), и даже были предложены два альтернативных проекта такого закона, в которых определены в том числе принципы разрешения административных дел. Автор одного из законопроектов К.В. Давыдов, основываясь на приведенных выше положениях административно-процессуального законодательства зарубежных государств, предложил следующую систему принципов административных процедур: соразмерность; запрет злоупотребления федеральными требованиями; презумпция достоверности; единообразное применение права; охрана доверия; охват большим меньшего; порядок осуществления дискреционных полномочий [Давыдов, К.В., 2017, с. 52–53].

Обсуждение и заключение

В завершение проведенного исследования сформулируем собственную позицию по вопросу формирования системы принципов внесудебного административного процесса, которые могли бы быть закреплены в федеральном административно-процессуальном законодательстве.

Нам представляется, что принципы внесудебного административного процесса в Российской Федерации могут быть сформулированы на основе анализа положений и обобщения практики применения действующего отечественного административно-процессуального законодательства с учетом имеющегося опыта построения правовых основ административного производства (административных процедур) зарубежных государств, прежде всего европейских. Полагаем, что выработку таких принципов необходимо осуществлять в определенной системе с выделением их групп, исходя из структуры внесудебного административного процесса и особенностей отдельных видов административных производств. В системе принципов внесудебного административного процесса, с нашей точки зрения, могут быть выделены и нормативно закреплены в административно-процессуальном законодательстве, в частности в будущем федеральном законе «Об административном производстве» («Об административных процедурах»), следующие группы принципов:

1. Общепроцессуальные принципы, к которым необходимо отнести:

1) принцип законности осуществления административного производства с раскрытием его содержания в части: установления пра-

вил о соответствии содержания, формы и порядка издания (принятия) административных актов, совершения административных действий требованиям соответствующих законов и иных нормативных актов; определения существенных нарушений процессуальных требований, влекущих незаконность (недействительность) изданных (принятых) административных актов, совершенных административных действий; предоставления административно-публичному органу возможности административного усмотрения в рамках подлежащих применению при разрешении административного дела норм права;

2) принцип процессуального равенства участников административного производства с раскрытием его содержания, а именно правила о равных процессуальных правах участников по отношению к административно-публичному органу, разрешающему административное дело, в части дачи устных и письменных объяснений, представления доказательств, заявления ходатайств и т. п.;

3) принцип гласности (открытости) административного производства с раскрытием его содержания, а именно общего правила об открытом (гласном) рассмотрении административного дела, если его публичное рассмотрение с приглашением (вызовом) лиц, участвующих в деле, предусмотрено законом и если законом не установлено ограничений на применение данного правила;

4) принцип языка административного производства с раскрытием его содержания, а именно общего правила о ведении производства на государственном языке Российской Федерации – русском языке, с возможностью его ведения на государственном языке республики, на территории которой находится административно-публичный орган, разрешающий административное дело;

5) принцип всестороннего, полного, объективного и своевременного разрешения административного дела с раскрытием его содержания, а именно общих требований к получению, исследованию и оценке доказательств по делу, соблюдению установленных законом или иным нормативным правовым актом сроков его рассмотрения и принятия по нему итогового решения (административного акта).

II. Общие принципы внесудебного административного процесса, в числе которых можно выделить:

1) принцип независимости (самостоятельности) административно-публичного органа, осуществляющего производство, сущность которого состоит в том, что административно-публичный орган при разрешении административного дела независим от кого бы то ни было и связан только фактическими обстоятельствами дела и подлежащим применению к ним законом или иным нормативным правовым актом;

2) принцип ответственности административно-публичного органа, содержание которого заключается в том, что данный орган несет ответственность (в ее позитивном понимании) за обеспечение законности

и обоснованности совершаемых им в рамках административного производства действий и принимаемых им по административному делу решений, а также имущественную ответственность за совершение им незаконных действий, принятие незаконных решений, повлекших причинение вреда участникам указанного производства или иным лицам;

3) принцип недопустимости отказа административно-публичного органа в принятии и рассмотрении обращения гражданина или организации по формальным основаниям, сущность которого сводится к тому, что административно-публичный орган не вправе отказать заявителю в принятии и в рассмотрении его заявления или жалобы по тем основаниям, что им не были соблюдены требования к оформлению подлежащих принятию и рассмотрению документов или срок подачи соответствующего обращения, если их несоблюдение позволяет выявить содержание волеизъявления заявителя и рассмотреть дело по существу;

4) принцип обеспечения баланса публичных и частных интересов в административном производстве, содержание которого заключается в том, что в ходе данного производства и при вынесении решения по административному делу должны учитываться как субъективные (частные) интересы лица, заинтересованного в разрешении дела, так и публичные интересы, а именно интересы Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, исходя из недопустимости создания угрозы безопасности государства, жизни и здоровью людей, ухудшения условий жизнедеятельности населения и организаций, причинения вреда окружающей среде, объектам культурного наследия;

5) принцип учета индивидуальных юридико-фактических особенностей каждого административного дела, сущность которого состоит в том, что при разрешении дела и при принятии по нему решения административно-публичный орган обязан принимать во внимание индивидуальные фактические обстоятельства дела, особенности правового статуса участников административного производства и подбирать и применять нормы права, подлежащие применению именно к этим обстоятельствам и в отношении именно этих участников;

6) принцип соответствия (соразмерности, пропорциональности) возлагаемых на лицо административным актом публичных обязанностей, применяемых к нему административно-правовых мер характеру разрешаемой юридико-фактической ситуации, целям и результатам ее разрешения и учета возможных последствий их реализации, содержание которого может быть определено следующим образом:

– возлагаемая на лицо обязанность должна быть направлена на достижение соответствующих публичных целей и публично значимого результата исходя из существа разрешаемого административного дела, ее исполнение должно быть объективно возможным и не должно влечь за собой нарушения баланса публичных и частных интересов, а также

не предусмотренного законом ущемления (лишения, ограничения) прав данного лица или других лиц;

– применяемая в отношении лица административно-правовая мера, влекущая прекращение, временное ограничение права указанного лица либо установление условий его реализации, должна соответствовать (быть соразмерной) характеру, конкретным обстоятельствам и возможным последствиям допущенного этим лицом нарушения закона или иного нормативного правового акта либо характеру, степени опасности и возможным последствиям потенциальной или реальной угрозы безопасности личности, общества или государства.

III. Специальные принципы административных производств, входящих в структуру внесудебного административного процесса (регистрационного, лицензионно-разрешительного, контрольно-надзорного, производства по делам об административных правонарушениях и т. д.), которые могут быть закреплены в соответствующих профильных федеральных законах.

Заявленный вклад авторов

Кононов Павел Иванович – обзор литературы по исследуемой проблеме; сбор и систематизация данных; анализ и обобщение результатов исследования; научное руководство.

Зюзин Виталий Алексеевич – обзор литературы по исследуемой проблеме, сбор и систематизация данных; анализ результатов исследования.

Список использованной литературы

Административный процесс : учебник / под ред. М.А. Штатиной. М. : Юрайт, 2014. 364 с.

Административный процесс Российской Федерации: учебник / отв. ред. А.А. Попов. М. : Проспект, 2017. 350 с.

Бахрах Д.Н. Советское законодательство об административной ответственности : учеб. пособие. Пермь : Перм. гос. ун-т, 1969. 344 с.

Галлиган Д., Полянский В.В., Старилов Ю.Н. Административное право: история развития и основные современные концепции. М. : Юристъ, 2002. 410 с.

Давыдов К.В. Современное состояние и перспективы развития российского законодательства об административных процедурах. Проект Федерального закона «Об административных процедурах и административных актах в Российской Федерации» // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 1. С. 47–69.

Зеленцов А.Б., Кононов П.И., Стахов А.И. Административно-процессуальное право России : в 2 ч. Ч. 1. М. : Юрайт, 2018. 311 с.

Капитан Д. Общие принципы административного процесса во Франции // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ж. Марку. М. : Статут, 2011. С. 220–232.

Кассиа П. Подразумеваемые решения в административном праве Франции // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ж. Марку. М. : Статут, 2011. С. 194–219.

Кононов П.И., Стахов А.И. О проекте Федерального закона «Об административном производстве в Российской Федерации». Проект Федерального закона «Об административном производстве в Российской Федерации» // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 3. С. 40–68.

Коренев А.П. Административное право России : в 3 ч. Ч. 1. М. : Щит-М, 2000. 280 с.

Лория В.А. Проблемы кодификации советского административно-процессуального права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Киев, 1976. 57 с.

Миронов А.Н. Административно-процессуальное право : учеб. пособие. М. : Форум : Инфра-М, 2018. 169 с.

Общее административное право : учебник : в 2 ч. Ч. 2 / под ред. Ю.Н. Старилова. Воронеж : Изд. дом ВГУ, 2017. 820 с.

Панова И.В. Административно-процессуальное право России. М. : Норма, 2007. 336 с.

Пилипенко А.Н. Публичный контроль во Франции : моногр. М. : Инфра-М, 2019. 256 с.

Пуделька Й. Общие принципы административного производства // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М. : Инфотропик Медиа, 2018. С. 2–10.

Раймерс В. Инквизиционный принцип в административной процедуре // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М. : Инфотропик Медиа, 2018. С. 28–36.

Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право : учебник. М. : Норма : Инфра-М, 2015. 575 с.

Салищева Н.Г. Избранное. М. : РАП, 2011. 568 с.

Сорокин В.Д. Избранные труды. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2005. 1086 с.

Шрайер А. Принципы административного процесса помимо инквизиционного принципа // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М. : Инфотропик Медиа, 2018. С. 93–107.

Штайнер М. Отлагательное действие как ключевая тема (швейцарского) административного права // Ежегодник публичного права 2018: Принципы административных процедур и административного судопроизводства. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 76–92.

Barkhuysen T., Schuurmans T., Ouden W. den. The law on administrative procedures in the Netherlands // Netherlands Administrative Law Library. 2012. April – June. URL: <http://www.nall.nl/tijdschrift/nall/2012/06/NALL-D-12-00004> (дата обращения: 06.02.2020). DOI: 10.5553/NALL/.000005.

Craig P. Administrative law. London : Thomson Reuters, 2016. 974 p.

Ginsburg T. Written constitutions and the administrative state: On the constitutional character of administrative law // Comparative administrative law / eds. S. Rose-Ackerman, P. Lindseth. Chicago : Edward Elgar Publishing, 2010. P. 117–126.

Grabenwarter C. Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wien : Springer, 2008. 227 p.

Harlow C. Freedom of information and transparency as administrative and constitutional rights // Cambridge Yearbook of European Legal Studies. 1999. Vol. 2. P. 285–302. DOI: 10.5235/152888712802815860.

Harlow C. Global administrative law: The quest for principles and values // The European Journal of International Law. 2006. Vol. 17, issue 1. P. 187–214.

Kumar J.B. Principles of natural justice // J.T.R.I Journal. 1995. Vol. 3. P. 1–7.

Larsson T. How open can a Government be? The swedish experience // Openness and transparency in the European Union / eds. V. Deckmyn, I. Thomson. Maastricht : European Institute of Public Administration, 1998. P. 39–52.

Lucatuorio P.L.M. Reasonableness in administrative discretion: A formal model // The Journal Jurisprudence. 2010. Vol. 8. P. 633–646.

Mäenpää O. Hyvä hallinto oikeutena ja yleisenä oikeusperiaatteena // Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa: juhla kirja Allan Rosas / eds. H. Kaila, E. Pirjatanniemi, M. Suksi. Turku: Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi, 2008. P. 465–474.

Ponce J. Good administration and administrative procedures // Indiana Journal of Global Legal Studies. 2005. Vol. 12, issue 2. P. 551–

588. URL: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol12/iss2/10> [дата обращения: 06.02.2020].

Stelkens U. General principles of administrative law // Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer. 2019. URL: https://www.uni-speyer.de/files/de/Lehrst%C3%BChle/Stelkens/Lehrveranstaltungen/General_Principles_of_Administrative_Law/5_AdministrativeLaw_discretion.pdf (дата обращения: 06.02.2020).

References

Bahrah, D.N., 1969. *Sovetskoe zakonodatel'stvo ob administrativnoj otvetstvennosti* = [Soviet legislation on administrative responsibility]. Textbook. Perm: Perm. gos. un-t. (In Russ.)

Barkhuysen, T., Schuurmans, T. and Ouden, W. den, 2012. The law on administrative procedures in the Netherlands. *Netherlands Administrative Law Library*. Available at: <<http://www.nall.nl/tijdschrift/nall/2012/06/NALL-D-12-00004>> [Accessed 6 Februari 2020]. DOI: 10.5553/NALL/.000005.

Capitan, D., 2011. [General principles of the administrative process in France]. In: T.Ya. Khabrieva, G. Marcou, eds. *Administrativnye protsedury i kontrol' v svete evropeyskogo opyta* = [Administrative procedures and control in the Light of European experience]. Moscow: Statut. (In Russ.)

Cassia, P., 2011. [Implied decisions in the administrative law of France]. In: T.Ya. Khabrieva, G. Marcou, eds. *Administrativnye protsedury i kontrol' v svete evropeyskogo opyta* = [Administrative procedures and control in the Light of European experience]. Moscow: Statut. (In Russ.)

Craig, P., 2016. *Administrative law*. London: Thomson Reuters.

Davydov, K.V., 2017. [Current state and prospects of development of Russian legislation on administrative procedures and administrative acts. The draft Federal law "On the administrative procedures and administrative acts in the Russian Federation"]. *Zhurnal administrativnogo sudoproizvodstva* = [Journal of Administrative Court Proceedings], 1, pp. 47–69. (In Russ.)

Harlow, C., 1999. Freedom of information and transparency as administrative and constitutional rights. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2, pp. 285–302. DOI:10.5235/152888712802815860.

Harlow, C., 2006. Global administrative law: The quest for principles and values. *The European Journal of International Law*, 17(1), pp. 187–214. DOI: doi.org/10.1093/ejil/chi158.

- Galligan, D., Polyanskij, V.V. and Starilow, Yu.N., 2002. *Administrativnoe pravo: istoriya razvitiya i osnovnye sovremennye koncepcii* = [Administrative law: history of development and main modern concepts]. Moscow: Yurist. (In Russ.)
- Ginsburg, T., 2010. Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law. In: S. Rose-Ackerman, P. Lindseth, eds. *Comparative administrative law*. Chicago: Edward Elgar Publishing. Pp. 117–126.
- Grabenwarter, C., 2008. *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*. Wien: Springer.
- Kononov, P.I. and Stakhov, A.I., 2017. [On the draft Federal law “On administrative proceedings in the Russian Federation”. The draft Federal law “On administrative proceedings in the Russian Federation”]. *Zhurnal administrativnogo sudoproizvodstva* = [Journal of Administrative Court Proceedings], 3, pp. 40–68. (In Russ.)
- Korenev, A.P., 2000. *Administrativnoe pravo Rossii* = [Administrative law of Russia]. In 3 vols. Volume 1. Moscow: Shchit-M. (In Russ.)
- Kumar, J.B., 1995. Principles of natural justice. *J.T.R.I Journal*, 3, pp. 1–7.
- Larsson, T., 1998. How open can a Government be? The swedish experience. In: V. Deckmyn and I. Thomson, eds. *Openness and transparency in the European Union*. Maastricht: European Institute of Public Administration. Pp. 39–52.
- Loriya, V.A., 1976, *Problemy kodifikacii sovetskogo administrativno-processual'nogo prava* = [Problems of codification of the Soviet administrative procedure law]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. Kiev. (In Russ.)
- Lucatuorio, P.L.M., 2010. Reasonableness in administrative discretion: A formal model. *The Journal Jurisprudence*, 8, pp. 633–646.
- Mäenpää, O., 2008. Hyvä hallinto oikeutena ja yleisenä oikeusperiaatteena. In: H. Kaila, E. Pirjatanniemi and M. Suksi, eds. *Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa: juhlakirja Allan Rosas*. Turku: Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi. Pp. 465–474.
- Mironov, A.N., 2018. *Administrativno-processual'noe pravo* = [Administrative procedure law]. Textbook. Moscow: Forum; Infra-M. (In Russ.)
- Panova, I.V., 2007. *Administrativno-processual'noe pravo Rossii* = [Administrative procedure law of Russia]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Pilipenko, A.N., 2019. *Publichnyj kontrol' vo Francii* = [Public control in France]. Moscow: Infra-M. (In Russ.)
- Ponce, J., 2005. Good administration and administrative procedures. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 12(2), pp. 551–588. Available

at: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol12/iss2/10>> [Accessed 6 February 2020].

Popov, L.L., ed., 2017. *Administrativnyj process Rossijskoj Federacii* = [Administrative process of the Russian Federation]. Textbook. Moscow: Prospekt. (In Russ.).

Pudelka, J., 2018. General principles of administrative court proceedings. *Ezhegodnik publichnogo prava 2018: Principy administrativnyh procedur i administrativnogo sudoproizvodstva* = [Public law Yearbook 2018: Principles of administrative procedures and administrative proceedings]. Moscow: Infotropik Media. Pp. 2–10. (In Russ.)

Reimers, W., 2018. [The principle of ex officio investigation in administrative procedure]. *Ezhegodnik publichnogo prava 2018: Principy administrativnyh procedur i administrativnogo sudoproizvodstva* = [Public law Yearbook 2018: Principles of administrative procedures and administrative proceedings]. Moscow: Infotropik Media. Pp. 28–36. (In Russ.)

Rossinskiy, B.V. and Starilov, Yu.N., 2015. *Administrativnoe pravo* = [Administrative law]. Textbook. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)

Salishcheva, N.G., 2011. *Izbrannoe* = [Selected]. Moscow: RAP. (In Russ.)

Schreier, A., 2018. [General principles of administrative court proceedings including the inquisitorial principle]. *Ezhegodnik publichnogo prava 2018: Principy administrativnyh procedur i administrativnogo sudoproizvodstva* = [Public law Yearbook 2018: Principles of administrative procedures and administrative proceedings]. Moscow: Infotropik Media. Pp. 93–107. (In Russ.)

Shtatina, M.A., ed., 2014. *Administrativnyj process* = [Administrative process]. Textbook. Moscow: Jurait. (In Russ.)

Sorokin, V.D., 2005. *Izbrannye trudy* = [Selected works]. St. Petersburg: Yurid. centr Press. (In Russ.)

Starilov, Yu.N., ed., 2017. *Obshchee administrativnoe pravo* = [General administrative law]. Textbook. In 2 vols. Volume 2. Voronezh: Izdom VGU. (In Russ.)

Steiner, M., 2018. [Suspensive effect as a key issue of (Swiss) administrative law]. *Ezhegodnik publichnogo prava 2018: Principy administrativnyh procedur i administrativnogo sudoproizvodstva* = [Public law Yearbook 2018: Principles of administrative procedures and administrative proceedings]. Moscow: Infotropik Media. Pp. 76–92. (In Russ.)

Stelkens, U., 2019. General principles of administrative law. *Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer*. Available at:

<https://www.uni-speyer.de/files/de/Lehrst%C3%BChle/Stelkens/Lehrveranstaltungen/General_Principles_of_Administrative_Law/5_AdministrativeLaw_discretion.pdf> [Accessed: 6 February 2020].

Zelentsov, A.B., Kononov, P.I. and Stakhov, A.I., 2018. *Administrativno-processual'noe pravo Rossii* = [Administrative procedure law of Russia]. In 2 vols. Volume 1. Moscow: Jurait. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors

Кононов Павел Иванович, доктор юридических наук, профессор, судья Второго арбитражного апелляционного суда (610007, Российская Федерация, г. Киров, ул. Хлыновская, д. 3).

Pavel I. Kononov, Dr. Sci. (Law), Professor, Judge of the Second Arbitration Court of Appeal (3 Khlynovskaya ul., Kirov 610007, Russia).

E-mail: pav.kononov@yandex.ru

Зюзин Виталий Алексеевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры административного права и процесса имени Н.Г. Салищевой ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, г. Москва, Новочеремушкинская ул., д. 69).

Vitaly A. Zyuzin, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of Salishheva Administrative Law and Process Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya ul., Moscow 117418, Russia).

E-mail: vi-zin@list.ru

УДК 341.1: 347.97/.99

DOI 10.37399/2686-9241.2020.3.146-164

Защита права на уважение частной жизни судей: позиции Европейского суда по правам человека

Л.Ю. Фомина*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Российская Федерация
fominalilja@mail.ru*

Введение. Судьи должны придерживаться определенных правил поведения, некоторые из которых вполне можно расценить как вмешательство в сферу частной жизни. Именно поэтому вопросы определения границ сферы частной жизни судьи и возможности их нарушения представляются весьма актуальными. В этом аспекте интересны правовые позиции Европейского суда по правам человека в сфере защиты права на уважение частной жизни применительно к судьям, исследованию которых и посвящена статья.

Теоретические основы. Методы. При проведении исследования с использованием диалектического, логического, формально-юридического и ряда других методов познания были изучены работы, посвященные проблемам судейской этики, стандартам поведения государственных служащих, защиты права на уважение частной и семейной жизни, соотношения частной жизни и публичной службы. Основное внимание было уделено анализу практики Европейского суда по правам человека в контексте защиты частной жизни судей.

Результаты исследования. В статье исследованы вопросы понимания частной жизни судьи с учетом правовых позиций Европейского суда по правам человека. Рассмотрены подходы, применяемые при оценке возможных нарушений. Проанализированы критерии допустимости вмешательства государства в право на уважение частной жизни судьи в соответствии с практикой Европейского суда по правам человека.

Обсуждение и заключение. Сфера частной жизни судьи в соответствии с практикой Европейского суда по правам человека достаточно широка по содержанию, включая и собственно профессиональную деятельность. Для констатации вмешательства в частную жизнь судьи важен анализ его поведения с точки зрения предъявляемых к нему требований, последствий вмешательства для него самого или его близкого круга. Ключевая роль при оценке допустимости такого вмешательства с учетом критериев законности, наличия правомерной цели, необходимости в демократическом обществе должна быть отведена установлению справедливого баланса публичных и частных интересов.

Ключевые слова: судейская этика, требования к судьям, правила поведения судьи, частная жизнь, неприкосновенность частной жизни, право на уважение частной жизни, Европейский суд по правам человека

Благодарности: Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-01080.

Для цитирования: Фомина Л.Ю. Защита права на уважение частной жизни судей: позиции Европейского суда по правам человека // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 146–164. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.3.146-164.

Protection of the Right to Respect for Private Life of Judges: Positions of the European Court of Human Rights

Liliya Yu. Fomina*

** Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation
For correspondence: fominalilja@mail.ru*

Introduction. Judges are required to observe certain rules of conduct, some of which can be considered as interference in the sphere of private life. Because of this, the issues of defining the boundaries of the judge's private life and the possibility of violating them are very relevant. The European Court of Human Rights has a certain practice of protecting the right to respect for private life in relation to judges. This article is devoted to its research.

Theoretical Basis. Methods. When writing the article, the authors studied scientific works on the problems of judicial ethics, standards of behavior of public servants, protection of the right to respect for private and family life, and the relationship between private life and public service. The main attention is paid to the practice of the European Court of Human Rights in the context of protecting the private life of judges.

Results. The understanding of the private life of a judge based on the practice of the European Court of Human Rights is studied. The approaches applied to the assessment of such violations are considered. The criteria for the permissibility of state interference in the right to respect the private life of a judge are studied.

Discussion and Conclusion. In accordance with the practice of the European Court of Human Rights, the sphere of a judge's private life is interpreted broadly, including professional activities. To identify interference in the private life of a judge, it is important to analyze his behavior in terms of the requirements imposed on him, the consequences of interference for himself or his close circle. A key role in assessing the permissibility of interference, taking into account the criteria of legality, legitimate purpose, and necessity in a democratic society, should be assigned to establishing a fair balance of public and private interests.

Keywords: judicial ethics, requirements to judges, rules of conduct of judges, private life, privacy, right to respect for private life, European Court of Human Rights

Gratitudes: This study was undertaken with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research within the framework of scientific project No. 18-011-01080.

For citation: Fomina, L.Yu., 2020. Protection of the right to respect for private life of judges: Positions of the European Court of Human Rights. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 146–164. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.146-164.

Введение

Судебные органы, осуществляя правосудие и обеспечивая тем самым верховенство права, занимают важное место в функционировании правового государства и играют особую роль в жизни общества. Исходя из этого судьям предоставляются серьезные гарантии и полномочия, но при этом к ним предъявляются и весьма строгие требования, без соблюдения которых невозможно обеспечить подлинное доверие общества к суду. Именно поэтому Консультативный совет европейских судей указывает, что функциональная легитимность судей, в отличие от конституционной и формальной, «заслуживается лишь работой

на максимально высоком уровне с соблюдением высоких этических требований»¹.

В свою очередь, требования к судьям, закрепленные на международном и национальном уровнях в актах различной юридической природы и силы, зачастую предполагают возможность проверки и раскрытия определенных аспектов, относящихся к личной жизни.

Между тем защита сферы частной жизни гарантируется важнейшими международными актами в сфере защиты прав человека². В рамках предусмотренных ими контрольных механизмов, прежде всего Европейского суда по правам человека (далее также – Европейский суд), их положения, относящиеся к защите частной жизни, получают зачастую весьма интересную интерпретацию, охватывая все новые сферы человеческой жизни, в том числе и профессиональную деятельность.

В связи с этим вопросы формирования определенных подходов и выявления критериев соотношения публичных и частных интересов при обеспечении защиты сферы частной жизни судьи представляются весьма актуальными. Позиции, выработанные Европейским судом при осуществлении защиты права на уважение частной и семейной жизни, гарантированного ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее также – Европейская конвенция, Конвенция), представляются весьма интересными и полезными.

Теоретические основы. Методы

Предметом настоящей статьи являются определение понятия «частная жизнь» судьи и установление допустимых пределов вмешательства в нее в рамках сложившихся в практике Европейского суда подходов.

Вопросы защиты частной жизни судей в практике Европейского суда в научной литературе практически не анализировались, но исследование данной проблематики потребовало изучения работ российских и зарубежных правоведов в сопутствующих сферах.

Были изучены труды, посвященные проблемам судейской этики, стандартам поведения государственных служащих. Это работы следующих российских ученых: Е.В. Бурдиной [2018], М.И. Клеандрова [2015;

¹ Состояние судебной системы и ее взаимодействие с другими ветвями власти в современном демократическом государстве: Заключение Консультативного совета европейских судей от 16 октября 2015 г. № 18 (2015), п. 17. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

² См., например: Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 г., ст. 12. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»; Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г., ст. 17. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»; Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (в ред. от 13.05.2004), ст. 8. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»; и др.

2016], Т.Н. Нешатаевой [2019], А.А. Соловьева [2015a; 2015b], М.В. Шугурова [2013] и других, а также зарубежных: Д. Гудмана и Дж. Коэна [Goodman, D. and Cohen, G., 2018], Р. Девлина и А. Додека [Devlin, R. and Dodek, A., 2017], Дж.Ф. Планта [Plant, J.F., 2018], Дж. Таттона, К. Мак и С.Р. Энли [Tutton, J., Mack, K. and Anleu, S.R., 2018], П.Д. Футта и Дж. Клингера [Foote, P.D. and Clinger, J., 2018], Б. Хеншена [Henschen, B., 2017], К. Холлиса [Hollis, K., 2002] и др.

В процессе подготовки статьи использованы труды по вопросам международно-правовой и национальной защиты прав человека, в особенности права на уважение частной и семейной жизни, в том числе в практике Европейского суда по правам человека: С.В. Баринова [2015], А. Виллемса [Willems, A., 2014], М.А. Грачевой [2013], Б.Н. Кадникова [2011], А. Ликсински [Lixinski, L., 2014], Д.З. Поливановой [2010], Е.Н. Попериной [2014], И. Роаньи [2014], Э.В. Талапиной [2018], Л. Тейлор [Taylor, L., 2017], Д. Харриса, М. О'Бойла, К. Уорбрика [2017] и др.

Были изучены также труды, посвященные проблематике защиты частной жизни публичных лиц, соотношения частной жизни и публичной службы, в основном – с точки зрения проблемы обнародования соответствующей информации [Petersen, D.L., 2013; Riffe, D., 2003; Streiffer, R., Rubel, A. and Fagan, J.R., 2006; Thompson, D.F., 2011; Wojdyski, B.W. and Riffe, D., 2011].

Проведение исследования потребовало использования диалектического метода познания, а также таких научных методов, как логический, формально-юридический, и иных при соблюдении в целом системного подхода.

Ключевое место было отведено изучению постановлений Европейского суда, вынесенных по жалобам на нарушение ст. 8 Европейской конвенции, в контексте осуществления судьями своей профессиональной деятельности. Использованы и правовые позиции Европейского суда, сформулированные по жалобам на нарушение свободы выражения мнений, иных прав, гарантированных Европейской конвенцией, в их взаимосвязи с предметом исследования.

Результаты исследования

1. Понимание сферы частной жизни судьи и практика Европейского суда по правам человека

В юридической науке в отношении понятия «частная жизнь» можно выделить два основных подхода: через перечисление отдельных сторон существования человека, которые не подлежат раскрытию для посторонних, либо, наоборот, методом исключения сфер жизни, которые не относятся к частной [Баринов, С.В., 2015].

В практике Европейского суда понятие частной и семейной жизни получило весьма широкое толкование, на наш взгляд, с использованием

в различных ситуациях обоих указанных подходов. Как неоднократно отмечал в постановлениях Европейский суд, частная жизнь является по смыслу положений ст. 8 Конвенции широким понятием, которому невозможно дать исчерпывающее определение³. В настоящее время в толковании Европейского суда она включает три основных элемента: физическую, психологическую или моральную неприкосновенность, конфиденциальность (*privacy*), идентичность⁴.

Перечень сфер, относящихся к частной жизни, постоянно дополняется в практике Суда, в результате чего даже отмечается, что она «тем самым постепенно трансформируется в общую свободу действий»⁵. Для понимания сферы, включаемой в понятие «частная жизнь судьи», важно, что с учетом таких подходов частная жизнь охватывает и взаимодействие с другими людьми, что вполне соответствует выделению в европейской правовой доктрине двух составляющих частной жизни: личной частной (персонально-интимной) и социальной частной жизни [Талапина, Э.В., 2018, с. 121].

Таким образом, Европейская конвенция в ст. 8 прямо не предусматривает защиту профессиональной деятельности, но в трактовке Суда первый элемент частной жизни – физическая, психологическая или моральная неприкосновенность – предполагает в числе множества иных аспектов и защиту прав в области профессиональной деятельности⁶. Более того, как отмечает Европейский суд, «не всегда возможно четко разграничить, какая деятельность человека составляет часть его профессиональной или деловой жизни»⁷.

Защита сферы профессиональной деятельности в контексте права на уважение частной и семейной жизни не всегда пользуется поддержкой всех судей Европейского суда по правам человека. Например, судья Курис в Особом мнении по делу «Эрменьи против Венгрии» высказал несогласие с тем, что понятие «право на уважение частной жизни» распространяется настолько далеко, что включает в себя право не

³ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Паррилло (Parrillo) против Италии» от 27 августа 2015 г., § 153. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence. Updated on 31 August 2019, § 70. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf

⁵ Совпадающее мнение судьи Кжиштофа Войтишека по делу «Элберте (Elberte) против Латвийской Республики», п. 4. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. § 130–134.

⁷ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Нимитц (Niemietz) против Германии» от 16 декабря 1992 г., § 29. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

быть уволенным без гарантий, предусмотренных во втором пункте ст. 8 Европейской конвенции, с такой должности, как должность заместителя председателя Верховного Суда, и с тем, что занятие такого публичного поста (по крайней мере до стандартного истечения срока полномочий) относится к сфере частной жизни⁸.

Однако к настоящему времени практика Европейского суда по правам человека по данному вопросу сложилась, толкование частной жизни, включающее вопросы профессиональной деятельности, применяется при разрешении соответствующих жалоб.

Естественно, что частная жизнь судьи может получить защиту и в рамках иных аспектов частной жизни в соответствии со ст. 8 Европейской конвенции, например, относительно охраны прав на изображение и фотографии, их опубликование, данных лица, информации о здоровье и др.⁹

Наряду с неприкосновенностью или уважением частной жизни в соответствии с Европейской конвенцией и практикой ее применения защите подлежит также важное для успешного в своей профессии человека право на защиту репутации. Статья 8 Европейской конвенции прямо не предусматривает защиту репутации, но, как справедливо отмечено Европейским судом, «репутация лица, даже если оно подвергается критике в контексте публичных дебатов, составляет часть его индивидуальности и психологической неприкосновенности»¹⁰, получая тем самым защиту и в рамках права на уважение частной и семейной жизни.

Интересно, что «репутационные потери» анализируются Европейским судом с точки зрения как профессиональной, так и социальной репутации. Профессиональная репутация относится к оценке результатов деятельности в качестве судьи, компетентности, профессионализма. Социальная репутация рассматривается с точки зрения оценки моральных качеств, личности и порядочности судьи в более широком, этическом значении¹¹.

Но речь не должна идти о ситуациях, когда репутация лица пострадала в результате его собственных действий, последствия которых были предсказуемы (совершение преступления, нарушения иного характера, которые влекут за собой юридическую ответственность и иные неблагоприятные последствия для частной жизни)¹².

⁸ Особое мнение судьи Куриса по делу «Эрменьи (Ermenyi) против Венгрии», п. 1. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168782>

⁹ Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, § 71–245.

¹⁰ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Денисов против Украины» от 25 сентября 2018 г., § 97. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186216>

¹¹ Там же, § 125–131.

¹² Там же, § 98.

2. Основные подходы Европейского суда по правам человека к выявлению нарушений права на уважение частной жизни и защита частной жизни судьи

Как и в любой ситуации выявления нарушения права на уважение частной жизни, в случае с вопросами вмешательства в частную жизнь судьи Европейский суд исходит из ряда общих правил. Прежде всего речь идет о так называемом двухступенчатом тесте, т. е. ответах на вопросы о том, подпадает ли жалоба под действие ст. 8 Европейской конвенции и имело ли место вмешательство [Роанья, И., 2014, с. 14–16].

Европейская конвенция гарантирует защиту от вмешательства в частную жизнь лица, т. е. в первую очередь речь здесь идет о классических негативных обязательствах государства: воздерживаться от вторжения в сферу частной жизни в соответствии с теми подходами к ее пониманию, которые были изложены выше. Но у государства могут возникнуть и позитивные обязательства, предполагающие совершение определенных действий с целью защиты сферы частной жизни от вмешательства. В рамках исполнения таких позитивных обязательств государствам предоставляются широкие пределы усмотрения, выбор между различными способами и средствами выполнения своих обязательств¹³. Но «право окончательной оценки применимости и достаточности принятых национальными властями решений остается за Европейским судом»¹⁴.

При оценке наличия вмешательства в частную жизнь судьи Европейский суд по правам человека может оценить ситуацию с учетом определенного минимального уровня. Этот подход применяется в делах, касающихся профессиональной деятельности, когда мера, принятая в отношении лица, например увольнение, также оценивается с точки зрения серьезности тех последствий, которые имели место для него самого и его «ближнего круга». «Заявитель обязан определить и разъяснить как конкретные последствия оспариваемой меры для своей частной жизни, так и характер и масштабы причиненного ему ущерба, а также надлежащим образом обосновать свои утверждения»¹⁵.

В Постановлении по делу «Денисов против Украины», вынесенном по жалобе на вмешательство в принадлежащее заявителю право на уважение частной жизни в связи с отстранением от должности председа-

¹³ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Дубецкая и другие (Dubetska and Others) против Украины» от 10 февраля 2011 г., § 141. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Фадеева (Fadeyeva) против Российской Федерации» от 9 июня 2005 г., § 102. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁵ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Денисов против Украины», § 114.

ля Киевского апелляционного административного суда (при этом должность судьи была за ним сохранена), были систематизированы подходы, применяемые при анализе нарушений права на уважение частной жизни, связанных с профессиональной деятельностью лица, в том числе судьи. В числе таких были названы два подхода: основанный на причинах и основанный на последствиях с возможностью их комплексного применения. Второй подход также предполагает оценку серьезности тех последствий, которые претерпевает заявитель в связи с вмешательством в право на уважение частной жизни.

Примером применения первого подхода может служить Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Езпынар против Турции», где Суд проанализировал досрочное прекращение полномочий судьи в связи с ее поведением, не соответствующим статусу судьи, с точки зрения соблюдения права на уважение частной жизни. Было установлено, что досрочное прекращение полномочий судьи было во многом обусловлено поведением в рамках тех сфер, которые традиционно относятся к частной жизни человека: отношения с матерью, в том числе отдельное от нее проживание; близкие отношения с адвокатом; стиль в одежде (ношение мини-юбки), макияж¹⁶.

Второй подход в отношении судей был применен, например, в делах «Эрменьи против Венгрии»¹⁷, «Олександр Волков против Украины»¹⁸, «Куликов и другие против Украины»¹⁹, «Денисов против Украины»²⁰. В указанных прецедентах речь шла исключительно об оценке профессиональной деятельности как элемента частной жизни лица в связи с досрочным прекращением полномочий судьи, председателя или заместителя председателя суда.

В трех первых названных делах Европейский суд расценил прекращение соответствующих полномочий как нарушение права на уважение частной жизни, сочтя последствия такой меры серьезно повлиявшими на значительную часть профессиональных или других отноше-

¹⁶ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Езпынар (Ozpinar) против Турции» от 19 октября 2010 г., § 43. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101212>

¹⁷ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Эрменьи (Ermenyi) против Венгрии» от 22 ноября 2016 г. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168782>

¹⁸ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Олександр Волков (Oleksandr Volkov) против Украины» от 9 января 2013 г. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115871>

¹⁹ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Куликов и другие (Kulykov and Others) против Украины» от 19 января 2017 г. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170362>

²⁰ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Денисов против Украины».

ний соответствующих лиц, сказавшимися на «ближнем круге» из-за потери заработка, репутации²¹.

В деле «Денисов против Украины», по мнению Европейского суда по правам человека, заявитель не смог доказать ни наличия серьезных материальных или иных последствий для его «ближнего круга», ни проблем с возможностью устанавливать и поддерживать отношения с со своими коллегами, ни причинения серьезного вреда его репутации. В итоге Судом было признано, что отстранение заявителя от должности имело ограниченное негативное воздействие на его частную жизнь, не достигло уровня серьезности, необходимого для того, чтобы возник вопрос с точки зрения ст. 8 Конвенции, и жалоба в этой части была признана неприемлемой²².

В свою очередь, в уже указанном в связи с применением первого критерия Постановлении «Езпынар против Турции» Европейский суд указал и на серьезные последствия для репутации, будущего, карьеры, поскольку судья, отстраненный от должности, автоматически утрачивает также возможность стать адвокатом²³, используя тем самым и второй подход.

3. Критерии допустимого вмешательства государства в право на уважение частной жизни судьи

При всей своей важности сфера частной жизни не относится к числу пользующихся абсолютной защитой, в ряде случаев вмешательство в нее может быть признано допустимым. Подобный подход имеет достаточно глубокие исторические корни. Так, еще в Древней Греции существовало мнение о том, что «каждый человек должен быть открыт, так как свобода отдельного лица приводит к гибели государства» [Поперина, Е.Н., 2014, с. 7].

В соответствии с Европейской конвенцией право на уважение частной и семейной жизни не является абсолютным, вмешательство в него может быть признано допустимым при соблюдении тех условий, которые установлены в п. 2 ст. 8 Конвенции: осуществление вмешательства в соответствии с законом, преследование одной или нескольких правомерных целей (интересы национальной безопасности и общественного

²¹ В Особом мнении по делу «Эрменьи против Венгрии» судья Курис указал на несогласие с тем, что досрочное прекращение полномочий заместителя председателя Верховного Суда повлекло подлинное или мощное вторжение в частную жизнь с учетом того, что вопрос увольнения с судейской должности был урегулирован на национальном уровне (п. 10) (URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168782>).

²² Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Денисов против Украины», § 133–134.

²³ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Езпынар против Турции», § 78.

порядка, экономического благосостояния страны, предотвращение беспорядков или преступлений, охрана здоровья или нравственности или защита прав и свобод других лиц), необходимость в демократическом обществе для достижения этих правомерных целей. «Условия являются кумулятивными, и несоблюдения одного из них достаточно, чтобы привести к нарушению статьи 8 Конвенции» [Харрис, Д., О'Бойл, М. и Уорбрик, К., 2017, с. 718].

В практике Европейского суда указанные условия получили дополнительное толкование.

В частности, первое условие предполагает не просто наличие правовой основы, но и соблюдение ряда требований к качеству закона. Так, закон должен быть в достаточной степени понятным и предсказуемым, обеспечивать достаточную правовую защиту от произвола и, следовательно, с достаточной ясностью очерчивать пределы свободы усмотрения, предоставленной компетентным органам, и порядок ее осуществления²⁴.

В отношении правомерных целей, к примеру, четко указано, что их перечень носит исчерпывающий характер, а ограничение права должно быть связано с одной из них²⁵. Кроме того, Европейский суд исходит обычно из достаточно краткого рассмотрения правомерности цели, поскольку государство должно продемонстрировать, что вмешательство преследовало законную цель²⁶. Необходимость в демократическом обществе предполагает, что вмешательство должно отвечать насущной общественной потребности и быть соразмерным преследуемой законной цели²⁷. Именно с учетом этих общих критериев и будет считаться

²⁴ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Мэлоун (Malone) против Соединенного Королевства» от 2 августа 1984 г., § 66–68. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533>; Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Копп (Korpp) против Швейцарии» от 25 марта 1998 г., § 55. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58144>; Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Аманн (Amann) против Швейцарии» от 16 февраля 2000 г., § 56. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Ротару (Rotaru) против Румынии» от 4 мая 2000 г., § 52–55. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Фернандес Мартинес (Fernández Martínez) против Испании» от 12 июня 2014 г., § 117. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145068>; Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Езпынар против Турции», § 52; Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Эрменьи против Венгрии», § 32; Постановление ЕСПЧ по делу «Олександр Волков против Украины», § 169–170; и др.

²⁵ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Эрменьи против Венгрии». § 34.

²⁶ Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, § 22.

²⁷ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Олссон (Olsson) против Швеции» (№ 1) от 24 марта 1988 г., § 67; Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Маклеод (McLeod) против Соединенно-

допустимым вмешательство в частную жизнь судьи, в том числе предъявление к нему определенных требований.

В указанном выше деле «Езпынар против Турции» Европейский суд проанализировал соблюдение государством этих трех условий допустимости вмешательства при освобождении судьи от должности и сделал следующие выводы.

Во-первых, соответствующее вмешательство имело основу в национальном законодательстве, хотя оно и сомнительно с точки зрения его доступности и предсказуемости (§ 52–54).

Во-вторых, оно преследовало законные цели защиты общественного порядка и прав и свобод других лиц (§ 55–56). Кроме того, «этические обязанности должностного лица могут посягать на его частную жизнь, когда своим поведением – пусть и частным – судья наносит ущерб имиджу или репутации судебной власти» (§ 71).

Но вмешательство не являлось необходимым в демократическом обществе, так как не был соблюден справедливый баланс между основным правом человека на уважение частной жизни и законным интересом демократического государства (§ 72, 79). Для того чтобы его обеспечить, лицо должно иметь возможность в определенной степени предвидеть последствия своих частных действий и в соответствующих случаях иметь необходимые гарантии (§ 76).

В данном деле многие действия не имели никакого отношения к профессиональной деятельности судьи, не были предоставлены ни показания свидетелей, ни доклад проверяющего, и, по сути, судью лишили возможности высказать свою позицию лично. Следовательно, по мнению Европейского суда, государством было нарушено право на уважение частной жизни судьи.

Интересно применение указанных критериев в рамках подхода, основанного на последствиях, к оценке вмешательства в частную жизнь в связи с осуществлением профессиональной деятельности. Так, в тех делах, где речь шла о досрочном прекращении полномочий судьи в связи с нарушением присяги, Судом было установлено несоблюдение уже первого необходимого критерия правомерного вмешательства – законности²⁸. Внимание Европейского суда было сконцентрировано на нескольких аспектах. Прежде всего отсутствию четкого определения понятия «нарушение присяги», предоставляющем дисциплинарному органу широкие полномочия в этом вопросе, что может быть признано

го Королевства» от 23 сентября 1998 г., § 52. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58241>; Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Езпынар против Турции», § 67; и др.

²⁸ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Олександр Волков против Украины»; Постановление ЕСПЧ по делу «Куликов и другие против Украины».

допустимым только с поправкой на необходимость наличия конкретной и последовательной практики толкования соответствующей нормы с тем, чтобы обеспечить предсказуемость ее действия в отношении возможных последствий. Второе, на что было обращено внимание, – необходимость наличия процессуальных гарантий; третье – наличие надлежащей шкалы санкций за дисциплинарные проступки, разработанных норм, обеспечивающих их применение в соответствии с принципом соразмерности²⁹.

В деле «Эрменни против Венгрии» Европейский суд счел, что досрочное прекращение полномочий заместителя Председателя Верховного Суда не соответствует ни одной из законных целей, указанных в п. 2 ст. 8 Конвенции. Государство сослалось на полномасштабную реорганизацию судебной системы, которая якобы сделала оспариваемую меру неизбежной, но, по мнению Европейского суда, никакой связи между увольнением заявителя с занимаемой должности и правомерными целями, исчерпывающе перечисленными в п. 2 ст. 8 Конвенции, установлено не было³⁰.

Особенностью оценки допустимости вмешательства в частную жизнь судьи в аспекте практики Европейского суда является необходимость рассмотрения ситуации в ряде случаев и с точки зрения достижения баланса со свободой выражения мнения (ст. 10 Конвенции). Так, при опубликовании конфиденциального досье судьи, предоставленного им при проведении парламентского расследования, с соблюдением специальных мер защиты, с критикой в адрес судьи, Европейский суд счел, что свобода выражения мнения не была нарушена³¹. В данном случае право на уважение частной жизни было признано приоритетным.

В контексте обеспечения защиты сферы частной жизни судьи здесь применима концепция «публичных фигур». Если лицо относится к числу занимающих государственную должность и/или пользующихся государственными ресурсами и, в более широком смысле, играющих определенную роль в общественной жизни, будь то политика, экономика, искусство, социальная сфера, спорт или любая другая область³², то оно

²⁹ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Олександр Волков против Украины», § 174–182.

³⁰ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Эрменни против Венгрии», § 35.

³¹ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Леэмпозль (Leemproel) и «С.А. Эдиссон Сине Ревю» (S.A. Ed. Cine Revue) против Бельгии» от 9 ноября 2006 г., § 85. Доступ из справочной правовой системы «Консультант-Плюс».

³² Резолюция № 1165 (1998) Парламентской Ассамблеи Совета Европы о праве на неприкосновенность частной жизни от 26 июня 1998 г., п. 7. URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang=en>

должно проявлять большую терпимость по отношению к вниманию общественности³³.

Решение вопроса об объеме возможной защиты сферы частной жизни в конкретной ситуации в этом случае будет во многом зависеть от того, к какой категории публичных фигур будет отнесено лицо. Выделяется по крайней мере три таких категории: известные публике люди, не несущие официальных функций, но пользующиеся всеобщим вниманием; политики, каждое действие которых может иметь последствие для общества, а потому находящиеся под постоянным критическим контролем средств массовой информации и общественности; государственные служащие или иные люди, выполняющие отдельные публичные функции [Поливанова, Д.З., 2010, с. 132]. Так, в отношении третьей из указанных категорий публичных лиц, к которой относятся и судьи, большое значение придается конкретным выполняемым государственным служащим функциям, и Европейский суд исходит из того, что критика их поступков не может быть столь же широкой, как, например, в отношении политиков³⁴.

Кроме того, нужно учитывать, что в соответствии с п. 2 ст. 10 Европейской конвенции одной из правомерных целей ограничения свободы выражения мнения является обеспечение авторитета и беспристрастности правосудия. Как отметил Европейский суд, «суды должны быть защищены от необоснованных и наносящих им ущерб нападок, особенно имея в виду то обстоятельство, что на судьях лежит обязанность проявлять осторожность, которая препятствует им отвечать на критику»³⁵.

Обсуждение и заключение

Частная жизнь судьи в контексте практики Европейского суда по правам человека включает множество самых различных аспектов, в том числе и профессиональную деятельность, профессиональную и социальную репутацию.

При определении наличия вмешательства в профессиональную деятельность судьи как элемента его частной жизни возможно использование двух подходов: основанного на причинах, связанных с поведением лица, либо основанного на последствиях, наступивших для него само-

³³ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Руусунен (Ruusunen) против Финляндии» от 14 января 2014 г., § 47. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

³⁴ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Яновский (Janowski) против Польши» от 21 января 1999 г., § 33. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

³⁵ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Де Хаэс (DeHaes) и Гийселс (Gijssels) против Бельгии» от 24 февраля 1997 г., § 37. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

го или близкого круга, с допущением возможности их взаимосвязанного применения. В ряде случаев необходимо установить наличие минимального уровня серьезности вмешательства со стороны государства.

Поскольку право на уважение частной и семейной жизни в соответствии с Европейской конвенцией не является абсолютным, возможно вмешательство в сферу частной жизни судьи при условии, что оно предусмотрено законом, направлено на достижение правомерной цели и необходимо в демократическом обществе. Поддержание репутации судебной власти расценивается в качестве правомерной цели.

При формулировании по сути ограничивающих право на уважение частной жизни требований к поведению судьи необходимо наличие определенных по своему содержанию правовых норм и/или устойчивой практики их применения, предоставление четких процессуальных гарантий защиты соответствующего права.

Оценка соответствия вмешательства в частную жизнь судьи положениям Европейской конвенции может потребовать поиска баланса со свободой выражения мнения. В этом случае необходимо учитывать, что судьи относятся к публичным лицам, вынужденным проявлять по общему правилу большую терпимость по отношению к вниманию общественности, нежели все иные граждане. Но с учетом выполняемых ими функций критика поступков судьи не может быть столь же широкой, как в отношении некоторых иных категорий публичных лиц, например политиков.

Практика Европейского суда по правам человека в отношении защиты права на уважение частной жизни судей подлежит учету и применению в соответствии с международными обязательствами государства.

Список использованной литературы

- Баринов С.В. К вопросу об определении понятия «частная жизнь» // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 4. С. 28–30.
- Бурдина Е.В. Стандарты этического поведения судей в современной концепции судебной власти // Российское правосудие. 2018. № S1. С. 30–44.
- Грачева М.А. Международно-правовая защита права на уважение частной и семейной жизни и неприкосновенность жилища и корреспонденции (на примере судебной практики Европейского суда по правам человека) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 161 с.
- Кадников Б.Н. Уголовно-правовая охрана неприкосновенности частной жизни. М. : Юриспруденция, 2011. 136 с.
- Клеандров М.И. О механизме этической ответственности судей в Российской Федерации // Российское правосудие. 2015. № 12. С. 5–21.

- Клеандров М.И. Этика и дисциплинарная ответственность судьи в практике Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2016. № 6. С. 1–6.
- Нешатаева Т.Н. Международный судья: ничего личного // Международное правосудие. 2019. № 1. С. 23–42.
- Поливанова Д.З. Международно-правовые проблемы права человека на неприкосновенность частной жизни : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. 190 с.
- Поперина Е.Н. Конституционное право на неприкосновенность частной жизни в России. М. : Юрлитинформ, 2014. 192 с.
- Роанья И. Защита права на уважение частной и семейной жизни в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Воронеж : Фирма «ЭЛИСТ», 2014. 196 с.
- Соловьев А.А. Вопросы судейской этики: российский и французский подходы к регулированию // Право и образование. 2015а. № 6. С. 91–100.
- Соловьев А.А. Этические обязательства судей: европейский подход к регулированию // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015b. № 3. С. 89–95.
- Талапина Э.В. Защита персональных данных в цифровую эпоху: российское право в европейском контексте // Труды Института государства и права РАН. 2018. № 13 (5). С. 117–150.
- Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Право Европейской конвенции по правам человека: к 20-летию вступления Российской Федерации в Совет Европы / пер. с англ. яз. В.А. Власихина и др. 2-е изд., доп. М. : Развитие правовых систем, 2017. 1340 с.
- Шугуров М.В. Вопросы этики судей в деятельности Европейского суда по правам человека // Закон. 2013. № 11. С. 46–57.
- Devlin R., Dodek A. The Achilles heel of the Canadian judiciary: the ethics of judicial appointments in Canada // Legal Ethics. 2017. Vol. 20, issue 1: The Ethics of Judicial Appointments. P. 43–63.
- Foote P.D., Clinger J. The first amendment and the off-duty conduct of public employees: Tradeoffs among civil liberties, agency mission, and public trust // Public Integrity. 2018. Vol. 20, issue 3. P. 273–283.
- Goodman D., Cohen G. Public sector employment at will: a critical analysis of ethical concerns and recommendations for public administrators // Public Integrity. 2018. Vol. 20, issue 2. P. 179–193.
- Henschen B. Judging in a mismatch: the ethical challenges of pro se litigation // Public Integrity. 2017. Vol. 20, issue 1. P. 34–46.
- Hollis K. Combating judicial corruption – setting the scene: Raising the issues // Commonwealth Law Bulletin. 2002. Vol. 28, issue 1. P. 553–572.

- Lixinski L. Comparative international human rights law: An analysis of the right to private and family life across human rights “jurisdictions” // *Nordic Journal of Human Rights*. 2014. Vol. 32, issue 2: Fragmentation in International Human Rights Law – Beyond Conflict of Laws. P. 99–117.
- Petersen D.L. Politicians’ personal lives and the media // *Journal of Mass Media Ethics*. 2013. Vol. 28, issue 2. P. 152–153.
- Plant J.F. Responsibility in public administration ethics // *Public Integrity*. 2018. Vol. 20, issue 1: International Colloquium on Ethical Leadership: Past, Present, and Future of Ethics Research. P. S33–S45.
- Riffe D. Public opinion about news coverage of leaders’ private lives // *Journal of Mass Media Ethics*. 2003. Vol. 18, issue 2. P. 98–110.
- Streiffer R., Rubel A., Fagan J.R. Medical privacy and the public’s right to vote: what presidential candidates should disclose // *Journal of Medicine and Philosophy*. 2006. Vol. 31, issue 4. P. 417–439.
- Taylor L. Balancing the right to a private life and freedom of expression: is pre-publication notification the way forward? // *Journal of Media Law*. 2017. Vol. 9, issue 1. P. 72–99.
- Thompson D.F. Private life and public office // *Public Integrity*. 2011. Vol. 3, issue 2. P. 163–175.
- Tutton J., Mack K., Anleu S.R. Judicial demeanor: Oral argument in the High Court of Australia // *Justice System Journal*. 2018. Vol. 39, issue 3. P. 273–299.
- Willems A. The European court of human rights on the UN individual counter-terrorist sanctions regime: Safeguarding Convention rights and harmonising conflicting norms in *Nada v. Switzerland* // *Nordic Journal of International Law*. 2014. Vol. 83, issue 1. P. 39–60.
- Wojdyski B.W., Riffe D. What kind of media, and when? Public opinion about press coverage of politicians’ private lives // *Journal of Mass Media Ethics*. 2011. Vol. 26, issue 3. P. 206–223.

References

- Barinov, S.V., 2015. [On the issue of definition of the concept “private life”]. *Konstitucionnoe i municipal’noe pravo* = Constitutional and Municipal Law, 4, pp. 28–30. (In Russ.)
- Burdina, E.V., 2018. Standards of ethical conduct of judges in modern concept of judicial power. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], S1, pp. 30–44. (In Russ.)

Devlin, R. and Dodek, A., 2017. The Achilles heel of the Canadian judiciary: the ethics of judicial appointments in Canada. *Legal Ethics*, 20(1): The Ethics of Judicial Appointments, pp. 43–63.

Foote, P.D. and Clinger, J., 2018. The First amendment and the off-duty conduct of public employees: tradeoffs among civil liberties, agency mission, and public trust. *Public Integrity*, 20(3), pp. 273–283.

Goodman, D. and Cohen, G., 2018. Public sector employment at will: A critical analysis of ethical concerns and recommendations for public administrators. *Public Integrity*, 20(2), pp. 179–193.

Gracheva, M.A., 2013. *Mezhdunarodno-pravovaya zashchita prava na uvazhenie chastnoy i semeynoy zhizni i neprikosновенност' zhilishcha i korrespondentsii (na primere sudebnoy praktiki Evropeyskogo suda po pravam cheloveka)* = [International legal protection of the right to respect for private and family life and the inviolability of the home and correspondence: Case law of the European Court of Human Rights]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Harris, D., O'Boyle, M. and Warbrick, C., 2017. *Pravo Evropejskoj konvencii po pravam cheloveka: k 20-letiyu vstupleniya Rossijskoj Federacii v Sovet Evropy* = [Law of the European Convention of Human Rights: On the 20th anniversary of the Russian Federation's accession to the Council of Europe]. Moscow: Razvitie pravovyh sistem. (In Russ.)

Henschen, B., 2017. Judging in a mismatch: the ethical challenges of pro se litigation. *Public Integrity*, 20(1), pp. 34–46.

Hollis, K., 2002. Combating judicial corruption – setting the scene: Raising the issues. *Commonwealth Law Bulletin*, 28(1), pp. 553–572.

Kadnikov, B.N., 2011. *Ugolovno-pravovaya ohrana neprikosновенности chastnoj zhizni* = [Criminal law protection of privacy]. Moscow: Yurisprudenciya. (In Russ.)

Kleandrov, M.I., 2015. On Russian judges' ethical responsibility mechanism. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 12, pp. 5–21. (In Russ.)

Kleandrov, M.I., 2016. [Judges' ethics and disciplinary liability within the framework of Russian Constitutional Court's case-law]. *Zhurnal konstitucionnogo pravosudiya* = [Journal of Constitutional Justice], 6, pp. 1–6. (In Russ.)

Lixinski, L., 2014. Comparative international human rights law: An analysis of the right to private and family life across human rights "jurisdictions". *Nordic Journal of Human Rights*, 32(2): Fragmentation in International Human Rights Law – Beyond Conflict of Laws, pp. 99–117.

- Neshataeva, T.N., 2019. The International judge: Nothing personal. *Mezhdunarodnoe pravosudie* = International Justice, 1, pp. 23–42. (In Russ.)
- Petersen, D.L., 2013. Politicians' personal lives and the media. *Journal of Mass Media Ethics*, 28(2), pp. 152–153.
- Plant, J.F., 2018. Responsibility in public administration ethics. *Public Integrity*, 20(1): International Colloquium on Ethical Leadership: Past, Present, and Future of Ethics Research, pp. S33–S45.
- Polivanova, D.Z., 2010. *Mezhdunarodno-pravovye problemy prava cheloveka na neprikosновенност' chastnoy zhizni* = [International legal problems of the human right to privacy]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. (In Russ.)
- Poperina, E.N., 2014. *Konstitucionnoe pravo na neprikosновенност' chastnoy zhizni v Rossii* = [Constitutional right to privacy in Russia]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)
- Riffe, D., 2003. Public opinion about news coverage of leaders' private lives. *Journal of Mass Media Ethics*, 18(2), pp. 98–110.
- Roagna, I., 2014. *Zashchita prava na uvazhenie chastnoj i semejnoy zhizni v ramkah Evropejskoj konvencii o zashchite prav cheloveka* = [Protection of the right to respect for private and family life under the European Convention of Human Rights]. Voronezh: Firma "ELIST". (In Russ.)
- Shugurov, M.V., 2013. [Ethics of judges in the work of the European court of human rights]. *Zakon* = Law, 11, pp. 46–57. (In Russ.)
- Solovyev, A.A., 2015b. [Judges' ethical obligations: European method of regulation]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika* = [Russian Laws: Experience, Analysis, Practice], 3, pp. 89–95. (In Russ.)
- Solovyev, A.A., 2015a. [Judicial ethics issues: Russian and French approaches to the regulation]. *Pravo i obrazovanie* = Law and Education, 6, pp. 91–100. (In Russ.)
- Streiffer, R., Rubel, A. and Fagan, J.R., 2006. Medical privacy and the public's right to vote: what presidential candidates should disclose. *Journal of Medicine and Philosophy*, 31(4), pp. 417–439.
- Talapina, E.V., 2018. [Personal data protection in the digital era: Russian law in the European context]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN* = [Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS], 13(5), pp. 117–150. (In Russ.)
- Taylor, L., 2017. Balancing the right to a private life and freedom of expression: is pre-publication notification the way forward? *Journal of Media Law*, 9(1), pp. 72–99.

Thompson, D.F., 2011. Private life and public office. *Public Integrity*, 3(2), pp. 163–175.

Tutton, J., Mack, K. and Anleu, S.R., 2018. Judicial demeanor: oral argument in the High Court of Australia. *Justice System Journal*, 39(3), pp. 273–299.

Willems, A., 2014. The European court of human rights on the UN individual counter-terrorist sanctions regime: Safeguarding Convention rights and harmonizing conflicting norms in *Nada v. Switzerland*. *Nordic Journal of International Law*, 83(1), pp. 39–60.

Wojdyski, B.W. and Riffe, D., 2011. What kind of media, and when? Public opinion about press coverage of politicians' private lives. *Journal of Mass Media Ethics*, 26(3), pp. 206–223.

Информация об авторе / Information about the author

Фомина Лилия Юрьевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры организации судебной и правоохранительной деятельности ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Российская Федерация, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69).

Liliya Yu. Fomina, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor of Judicial and Law-Enforcement Activity Arrangement Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya ul., Moscow 117417, Russian Federation).

E-mail: fominailja@mail.ru

УДК 343.140.02

DOI 10.37399/2686-9241.2020.3.165-196

Использование специальных знаний при оценке достоверности показаний в уголовном судопроизводстве: ретроспективный, доктринальный и практический подход

Е.В. Носкова* ^а, Ю.А. Путинцева ^б**

** Западно-Сибирский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Томск, Российская Федерация*

*** Кузбасский региональный центр психолого-педагогической, медицинской и социальной помощи «Здоровье и развитие личности», г. Кемерово, Российская Федерация*

^а NoskovaElena@mail.ru, ^б 23jul@mail.ru

Введение. История формирования и становления судебной экспертизы как самостоятельного вида уголовно-процессуальной деятельности продолжительна и весьма неоднородна. Закономерности ее возникновения и этапы развития предопределяют значимость экспертизы для современной правоприменительной практики. Появление и активное использование новых отраслей научного знания обуславливают их внедрение и влияние на уголовное судопроизводство, что наглядно демонстрируется на примере психологии. *Теоретические основы. Методы.* Теоретическая основа работы – научные разработки отечественных и зарубежных исследователей, посвященные исследованию возможностей и проблем использования специальных психологических знаний при оценке достоверности показаний, полученных в ходе досудебного и судебного производства по уголовному делу. Методы исследования – системный, исторический, логический, сравнительный и герменевтический.

Результаты исследования. Без психолого-педагогических специальных знаний невозможно представить себе современное производство по подавляющему большинству уголовных дел с участием несовершеннолетних. В статье проводится ретроспективный анализ применения неюридических знаний для выявления лжи в показаниях свидетелей, систематизируется опыт современной российской правоприменительной следственной и судебной практики, рассматриваются аргументы, приводимые в научных источниках и судебных решениях, посвященных применению специальных психологических знаний для обоснования и оценки достоверности показаний участников уголовного процесса. В работе исследуются актуальные возможности психологии и их потенциал для доказывания в ходе уголовного судопроизводства, приводятся позиции ученых, ранее исследовавших изучаемый комплекс материальных и процессуальных проблем.

Обсуждение и заключение. На основе имеющегося эмпирического опыта формулируется авторский вывод о целесообразности практического использования в процессе доказывания психологических исследований педагога-психолога, направленных на выявление психологических признаков достоверности и/или недостоверности информации, сообщаемой участниками уголовного судопроизводства, особенно в процессе формирования последовательности и в ходе доказывания, формулирования следственных версий, а также

в целях обоснования выводов следователя и суда показаниями эксперта, специалиста, проводившего соответствующее исследование. В связи с выявленными проблемами обосновывается необходимость подготовки разъяснений на ведомственном уровне значимости и порядка использования специальных психологических знаний при производстве по уголовным делам.

Ключевые слова: возможности и проблемы использования специальных психологических знаний, эксперт, экспертиза, оценка достоверности показаний, педагог-психолог

Для цитирования: Носкова Е.В., Путинцева Ю.А. Использование специальных знаний при оценке достоверности показаний в уголовном судопроизводстве: ретроспективный, доктринальный и практический подход // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 165–196. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.165-196.

Using Specialized Knowledge in Assessing the Reliability of Testimony in Criminal Proceedings: a Retrospective, Doctrinal and Practical Approach

Elena V. Noskova* ^a, Julia A. Putintseva ^b**

** West Siberian Branch, Russian State University of Justice, Tomsk, Russian Federation*

*** Kuzbass Regional Center for Psychological, Pedagogical, Medical and Social Assistance "Health and Personal Development", Kemerovo, Russian Federation*

For correspondence: ^a NoskovaElena@mail.ru, ^b 23jul@mail.ru

Introduction. The history of the formation and development of forensic examination as an independent type of criminal procedural activity is long and very ambiguous. The patterns of its occurrence and stages of development predetermine the importance of expertology for modern law enforcement practice. The emergence and active use of new branches of scientific knowledge determine their introduction and influence on criminal proceedings, which is clearly demonstrated by the example of psychology.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the work is the scientific developments of domestic and foreign researchers devoted to the study of the possibilities and problems of using special psychological knowledge in assessing the reliability of testimony obtained in the course of pre-trial and judicial proceedings in a criminal case. Research methods – systemic, historical, logical, comparative and hermeneutic.

Results. Without psychological and pedagogical special knowledge, it is impossible to imagine modern proceedings in the vast majority of criminal cases involving minors. The article provides a retrospective analysis of the application of non-legal knowledge to reveal lies in the testimony of witnesses, systematizes the experience of modern Russian law enforcement investigative and judicial practice, examines the arguments given in scientific sources and court decisions on the use of special psychological knowledge to substantiate and assess the reliability of the testimony of participants in criminal proceedings. The work examines the current capabilities of psychology and their potential for proving in the course of criminal proceedings, cites the positions of scientists who previously studied the studied complex of material and procedural problems.

Discussion and Conclusion. On the basis of the available empirical experience, the author's conclusion is formulated about the advisability of practical use in the process of proving psychological research of a teacher-psychologist aimed at identifying psychological signs of the reliability and/or unreliability of information reported by participants in criminal proceedings, especially in the process of forming a sequence and in the course of proving, formulating investigative versions, as well as in order to substantiate the conclusions of the investigator and the court with the

testimony of an expert, a specialist who conducted the corresponding study. In connection with the identified problems, the necessity of preparing explanations at the departmental level of the significance and procedure for using special psychological knowledge in criminal proceedings is substantiated.

Keywords: opportunities and problems of using special psychological knowledge, examination, expert, assessing the reliability of evidence, teacher-psychologist

For citation: Noskova, E.V. and Putintseva, Ju.A., 2020. Using specialized knowledge in assessing the reliability of testimony in criminal proceedings: a retrospective, doctrinal and practical approach. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 165–196. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.165-196.

Введение

История использования неправовых знаний в ходе уголовно-процессуального доказывания весьма богата и разнообразна. Она начиналась с привлечения «сведущих лиц», в качестве которых привлекались любые люди, обладавшие знаниями, неизвестными большинству, или владевшие навыками, умениями, доступными единицам. Последовательное распространение применения отдельных видов знания привело к их узкой специализации в зависимости от отрасли научного знания. Современное разграничение применения в уголовном судопроизводстве специальных и экспертных знаний позволяет обогатить доказательственный процесс. Между тем методологические различия производства судебных экспертиз и формирования заключений специалиста во многом предопределили большую привлекательность использования первых. Тем не менее привлечение к уголовному процессу лиц, обладающих специальными знаниями, сохраняется в качестве самостоятельного источника доказательств, что особенно ценно в условиях формирования новых отраслей научного знания.

Теоретические основы. Методы

Различные виды специальных знаний не всегда были неотъемлемой частью доказывания по уголовным делам. История формирования института судебной экспертизы в уголовном процессе прошла длинный и достаточно тернистый путь. Однако привлечение «сведущих лиц» для целей осуществления правосудия – далеко не новое явление в уголовном процессе. Данный институт, вернее, его элементы были известны еще во времена Гиппократ [Гиппократ, 1936] и византийского императора Юстиниана [Дигесты Юстиниана, 1984]. История становления и развития института судебной экспертизы в мире и в России достаточно подробно изучена на страницах современной научной литературы [Петров, А.В., 2016; Россинская, Е.Р. и Зинин, А.М., 2015; Чистоногов, Н.А., 2018; и др.]. В этой связи, не вдаваясь в подробности сущности и значимости привлечения специальных знаний в уголовное судопроизводство, следует отметить, что в свое время возникшие в качестве новелл варианты использования специальных знаний в уголовном судопроиз-

водстве вошли в качестве естественного органичного элемента современного процесса доказывания. Без них уже невозможно представить процесс доказывания по большинству уголовных дел.

Кроме того, заслуживает внимания еще один аспект, обусловленный усложнением жизни общества. Развитие науки и техники, усиливающаяся специализация прикладных знаний не могли не наложить отпечаток и на процесс доказывания. С одной стороны, они обуславливают изменение состояния, структуры и динамики преступности, способов совершения преступлений, а также механизмов преступного поведения. С другой стороны, данные процессы предопределили возникновение новых сфер человеческой деятельности, а следовательно, и видов специальных знаний, которые потенциально могут быть использованы при производстве по уголовным делам.

Р.С. Белкин в знаменитом труде «Курс советской криминалистики» указывал, что новые виды экспертиз появляются как итог вычленения из традиционных дополнительных дробных подвидов, что обусловлено возникновением новых задач и объектов; кроме того, они могут стать результатом работы по отысканию и основанию нетрадиционных инструментальных средств и оригинальных современных методов решения традиционных задач, стоящих перед криминалистикой [Белкин, Р.С., 1978].

Отдельные виды специальных знаний далеко не сразу нашли поддержку в научных кругах и отклик в практике доказывания. Как верно отмечает Г.М. Меретуков, процесс становления и развития экспертизы «неразрывно связан с достижением науки и техники, формированием логики научного исследования, появлением новых наук и методов. Причем очевидна четкая тенденция – сначала происходит некоторое открытие, затем его как бы адаптируют для нужд доказывания. Возможен и несколько отличный вариант – научно-технические достижения начинают широко использоваться на практике, в том числе и для совершенствования научно обоснованных рекомендаций по выявлению, раскрытию и расследованию преступлений, затем, как ответ на это – формируется соответствующий вид экспертиз» [Меретуков, Г.М., 2010, с. 14].

В качестве примера можно привести дактилоскопическую экспертизу, которая далеко не сразу стала органичным элементом процесса уголовно-процессуального доказывания [Авраменко, О.И., 2019], но тем не менее широко применяется в настоящее время. Психофизиологическое исследование или экспертиза с использованием полиграфа (детектора лжи) также не сразу нашли применение и признание в научных кругах и среди правоприменителей.

Выявленные историей экспертологии закономерности возникновения, становления, формирования значимости и правоприменительной практики действуют и в настоящее время. Сегодня без экспертизы не-

возможно представить себе производство по подавляющему большинству уголовных дел. Знания генетики, химии, баллистики, трасологии, психологии и пр. приобретают все большее значение для уголовно-процессуального познания. Со временем из «новых» они приобретают статус «традиционных». Кроме того, проведенный ретроспективный анализ применения неюридических знаний для выявления лжи в показаниях свидетелей позволяет сделать два важнейших промежуточных вывода. Первый из них – о неэффективности использования в процессе уголовно-процессуального доказывания невалидных методов, основанных на недостаточно изученных и неподтвержденных вероятностных теориях. В то же время следует особо оговорить, что видится неэтичным и недопустимым критиковать исторический опыт за недостаточность научного подхода. Второй вывод – о наличии разнообразных исторических традиций и безусловном интересе общества к генезису и внешним проявлениям лжи.

Современная наука также не стоит на месте: появляются все новые и новые отрасли знания. Возрастающее влияние на уголовное судопроизводство, по нашему мнению, в последние годы демонстрирует психология. Во многом данная тенденция обусловлена наличием двух серьезных проблем уголовно-процессуального доказывания. Во-первых, в законе отсутствуют критерии и способы обеспечения обязательного свойства всех доказательств – достоверности – при наличии необходимости постоянной ее оценки и проверки. Наибольшую сложность, по нашему мнению, представляют оценка и проверка достоверности показаний участников уголовного судопроизводства, особенно при изменении их показаний. Во-вторых, необходимо исключить психологическое воздействие как со стороны допрашивающего лица, так и со стороны иных лиц. Наряду с прочим для решения указанных проблем должны применяться специальные знания в области психологии в ходе производства по уголовному делу.

Ряд участников уголовного судопроизводства не несут ответственности за дачу заведомо ложных показаний, а к тем, которые несут такую ответственность, на практике применяются несущественные виды наказаний¹, которые несоизмеримы с тем, какой вред может быть причинен введением следователя, дознавателя и суда в заблуждение. Помимо этого, большое количество уголовных дел, которые были возбуждены по признакам преступления, предусмотренного ст. 307 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ), были прекращены либо приостановлены на стадии предварительного расследования [Карпенко, О.А., 2018, с. 3]. Поэтому важно еще на этапе досудебного производства или,

¹ См., например: Приговоры судов по ст. 307 УК РФ Заведомо ложные показание, заключение эксперта, специалиста или неправильный перевод. URL: <http://sud-praktika.ru/precedent/category/1159.html> (дата обращения: 05.08.2020).

по крайней мере, до вынесения итогового судебного решения по делу исключить такую возможность. Соответственно, существует практическая потребность специального анализа показаний участников уголовного судопроизводства как в досудебных стадиях, так и на стадии судебного производства по уголовному делу.

Подтверждением этому служит дополнение Перечня родов (видов) судебных экспертиз, выполняемых в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России, и Перечня экспертных специальностей, по которым предоставляется право самостоятельного производства судебных экспертиз в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России². В 2017 году появилась возможность в рамках психологической экспертизы проводить такие новые виды судебной экспертизы, как «исследование психологии человека» и «психологическое исследование информационных материалов», что было обусловлено главным образом объективными потребностями правоприменительной практики и криминализацией деяний, направленных на побуждение детей к суицидальному поведению.

Различные механизмы и прикладные способы выявления истины или установления признаков частичной или полной неискренности во внешнем поведении и реакциях человека привлекали к себе внимание издавна. Это объяснимо, ведь в корне вопроса лежит глубокое убеждение в том, что физическое состояние всегда непосредственно связано с переживаемыми человеком эмоциями. Нередко в литературе находятся свидетельства того, как с целью установления истины в процессе доказывания в уголовном судопроизводстве использовались внешние проявления физиологических изменений организма допрашиваемого человека вследствие его страха, стыда, радости, страданий, удивления, гнева и других эмоциональных переживаний.

В этой связи в сборнике законов Древней Индии, составленном еще в V в. до н. э., отмечена необходимость обращать внимание на особые признаки поведения свидетеля, из которых непременно следовал вывод о сообщении ложной информации: «Внутреннее настроение людей надо узнавать по внешним признакам: по звукам [голоса], цвету [лица], движениям, глазам и жестам»; «По выражению лица, по движениям, походке, жестам, речи, по изменению [выражения] глаз и лица

² Приказ Министерства юстиции Российской Федерации от 19 сентября 2017 г. № 169 «О внесении изменений в приложения № 1 и № 2 к приказу Минюста России от 27 декабря 2012 г. № 237 “Об утверждении Перечня родов (видов) судебных экспертиз, выполняемых в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России, и Перечня экспертных специальностей, по которым предоставляется право самостоятельного производства судебных экспертиз в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России”». URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71673868/> (дата обращения: 05.08.2020).

улавливается сокровенная мысль» (Законы Ману [Il'in, G.F., ed., 1992]). В III веке до н. э. в Древнем Китае довольно распространенным считался метод использования рисовой муки в целях распознавания лжи. Лицу, подозреваемому в совершении преступления или иного проступка, помещали в рот рисовую муку. Считалось, что она позволяла оценить физическое состояние человека: если мука через некоторое время сохраняла сухость, то подозреваемого признавали виновным. В дальнейшем сходным образом действовали испанцы. В тех же целях они использовали свой «детектор» – так называемый «судебный ломоть» (кусочек сухого хлеба): его следовало разжевать и проглотить. Аналогично куски освященного хлеба или сыра служили средством испытания подозреваемых в средневековой Англии.

В основу метода, проиллюстрированного не единожды в истории, положены наблюдения за физиологическими проявлениями человеческого организма. Страх и иные эмоциональные переживания, особенно связанные с предстоящим потенциальным выявлением лжи, влекут особую физиологическую реакцию организма, ограничивающую работу слюновыделительных желез, так называемое «пересыхание во рту». Считается, что стресс влечет сокращение или даже прерывает выделение слюны.

На протяжении веков люди в целях установления виновности лица применяли методы выявления лжи, основанные на повышении произвольных колебательных движений кистей рук, ног, лица, головы, всего туловища, голосовых связок, не контролируемых допрашиваемым. Например, человек, когда ему задавали вопрос, при ответе на него должен был держать в руках хрупкий предмет, например яйцо птицы. Если при этом скорлупа яйца повреждалась, допрашиваемого признавали виновным. В Индии знание о данной особенности человеческой физиологии использовалось в тех же целях. Так, лицу, подозреваемому в совершении преступления, задавали ряд вопросов, включающий в себя как нейтральные, так и важные для допрашивающего позиции, связанные с обстоятельствами выясняемого события. Человек при ответе на них должен был одновременно несильно ударять в гонг. Считалось, что, когда вопрос вызывал эмоциональные переживания (страх, стыд, радость, страдания, удивление, гнев), при ответе на него удары усиливались и звук становился громче, человек терял способность тщательно контролировать свои действия. Примечательно, что отдельные испытания, направленные на установление ложности сообщаемых сведений, встречались в некоторых культурах вплоть до конца XX столетия.

Приведенные примеры указывают на то, что общество с древнейших времен обращало пристальное внимание на всевозможные методы и средства «установления истины», основанные на внешнем проявлении внутренних переживаний и доступные для понимания современников. Но рассмотренный выше опыт применения методов выявления

скрытых смыслов является лишь техническим применением наблюдаемых внешних физиологических проявлений человека в четких прикладных целях. При этом не предпринимались попытки научного осмысления неоднозначного механизма психофизиологических реакций, что не позволяет объективно оценить полезный эффект их эмпирического использования. В первую очередь это касается определения допустимости и достоверности полученных при их применении результатов.

С конца XVIII в. приобретают популярность общая и особенно прикладная психология. Именно тогда были опубликованы первые научные труды, посвященные применению знаний в области психологии в ходе уголовного судопроизводства. В них освещались психологические особенности личности преступника, приводились примеры и иллюстрировались возможные варианты использования достижений психологии для целей правосудия (их авторами были И. Фредрейх, К. Экартсгаузен, И. Гофбауэр и др.). В Западной Европе впервые осуществили ряд психологических экспериментов с целью выявить неочевидную и скрываемую информацию Юрген Клейн и Макс Вертгеймер. Именно они обнародовали результаты своих трудов в научной статье «Психологическая диагностика состава преступления» в 1904 г. [Дикий, И.С., 2016, с. 120]. Новизна и актуальность их концепции состояли в применении классического ассоциативного эксперимента для целей установления информации, скрываемой «подопытным» лицом.

Отечественные исследователи-правоведы обратились к потенциалу использования достижений психологии в ходе производства по уголовному делу лишь во второй половине XIX в. В это время были опубликованы отдельные труды – «Уголовное право» Б.А. Спасовича (1863), «Очерки судебной психологии» А.А. Фрезе (1874), – в которых данный вопрос освещался наряду с прочими. В дальнейшем в России наблюдается резкий всплеск интереса к исследуемому вопросу. Достаточно указать, что в 1889 г. физиолог И.Р. Тарханов установил корреляцию и взаимную зависимость между динамикой эмоциональных переживаний человека и электрической активностью поверхности его кожного покрова. Автор подчеркнул тот факт, что человек неспособен лишь усилием воли повлиять на внешние проявления организма или скорректировать их, особенно вследствие пережитого аффекта. В 1902 году была обнародована первая работа В.М. Бехтерева, в которой основной акцент сделан на описание экспериментальных психологических исследований памяти, эмоций и ассоциаций лиц, совершивших преступные деяния. Ученый прежде всего ставил перед собой цель установить и выявить проявления «притворства» в среде исследуемой группы. Основные идеи В.М. Бехтерева получили свое дальнейшее развитие в последующих трудах автора. В частности, в 1912 г. он последовательно и весьма подробно охарактеризовал свой авторский «объективно-психологический» метод в книге «Объективно-психологический метод в при-

менении к изучению преступности». По мнению исследователя, следует изучать «...преступление как человеческое деяние во всей совокупности обусловивших его влияний, общих и частных, внешних и индивидуальных, отдаленных и близких, которые воздействовали как на данное преступление, так и на саму личность» [Бехтерев, В.М., 2010].

В XX веке уже были представлены результаты серьезной работы по изучению психологии преступников и лиц, отбывающих наказание за совершенные деяния, особенностей быта представителей преступного мира, закономерностей формирования показаний участников уголовного судопроизводства (в том числе свидетелей, потерпевших, подозреваемых) и причин появления ложных сведений в них. В этой сфере представляют интерес работы А.Е. Брусиловского, Я.А. Канторовича, А.С. Тагера и других. Во многом в их основу положены результаты эмпирических исследований мозга и психической деятельности человека, проведенных в институте, возглавляемом В.М. Бехтеревым, труды по судебной психологии А.Ф. Кони.

В ранний советский период наиболее яркий след в истории исследуемой проблематики оставил Александр Романович Лурия, который провел серию исследований по выявлению ложных ответов у людей, причастных к совершению различных видов преступлений, в Московском институте психологии в 1923 г. Само исследование состояло из двух частей: в первой выявлялись информативные признаки предлагаемых методик, а во второй устанавливалось, как их проверить в реальных условиях раскрытия преступлений. В указанных исследованиях А.Р. Лурия в качестве отправной точки использовал достижения отечественной науки: медицины и физиологии – с опорой на учение И.М. Сеченова и И.П. Павлова о высшей нервной деятельности человека, в работах которых неоднократно обращалось внимание на установленную взаимную связь психической активности и физиологической деятельности человеческого организма. Помимо этого, А.Р. Лурия в ходе исследований использовал и метод «ассоциативного эксперимента». В результате им была создана «Сопряженная моторная методика», базирующаяся на принципе опосредованной оценки эффективности эмоциональных стимулов, позволяющем оценить их полезный эффект. А.Р. Лурия считал, что «единственная возможность изучить механику внутренних (скрытых) процессов сводится к тому, чтобы соединить эти скрытые процессы с какими-нибудь одновременно протекающими рядом доступными для непосредственного наблюдения процессами поведения, в которых закономерности и соотношения находили бы себе отражение» [Лурия, А. Р., 1928, с. 52]. Результаты эмпирических исследований А.Р. Лурия вызвали научный и практический интерес и получили признание как среди отечественных ученых, так и за рубежом.

Тем не менее отечественная практика применения методов выявления неискренности и искажения информации в ходе осуществления

правосудия неоднократно подвергалась критике. Как следствие, ряд ученых, следуя этой тенденции, негативно оценивали методику А.Р. Лурия, давая ей весьма нелестную характеристику, упоминая как варварство, мракобесие, недопустимый нажим на личность, дающий суду возможность искажать реальные факты. С 30-х годов под влиянием цензуры публиковались лишь труды, в которых применение психодиагностики в уголовном процессе оценивалось исключительно негативно. По мнению А.Я. Вышинского, «использование психологической диагностики в уголовном процессе – это не только абсурд, но и грубейшее нарушение прав человека» [Вышинский, А.Я., 1937, с. 60]. Более того, М.С. Строгович, анализируя данную проблематику, утверждал, что «методы инквизиционного процесса выигрывают в своей примитивности и откровенности по сравнению с “научными” гнусностями представителей “нового направления”» [Строгович, М.С., 1968, с. 114–115].

Думается, данные подходы во многом обусловлены недостаточным развитием науки психологии на территории бывшего Советского Союза и скептическим отношением к результатам зарубежных исследователей со стороны отечественных специалистов. Кроме того, не исключено идеологическое влияние. К сожалению, отрицание «не вписанных в систему» факторов не способствует достижению истины, что обосновано учеными, занимающимися теорией факторной системы.

В дальнейшем психологические исследования, направленные на установление неискренности, предотвращение частичного искажения информации и лжи, выявление их причин и закономерностей формирования, проводятся, к сожалению, за рубежом. Особое внимание зарубежных специалистов привлекали вербальные и невербальные признаки и проявления допрашиваемых лиц в момент производства следственных действий. В качестве научной базы для подобных исследований, с одной стороны, служат выводы ученых, не ставивших своей основной целью проверку и распознавание на предмет соответствия правде информации, однако внесших существенный вклад в развитие психологии личности: З. Фрейда, К.Г. Юнга, А. Маслоу и др. С другой стороны, для тех же целей «приспособлены» наработки последователей бихевиоризма (направление в психологии, изучающее поведение человека как объективный феномен психики), а также специалистов (П. Экман, А. Грег, Э. Берн, Э. Шостром, Д. Моррис, Р. Краус, А.Д. Гриндер, Д. Коннор, А. Пиз и Б. Пиз, Р. Бендлер, Д. Сеймор и др.), труды которых непосредственно посвящены экспериментам и анализу поведенческих реакций людей.

В качестве широкого прикладного применения данных синтезированных исследований на современном этапе следует отметить возможности использования знаний о различных особенностях и проявлениях человеческого организма, причем как всех вербальных, так и невербальных. На них могут ориентироваться специалисты различных сфер профессиональной деятельности, например служащие кадровых под-

разделений при приеме на работу или сотрудники таможенных органов в процессе организации таможенного контроля. В качестве иллюстрации можно назвать методики по обнаружению лжи Пола Экмана, Белла де Пауло и др. Однако они не вполне применимы к уголовному судопроизводству.

Среди современных российских ученых эта тема все еще является мало изученной. По мнению В.В. Знакова, незначительный интерес ученого сообщества к изучению вопросов выявления неискренности и искажения информации в уголовном судопроизводстве объясняется продолжающимся влиянием на современную юридическую доктрину идей излишне политизированного советского общества, в котором не могли быть обнародованы неліцеприятные проявления личности советского человека. Кроме того, отрицание потенциала и эффективности использования данных методик, по мнению автора, может быть связано с определением содержания важнейших категорий: «правда», «ложь», «обман» [Знаков, В.В., 1994].

Изучая тему лживости и правдивости, следует обращаться и к сфере изучения экзистенциальной психологии – направления, исходящего из анализа уникальности жизни конкретного человека, не использующего общие подходы и схемы, основывающегося на идеях гуманизма. Она способствует пониманию того, что, проводя исследования в рамках возможности определения достоверности/недостоверности сообщаемой определенным человеком информации, необходимо замечать не только «универсальные» внешние проявления правдивости или лживости, но и его исключительно индивидуальные, уникальные проявления и особенности. Например, «демонстративному типу характера в принципе свойственно приукрашивать или видоизменять информацию», а «тревожность в невербалике психастеника можно принять за попытку обмануть», утверждает М.Е. Бурно [Бурно, М.Е., 2008]. Помимо этого, известные исследователи человеческого поведения в стрессовых ситуациях и проявлений аффекта в речи Е.И. Горошко, С.С. Галагудзе, М.С. Силантьева, Д.А. Спивак и другие обращали внимание на то, что «необычное психофизиологическое состояние отражается на ассоциативном поведении по трем параметрам, а именно: резко повышается контекстуальность, ситуативность и оценочность реакций. При этом гендерный параметр существенного влияния на особенности проявления вербального ассоциативного поведения не оказывает» [Горошко, Е.И., 2001].

Возможность выявления признаков достоверности/недостоверности сообщаемой информации в рамках судебно-психологической экспертизы и на сегодняшний день в России является предметом споров. Так, О.Д. Ситковская считает: «Теоретически к компетенции судебно-психологической экспертизы могут быть отнесены любые вопросы психологического содержания (личностные особенности, психические состояния обвиняемых, потерпевших, свидетелей), значимые для доказыва-

ния или имеющие непосредственно уголовно релевантное значение, для решения которых необходимы специальные профессиональные познания в области научной психологии; жестко зафиксировать все психологические вопросы, которые могут возникать в связи с расследованием конкретного уголовного дела, практически невозможно» [Ситковская, О.Д., 2002, с. 25].

В 70-е годы прошлого столетия М.М. Коченовым были разработаны «предметные виды судебно-психологической экспертизы» [Сафуанов, Ф.С., 1998, с. 24–25] и к компетенции эксперта-психолога отнесена возможность определения:

- способности свидетелей, подозреваемых, обвиняемых и потерпевших с учетом их индивидуально-психологических и возрастных особенностей, а также уровня и состояния умственного развития правильно воспринимать имеющие значение для дела обстоятельства и давать о них правильные показания;
- способности потерпевших от преступлений против половой свободы и половой неприкосновенности правильно воспринимать характер и значение совершенных с ними действий;
- способности несовершеннолетних подозреваемых и обвиняемых, страдающих умственной отсталостью, не связанной с психическими заболеваниями, в полной степени сознавать значение своих действий и руководить ими;
- наличия или отсутствия у лица в момент совершения противоправных действий состояния физиологического аффекта;
- возникновения разнообразных явлений в психике человека, препятствующих нормальному осуществлению им профессиональных функций (в авиации, автомобильном и железнодорожном транспорте, в работе оператора автоматизированных систем на производстве и т. п.);
- наличия или отсутствия у лица в период, предшествующий смерти, психического состояния, предрасполагающего к самоубийству [Коченов, М.М., 1979, с. 29].

Нельзя не отметить, что потенциал и область профессиональной компетенции экспертов-психологов не следует ограничивать лишь шестью указанными направлениями. Возможности данного вида экспертиз много шире. Даже его автор, М.М. Коченов, достаточно дальновидно прогнозировал, что приведенный перечень не является исчерпывающим и «не очерчивает жестких границ... судебно-психологической экспертизы. Дальнейшее развитие ее теории и практики безусловно приведет к существенному расширению представлений о возможностях этого относительно нового для нашего уголовного процесса вида экспертного исследования» [Коченов, М.М., 1979, с. 29].

В российской юридической психологии широко распространено мнение, согласно которому оценка достоверности показаний как неотъемлемый элемент процесса доказывания относится к исключитель-

ной компетенции суда. Такая оценка должна осуществляться путем сопоставления их с другими доказательствами, в том числе соотнесения с показаниями, полученными ранее от того же участника уголовного судопроизводства, в случае изменения их сути или показаниями других участников уголовного судопроизводства. Имеют место следующие утверждения: «Судебно-психологическая экспертиза не решает вопроса о достоверности показаний, установление которой составляет прерогативу правоохранительных органов» [Коченов, М.М., 1991, с. 25]; «Оценка показаний (их полноты, достоверности, соответствия другим материалам дела) является исключительной прерогативой судебно-следственных органов... экспертиза направлена исключительно на субъекта, дающего показания, а не на его показания» [Сафуанов, Ф.С., 1998, с. 160]; «Психологическая экспертиза не вправе решать вопрос об истинности или ложности показаний... а должна лишь оказывать помощь следственным и судебным органам в правильной оценке показаний» [Тихонов, Ю.С., 1975, с. 29].

Отдельного внимания заслуживает выделение в трудах зарубежных исследователей перечня факторов, оказывающих влияние не только на полноту, но и на правильность показаний свидетелей. В этом аспекте примечательна работа Х. Деттенборна «Судебная психология. Психологическая экспертиза достоверности». В частности, автор считает, что эксперту-психологу важно производить разностороннюю оценку психического и личностного развития конкретного участника уголовного судопроизводства, устанавливая все возможные факторы, свидетельствующие как за, так и против достоверности его показаний. По его мнению, обязательно должно быть тщательно проанализировано поведение человека во время производства следственных действий, особенно при даче им показаний, однако особо внимательно следует осуществлять исследование содержания самих показаний. Ученый подчеркивает важность оценивания степени их последовательности, логичности, наличия или отсутствия в них внутренних противоречий, отражения эмоциональных переживаний и их степени [Деттенборн, Х., 1985, с. 37]. Важность наличия подобных исследований омрачается их в определенной степени поверхностностью, ограниченностью предложений, недостаточной систематизированностью и описательным характером, а особенно – непредставленностью столь важных для практических работников экспертов-психологов четких психологических критериев достоверности и/или недостоверности исследуемых показаний.

Между тем зарубежная практика производства судебно-психологических исследований с точки зрения достоверности показаний несовершеннолетних участников уголовного судопроизводства представляет неподдельный интерес. О.Д. Ситковскую изучение экспертных заключений привело к выводу, что «психологический анализ показаний может быть весьма полезными для последующей оценки достоверности

показаний следователем и судьей. Поэтому мы считаем, что к компетенции эксперта-психолога относится не только решение вопроса о принципиальной способности свидетеля правильно воспринимать имеющие значение для дела обстоятельства и давать о них показания, но и исследование психологических признаков достоверности самих показаний» [Ситковская, О.Д., 2002, с. 30]. «Речь идет именно об имеющих психологическую природу признаках, установление которых невозможно без использования психологических познаний. Как известно, закон имеет в виду проведение экспертизы во всех случаях, когда решение того или иного вопроса требует применения специальных познаний...» [Ситковская, О.Д., 2002, с. 30]. И еще одно важное положение: «...при экспертизе свидетельских показаний психолог может предъявить доводы “за” и “против” их психологической достоверности, которые, как и любой другой вывод эксперта, подлежат оценке и проверке следствием и судом. Поэтому речь не идет о подмене деятельности суда в оценке достоверности показаний. Эксперт психолог может дать заключение относительно психологической стороны достоверности, то есть по вопросам, связанным с психическими процессами, явлениями, входящими в его компетенцию» [Ситковская, О.Д., 2002, с. 31].

Тема 12 «Новые направления судебно-психологических исследований» современной Программы подготовки экспертов в системе судебно-экспертных учреждений Минюста России 2005 года по экспертной специальности 20.1 «Исследование психологии и психофизиологии человека» не может быть освоена без изучения специальной литературы по психологии обмана, психологии лжи, психологии манипулирования. В нее также включены методологические принципы экспертизы данного вида. Изданный по решению Научно-методического совета Российского федерального центра судебной экспертизы при Минюсте России «Библиографический указатель литературы по судебной экспертизе за 2012–2014 годы»³ содержит работы А.Р. Грибова, В.Ф. Енгальчева, И.Г. Моисеевой, О.В. Жбанковой, О.А. Славгородской, Ю.В. Солодуна, Г.К. Кравцовой, Е.Н. Холоповой и других исследователей, посвященные возможности установления психологических и психофизиологических индикаторов скрываемой информации в разделе «Судебно-психологическая экспертиза». Работы указанных авторов входят в перечень источников, рекомендованных для использования при производстве судебно-психологических экспертиз.

В ходе заседания Ученого совета РФЦСЭ при Минюсте России 9 декабря 2015 г. обсуждались результаты опроса ответственных работни-

³ Библиографический указатель литературы по судебной экспертизе за 2012–2014 годы / Федеральное бюджетное учреждение Российский федеральный центр судебной экспертизы при Министерстве юстиции Российской Федерации. М. : ФБУ РФЦСЭ при Минюсте России, 2015.

ков судов, Верховного Суда Российской Федерации, Генеральной прокуратуры Российской Федерации, Следственного комитета Российской Федерации относительно необходимости создания новых родов (видов) судебных экспертиз в судебно-экспертных учреждениях Минюста России⁴. Участвовавшие отметили, что примерно половина предлагаемых экспертиз фактически уже проводились на тот момент, но под другими названиями. Было указано, что интересующие нас исследования проводятся в рамках специальностей существующих родов судебной экспертизы при решении отдельных задач. Согласно верному замечанию профессора В.Я. Колдина, «сделанное обобщение отражает социальный заказ на развитие новых родов (видов) судебной экспертизы»⁵.

Важно отметить, что представители ученого сообщества и правоприменители перестали отрицать саму идею привлечения носителей специальных знаний для научного экспериментального обоснования искажения информации, имеющей значение для производства по уголовному делу. Все чаще стали проводиться научно-практические мероприятия, посвященные непосредственно перспективам использования судебно-психологической экспертизы в уголовном процессе, практическим и доктринальным проблемам комплексных или комиссионных экспертиз с участием психологов, вопросам развития новых научных направлений в сфере судебно-психологической экспертизы, а также актуальным проблемам исследований по видеозаписям следственных действий. Так, в 2017 г. была организована Международная научно-практическая конференция «Судебно-психологическая экспертиза и комплексные судебные исследования видеозаписей» (Российский государственный университет правосудия и Научно-исследовательский центр судебной экспертизы и криминалистики Калужского государственного университета имени К.Э. Циолковского). В марте того же года был проведен круглый стол в Главном управлении криминалистики Следственного комитета Российской Федерации с обсуждением потенциала производства судебных экспертиз по видеозаписям следственных действий, а также оперативно-розыскных мероприятий в целях установления достоверности показаний участников уголовного процесса.

Потребность следственных органов в анализе видеозаписей следственных действий как подозреваемых, так и потерпевших с целью определения их актуальной способности давать показания, а также наличия признаков сообщения недостоверной информации поставила за-

⁴ Стенограмма очередного заседания Ученого совета ФБУ РФЦСЭ при Минюсте России от 9 декабря 2015 г. URL: <http://www.sudexpert.ru/uchsovet/archive/2015.php> (дата обращения: 05.08.2020).

⁵ Там же.

дачу овладения навыками психологического анализа предоставленных следствием видеоматериалов, в том числе и с целью выявления признаков заученности, неискренности, подготовленности.

На сегодняшний день научную базу для производства судебных психологических исследований, направленных на выявление лжи во время производства следственных действий, составляют труды О.В. Гагиной, В.И. Гончаренко, А.Н. Гусева, В.Ф. Енгальчева, С.А. Коваль, М.М. Коченова, Г.К. Кравцовой, О.В. Кузнецова, Д.Я. Райгородского, В.И. Седина, Т.Н. Секераж, Ф.М. Сокирана, Е.Н. Холоповой, С.С. Шипшина [Енгальчев, В.Ф., и др., ред., 2017; Гончаренко, В.И. и Сокиран, Ф.М., 1990, Енгальчев, В.Ф. и Юнда, А.В., 2010; Енгальчев, В.Ф. и Шипшин, С.С., 2013а; Енгальчев, В.Ф. и Шипшин С.С., 2013b; Коченов, М.М., 2010; Райгородский, Д.Я., 2011; Романова, Н.М. и Самохина, М.А., 2007] и др.

В современной России действует несколько площадок, занимающихся подготовкой и сертификацией судебных экспертов-психологов, первая из них создана на базе Минюста России. Основным учреждением в системе Минюста России, которому делегировано право сертификации психологов, является Южный региональный центр судебных экспертиз в Ростове-на-Дону. Помимо этого, в большинстве регионов страны имеются свои экспертно-криминалистические центры, в которых работают эксперты-психологи, проводящие экспертные исследования в соответствии с ведомственными рекомендациями. В системе Министерства здравоохранения Российской Федерации предусмотрена подготовка экспертов-психологов на базе ФГБУ «Национальный медицинский исследовательский центр психиатрии и наркологии имени В.П. Сербского Минздрава России». Здесь программа ориентирована на систему здравоохранения и реализуется в форме послевузовского дополнительного профессионального образования. Третья площадка создана под эгидой Министерства науки и высшего образования Российской Федерации, где ведется подготовка психологов-экспертов на психологическом факультете Санкт-Петербургского государственного университета в форме очного повышения квалификации дипломированных психологов. В этой же структуре полная подготовка экспертов-психологов проводится на кафедре общей и юридической психологии факультета психологии Калужского государственного педагогического университета имени К.Э. Циолковского.

Следует отметить, что на начало 2020 г. обучение навыкам диагностики психологических признаков достоверности/недостоверности показаний участников судопроизводства, в рамках подготовки экспертов, отдельным курсом, в указанных учреждениях не проводится.

Современные отечественные исследователи при этом высказывают неоднозначное отношение к исследуемому институту. Часть ученых [Ситковская, О.Д. и Конышева, Л.П., 2001; Енгальчев, В.Ф., Кравцова, Г.К. и Холопова, Е.Н., 2016] поддерживают идею о внедрении су-

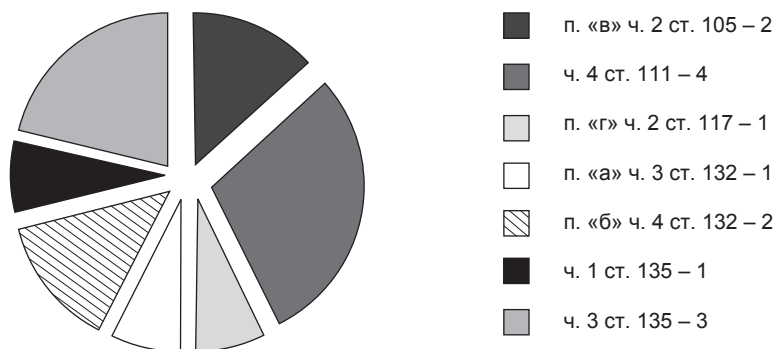
дебных психологических исследований, направленных на выявление лжи во время производства следственных действий, другие [Смирнова, С.А., и др., 2016] выступают против.

Недостаточная изученность узкоспецифических отраслей психологии, различные подходы к оценке объектов научного исследования, равно как и развитие возможностей познания разнообразия объективной действительности человеком, изменение критериев истинности и достоверности знания – все это подводит к мысли о необходимости формирования эмпирической базы, исключительно на основе которой можно будет говорить о возможности или невозможности установления достоверности показаний на основе соответствующих психологических исследований.

Результаты исследования

Изучение отечественной правоприменительной деятельности позволило выявить формирующуюся практику назначения, производства и использования в процессе доказывания комплексных судебных психологических экспертиз с предоставлением видеозаписи, а также психологических исследований специалиста педагога-психолога с предоставлением видеозаписи. Наше внимание привлекла работа отдела судебных психологов Государственной организации образования «Кузбасский региональный центр психолого-педагогической, медицинской и социальной помощи «Здоровье и развитие личности»» (ГОО «Кузбасский РЦППМС»), который с 2018 г. проводит указанный вид исследований.

За период с 2018 по 2019 г. в Кемеровской области в рамках производства по уголовным делам было назначено и проведено 14 судебных психологических исследований, направленных в том числе на выявление признаков заученности, подготовленности информации, сообщаемой участниками уголовного судопроизводства во время производства следственных действий, их неискренности. Из них 1 исследование проводилось в рамках материалов доследственной проверки, 11 – в стадии предварительного расследования и 1 – в рамках рассмотрения уголовного дела в суде. В связи с их производством было проведено пять допросов психолога в качестве специалиста. В ходе проведения психологического исследования проводился анализ состояния, поведения и речи лиц, отраженных на видеозаписи, в ходе различных следственных действий. Структура преступности представлена следующим образом: четыре исследования были назначены в связи с производством по ч. 4 ст. 111 УК РФ, три – по ч. 3 ст. 135 УК РФ, одно – по п. «г» ч. 2 ст. 117 УК РФ, два – по п. «б» ч. 4 ст. 132 УК РФ, два – по п. «в» ч. 2 ст. 105 УК РФ, еще по одному – по ч. 1 ст. 135 и п. «а» ч. 3 ст. 132 УК РФ.



Составы преступлений, при производстве по которым назначались исследования психолога

На рисунке наглядно представлено, что 100% исследований назначались в ходе производства по уголовным делам против личности. Из них половина направлена против жизни и здоровья личности (7 преступлений). Вторая половина в качестве непосредственного основного объекта имеет половую свободу (1 преступление) и неприкосновенность несовершеннолетних (6 преступлений). Только одно из них относится к категории небольшой тяжести, одно квалифицируется как тяжкое, а оставшиеся 12 – особо тяжкие преступления.

Одно исследование было назначено по материалам проверки по факту совершения насильственных действий сексуального характера. Здесь следует отметить, что данные, собранные в рамках проверки, вкупе с проведенным психологическим исследованием позволили определить наличие жестокого обращения с ребенком со стороны отца, написавшего заявление о совершении в отношении его сына насильственных действий сексуального характера. В результате этого по итогам доследственной проверки было отказано в возбуждении уголовного дела по ст. 132 УК РФ, а новое уголовное дело было возбуждено в отношении отца по ст. 117 УК РФ.

Заключения специалиста были использованы при обосновании принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела, равно как и при составлении обвинительных заключений по итогам предварительного следствия. Сами заключения специалиста наряду с иными доказательствами по уголовным делам были исследованы в ходе судебного разбирательства. Ни одно заключение специалиста не вызвало сомнений у судей, они были доступными и понятными для их восприятия, вследствие чего специалист ни разу не вызывался в судебные заседания для дачи дополнительных разъяснений.

На сегодняшний день наблюдается тенденция к увеличению потребности в исследованиях (в том числе и экспертных) в поведении, состоянии и речи подозреваемых, свидетелей и потерпевших признаков за-

ученности, подготовленности и неискренности в рамках расследования уголовных дел.

Так, если в 2018 г. правоохранительными органами в ходе предварительного расследования было назначено 3 психологических исследования, то в 2019 г. их количество увеличилось до 11. На февраль 2020 г. в производстве находится 3 исследования специалиста, направленных в том числе на выявление признаков заученности, подготовленности информации, сообщаемой участниками уголовного судопроизводства во время производства следственных действий, их неискренности.

В 2019 году в рамках расследования уголовного дела, возбужденного по ст. 111 УК РФ, психолог ГОО «Кузбасский РЦППМС» был привлечен в качестве специалиста, ознакомлен с видеозаписью допроса подозреваемого. Он провел анализ особенностей его состояния, поведения и речи. Впоследствии специалиста допросили. В ходе судебного разбирательства после ознакомления суда с протоколом допроса специалиста он был вызван в судебное заседание для дачи своего профессионального мнения относительно эмоционального состояния, особенностей поведения и речи подсудимого, показаний и заключения специалиста.

Данный пример не только демонстрирует порядок взаимодействия правоохранительных органов с психологами ГОО «Кузбасский РЦППМС» в ходе осуществления уголовного судопроизводства, но и является примером их успешной совместной работы. Кроме того, приведенная статистика свидетельствует о повышении внимания следователей Следственного комитета Российской Федерации, судейского сообщества к представленному виду исследований и указывает на их высокую востребованность.

Объектом приводимых исследований ни в коем случае не могут быть следственные действия. На это абсолютно верно указано в научных изданиях [Смирнова, С.А., и др., 2016].

В уголовно-процессуальном законе не регламентированы порядок, критерии и способы обеспечения достоверности доказательств, в то же время установлена обязанность ее оценки и проверки. В связи с тем, что субъекты уголовно-процессуального познания, в частности следователь, дознаватель, суд, не должны быть носителями знаний в области развивающейся науки психологии, то согласно ст. 68 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ) для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, может привлекаться лицо, обладающее специальными знаниями, – специалист. Его позиция, думается, не должна быть необоснованной, он, так же как и эксперт, вправе основывать свое заключение на положениях, «дающих возможность проверить

обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных», как это регламентировано в законе⁶.

Отрадно, что в изученных нами материалах на разрешение эксперту и специалисту ставятся следующие вопросы (редакция, орфография и пунктуация сохранены):

1) находилось ли Лицо (как правило, подозреваемый, обвиняемый, потерпевший) в период производства записи следственного действия (чаще всего допроса) в каком-либо эмоциональном состоянии, которое могло оказать существенное влияние на его сознание и психическую деятельность?

2) имеются ли на видеозаписи признаки негативного психологического воздействия на данное Лицо?

3) имеются ли в речи Лица признаки заученности, подготовленности, неискренности?

Данные вопросы прямо не направлены на выяснение ложности или правдивости, они лишь обеспечивают формирование последовательности процесса доказывания при производстве по уголовному делу, а также способствуют обеспечению достоверности доказательственной базы и устранению выявленных противоречий и сомнений.

Сама по себе формулировка вопросов эксперту может быть подвергнута критическому анализу, что имеет значение скорее для представителей научного сообщества психологов, чем для лиц, ведущих уголовное судопроизводство.

Обсуждение и заключение

В связи с отсутствием единообразного подхода и универсальных рекомендаций практика использования в процессе уголовно-процессуального доказывания исследований, направленных на выявление психологических признаков достоверности/недостоверности информации, сообщаемой участниками уголовного судопроизводства во время производства следственных действий, в разных регионах России формируется по-разному. Достаточно осторожно к данному явлению относятся и Верховный Суд Российской Федерации.

В частности, он исключил из обжалуемого в апелляционном порядке приговора Верховного суда Республики Бурятия от 27 декабря 2016 г. три заключения судебно-психологических экспертиз, обосновав это недопустимостью постановки перед экспертом правовых вопросов, в том числе связанных с оценкой правдивости или лживости, т. е. достоверности или не-

⁶ Федеральный закон от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

*достоверности, показаний подозреваемых, данных ими в ходе производства следственных действий*⁷.

Разумеется, подобные вопросы не должны ставиться на разрешение эксперта, так как согласно ст. 8, 17, 87, 88 УПК РФ в их взаимосвязи вопросы о достоверности или недостоверности доказательств, в том числе подозреваемых в совершении преступлений лиц, отнесены к исключительной компетенции следователя, в производстве которого находится уголовное дело, или суда, если уголовное дело передано в суд для его рассмотрения по существу.

В то же время, по нашему мнению, это не исключает возможности привлечения специалиста-психолога для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, в случае выявления противоречий в показаниях или изменения показаний участниками процесса. Отметим: психическая деятельность участников уголовного судопроизводства неотделима от их поведения во время производства следственных и иных процессуальных действий, в частности дачи показаний и объяснений.

В ходе анализа эмпирической базы нам не встретились случаи, когда бы исследуемый вид доказательств был положен в основу приговора или иного итогового решения суда. Однако он активно использовался для корректировки последовательности и процесса доказывания в ходе досудебного производства по уголовному делу. Кроме того, появилась возможность вызвать для допроса эксперта, проводившего комплексную судебную психологическую экспертизу с предоставлением видеозаписи, а также специалиста – педагога-психолога, проводившего психологическое исследование с предоставлением видеозаписи. Полученные таким образом доказательства – показания эксперта или специалиста – потенциально могут быть положены в основу приговора или иного итогового решения по уголовному делу.

Значимость применения исследуемого вида специальных знаний в современном уголовном процессе мы видим в сочетании ряда возможностей:

- устранение противоречий, непоследовательности в показаниях участников уголовного судопроизводства, данных на разных стадиях или в ходе разных следственных действий (изменение существа показаний);
- обоснование необходимости производства определенных следственных действий;
- установление дополнительных фактических обстоятельств;
- обеспечение достоверности доказательств;

⁷ Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 12 декабря 2017 г. № 3-АПУ17-8. URL: http://www.vsr.f.ru/stor_pdf.php?id=1551406 (дата обращения: 05.08.2020).

- исключение психологического воздействия со стороны как допрашивающего лица, так и иных лиц.

Думается, практическое использование в процессе доказывания комплексных судебных психологических экспертиз с предоставлением видеозаписи, а также психологических исследований специалиста педагога-психолога с предоставлением видеозаписи, направленных на выявление психологических признаков достоверности/недостоверности информации, сообщаемой участниками уголовного судопроизводства, должно состоять в формировании последовательности и процесса доказывания при производстве по уголовному делу; формулировании следственных версий, а также в возможности обоснования выводов следователя (дознателя) и суда показаниями эксперта, специалиста, проводившего соответствующее исследование.

«Каждая новая для следственной и судебной практики экспертиза требует от назначающего ее лица решения многочисленных и непростых задач, – указывает С.Н. Шишков, – не решив их, следователь и суд рискуют получить от экспертов недостоверные выводы или неверно истолковать их. Каждая вновь внедряемая в практику экспертиза не только обещает расширить возможности судебного познания, но и таит в себе неведомые до этого опасности и риск» [Шишков, С.Н., 2000, с. 26]. Это указывает на необходимость разъяснений на ведомственном уровне (Министерство юстиции, Министерство внутренних дел Российской Федерации, Следственный комитет России), а также на уровне постановления Пленума Верховного Суда значимости и порядка использования специальных психологических знаний при производстве по уголовным делам.

Полученные результаты требуют дальнейшего научного осмысления, обоснованной критики и последующего распространения в уголовном судопроизводстве. Проведенный анализ нормативной, научной, а также эмпирической базы использования специальных исследований, направленных на выявление психологических признаков достоверности/недостоверности информации, сообщаемой участниками уголовного судопроизводства, в уголовном процессе показывает, что, возможно, для современного состояния науки психологии «преждевременно включать анализ невербального поведения в экспертное исследование» [Смирнова, С.А., и др., 2016]. Вместе с тем актуальные потребности следственной и судебной практики обуславливают целесообразность внедрения в процесс доказывания экспериментальных прикладных психологических исследований и совершенствования правоприменительной практики.

Заявленный вклад авторов

Носкова Елена Викторовна – анализ и обобщение научной и эмпирической базы исследования; формулирование выводов и предложений.

Путинцева Юлия Анатольевна – подбор специальной литературы по исследуемой проблеме; подготовка эмпирической базы.

Список использованной литературы

- Авраменко О.И. История развития дактилоскопии как метода идентификации личности и ее современное состояние в России // Концепт : науч.-метод. электрон. журн. 2019. № 11. URL: <http://e-koncept.ru/2019/193070.htm> (дата обращения: 05.08.2020).
- Белкин Р.С. Курс советской криминалистики : в 3 т. Т. 2: Частные криминалистические теории. М., 1978. 410 с.
- Бехтерев В.М. Объективно-психологический метод в применении к изучению преступности // Юридическая психология : хрестоматия : [учеб. пособие] / авт.-сост. В.В. Романов. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2010. 471 с.
- Бурно М.Е. О характерах людей. 3-е изд., испр. и доп. М. : Академический проект : Фонд «Мир», 2008. 639 с.
- Вышинский А.Я. К положению на фронте правовой теории. М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1937. 60 с.
- Гагина О.В., Кузнецов В.О., Секераж Т.Н. Психолого-лингвистическое исследование видеозаписи допроса: проблемы и возможные пути их решения // Психология и право. 2015. Т. 5, № 2. С. 93–104. URL: http://psyandlaw.ru/journal/2015/n2/Gagina_et_al.phtml (дата обращения: 05.08.2020).
- Гиппократ. Избранные книги. М. : Государственное издательство биологической и медицинской литературы, 1936. URL: https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_005274224/ (дата обращения: 05.08.2020).
- Гончаренко В.И., Сокиран Ф.М. Психологическое воздействие в целях получения объективной информации при допросе // Криминалистика и судебная экспертиза. М., 1990. Вып. 41. С. 24–28.
- Горошко Е.И. Интегративная модель свободного ассоциативного эксперимента. М. : Ин-т языкознания РАН ; Харьков : РА-Каравелла, 2001. 318 с.
- Деттенборн Х. Судебная психология. Психологическая экспертиза достоверности. М., 1985. 132 с.
- Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского / отв. ред. Е.А. Скрипилев. М. : Наука, 1984. 456 с.
- Дикий И.С. Современные психофизиологические методы выявления скрываемой информации. Ростов н/Д : Изд-во Южн. федер. ун-та, 2016. 124 с.

Енгальчев В.Ф., Кравцова Г.К., Холопова Е.Н. Судебная психологическая экспертиза по выявлению признаков достоверности/недостоверности информации, сообщаемой участниками уголовного судопроизводства (по видеозаписям следственных действий и оперативно-разыскных мероприятий) : моногр. М. : Юрлитинформ, 2016. 328 с.

Енгальчев В.Ф., Шипшин С.С. Практикум по судебно-психологической экспертизе. 2-е изд., перераб. и доп. Калуга : Изд-во Калуж. гос. пед. ун-та им. К.Э. Циолковского, 2013а. 286 с.

Енгальчев В.Ф., Шипшин С.С. Психодиагностические методы исследования судебно-психологической экспертизы. 2-е изд., испр. и доп. Калуга : Изд-во Калуж. гос. пед. ун-та им. К.Э. Циолковского, 2013b. 355 с.

Енгальчев В.Ф., Юнда А.В. Проблема выявления недостоверных и ложных сообщений в экспертной беседе // Материалы Всероссийской научно-практической конференции с международным участием «Актуальное состояние и перспективы развития судебной психологии в Российской Федерации». Калуга: Изд-во Калуж. гос. пед. ун-та им. К.Э. Циолковского, 2010. С. 137–143.

Законы Ману / пер. С.Д. Эльмановича, провер. и испр. Г.Ф. Ильиным ; Акад. наук СССР, Ин-т востоковедения. М. : Наука : Науч.-изд. центр «Ладомир», 1992. (Памятники литературы народов Востока). URL: <http://www.koltunov.ru/WordLiterature/ZakonyManu.htm> (дата обращения: 05.08.2020).

Знаков В.В. Категории правды и лжи в русской духовной традиции и психологии понимания // Вопросы психологии. 1994. № 2. С. 55–64. URL: <http://www.voppsy.ru/issues/1994/942/942055.htm> (дата обращения: 05.08.2020).

Карпенко О.А. Криминалистические средства и методы преодоления дачи заведомо ложных показаний свидетелями и потерпевшими : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. 26 с.

Коченов М.М. Судебно-психологическая экспертиза. М., 1979.

Коченов М.М. Судебно-психологическая экспертиза: теория и практика. М. : Генезис, 2010. 352 с.

Коченов М.М. Теоретические основы судебно-психологической экспертизы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1991. 46 с.

Лурия А.Р. Сопряженная моторная методика и ее применение в исследовании аффективных реакций // Проблемы современной психологии. 1928. Т. 3. С. 46.

Меретуков Г.М. Судебная экспертиза на современном этапе развития уголовного судопроизводства России (Проблемы теории и практики) : моногр. Краснодар, 2010. 160 с.

Методика выявления психологических признаков достоверности/недостоверности информации, сообщаемой участниками уголовного судопроизводства (по материалам следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий) : науч.-практ. пособие / под общ. ред.: В. Енгальчева и др. М. : Федер. мед. биофиз. центр им. А.И. Бурназяна, 2017. 130 с.

Петров А.В. История развития специальных знаний // Актуальные проблемы права : материалы V Междунар. науч. конф. (г. Москва, декабрь 2016 г.). М. : Буки-Веди, 2016. С. 18–20. URL: <https://moluch.ru/conf/law/archive/224/11290/> (дата обращения: 05.08.2020).

Райгородский Д.Я. Практическая психодиагностика. Методики и тесты. М. : Бахрах, 2011. 672 с.

Романова Н.М., Самохина М.А. Изменение параметров невербального поведения при сообщении истинной и ложной информации // Вестник ТГУ. 2007. Вып. 12. С. 140–145.

Россинская Е.Р., Зинин А.М. История становления и развития института судебной экспертизы в России // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2015. № 12. С. 17–36.

Сафуанов Ф.С. Судебно-психологическая экспертиза в уголовном процессе. М. : Гардарика : Смысл, 1998. 192 с.

Сборник научно-методических рекомендаций по выполнению криминалистических экспертиз звукозаписей речи / под. ред. С.Л. Коваля. СПб. : Центр речевых технологий. STC-D 106.2, 2000. 174 с.

Ситковская О.Д. Психология свидетельских показаний. М.: Изд-во НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре Российской Федерации, 2002. 57 с.

Ситковская О.Д., Коньшева Л.П. Психологическая экспертиза несовершеннолетних в уголовном процессе : науч.-метод. пособие. М. : Юнити-Дана, 2001. 72 с.

Смирнова С.А., Макушкин Е.В., Аснис А.Я. и др. О неправомерности определения достоверности показаний путем судебной экспертизы. Информационное письмо // Психология и право. 2016. Т. 6, № 3. С. 61–78. DOI: 10.17759/psylaw.2016060306.

Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. Основные положения науки советского уголовного процесса. М. : Наука, 1968. 468 с.

Тихонов Ю.С. Судебно-психологическая экспертиза в судопроизводстве по делам несовершеннолетних. Рязань, 1975. 34 с.

Чистоногов Н.А. К вопросу о понятии, сущности и роли судебной экспертизы в уголовном судопроизводстве // Молодой ученый.

2018. № 36. С. 49–51. URL: <https://moluch.ru/archive/222/52570/> (дата обращения: 05.08.2020).

Шишков С.Н. Специальные познания и здравый смысл в судебном доказывании // *Законность*. 2000. № 6. С. 23–27.

Brown J.M., Campbell E.A. Statement validity analysis // *The Cambridge Handbook of Forensic Psychology*. Cambridge : Cambridge University Press, 2010. P. 319–326.

Dettenborn H., Fröhlich H.-H., Szewczyk H. *Forensische Psychologie*. Berlin : VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften, 1984. 394 p.

Horowitz S.W., Lamb M.E., Esplin P.W., Boychuk T.D., Krispin O., Reiter-Lavery L. Reliability of criteria-based content analysis of child witness statements // *Legal and Criminological Psychology*. 1997. Vol. 2, № 1. P. 11–21.

Köhnken G. Statement Validity Analysis and the detection of the truth // *The detection of deception in forensic context* / eds. P.A. Granhag, L.A. Stromwall. Cambridge, UK : Cambridge University Press, 2004. P. 41–63.

Lamers-Winkelmann F., Buffing F. Children's testimony in the Netherlands: A study of statement validity analysis // *International perspectives on child abuse and children testimony: Psychological Research and law*. Thousand Oaks, CA : SAGE Publications, 1996. P. 45–62.

Leo R.A., Davis D. From false confession to wrongful conviction: Seven psychological processes // *Journal of Psychiatry & Law*. 2010. 38(1–2). P. 9–56.

Leo R.A., Drisin S.A. The three errors: Pathways to false confession and wrongful conviction // *Police interrogations and false confessions: Current research, practice, and policy recommendations* / eds. G.D. Lassiter, C.A. Meissner. Washington, DC : American Psychological Association, 2010. P. 9–30.

Leo R.A. *Police interrogation and American justice*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2008.

Raskin D.C., Esplin P.W. Statement validity assessment: Interview procedures and content analysis of children's statements of sexual abuse // *Behavioral Assessment*. 1991. Vol. 13, № 3. P. 265–291.

Steller M., Köhnken G. Criteria-Based Content Analysis // *Psychological methods in criminal investigation and evidence* / ed. D.C. Raskin. N. Y. : Springer-Verlag, 1989. P. 217–245.

Trankell A. *Der Realitätsgehalt von Zeugenaussagen: Methodik der Aussagenpsychologie*. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1971. 174 p.

Undeutsch U. Statement reality analysis // Reconstructing the past: The role of psychologists in criminal trials / ed. A. Trankell. Deventer, the Netherlands : Kluwer, 1982. P. 27–56.

Vrij A. Criteria-based content analysis a qualitative review of the first 37 Studies // Psychology, Public Policy, and Law. 2005. Vol. 11, № 1. P. 3–41.

Wells G.L., Loftus E.F. Commentary: Is this child fabricating? Reactions to a new assessment technique // The suggestibility of children's recollections / ed. J. Doris. Washington, DC : American Psychological Association, 1991. P. 168–171.

Wojciechowski B. Classification tree: A step forward to standardized and accurate content analysis // EAPL + World Conference 2015 (Nuremberg, Germany, 4–7 August 2015). Abstracts. 2015. P. 292–293.

References

Avramenko, O.I., 2019. [The history of the development of fingerprinting as a method of personal identification and its current state in Russia]. *Koncept* = [Concept. Scientific-methodical electronic journal], 11. Available at: <http://e-koncept.ru/2019/193070.htm> [Accessed 5 August 2020]. (In Russ.)

Bekhterev, V.M., 2010. Objective-psychological method as applied to the study of crime. In: V.V. Romanov, author-comp. *Yuridicheskaya psihologiya* = [Legal psychology]. Reader. 2nd ed., revised and enlarged. Moscow: Yurajt. (In Russ.)

Belkin, R.S., 1978. *Kurs sovetskoj kriminalistiki. V 3 t. Tom 2. Chastnye kriminalisticheskie teorii* = [A course of Soviet criminalistics. In 3 vols. Volume 2. Private criminalistic theories]. Moscow. (In Russ.)

Brown, J.M. and Campbell, E.A. 2010. Statement validity analysis. *The Cambridge Handbook of Forensic Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 319–326.

Burno, M.E., 2008. *O harakterah lyudej* = [On the characters of people]. 3rd ed., revised and enlarged. Moscow: Academic project; Peace Foundation. (In Russ.)

Chistonogov, N. A., 2018. [On the concept, essence and role of forensic examination in criminal proceedings]. *Molodoj uchenyj* = [Young Scientist], 36, pp. 49–51. Available at: <https://moluch.ru/archive/222/52570/> [Accessed 5 August 2020]. (In Russ.)

Dettenborn, H., 1985. *Sudebnaya psihologiya. Psihologicheskaya ekspertiza dostovernosti* = [Forensic psychology. Psychological examination of reliability]. Moscow. (In Russ.)

Dettenborn, H., Fröhlich, H.-H. and Szewczyk, H., 1984. *Forensische Psychologie*. Berlin: VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften.

Digesty Yustiniana, 1984. *Izbrannye fragmenty v perevode i s pri-mechniyami I.S. Pereterskogo* = [Selected Fragments in translation and with notes by I.S. Pereterskiy]. Ed. E.A. Skripilev. Moscow: Nauka. (In Russ.)

Dikij, I.S., 2016. *Sovremennye psihofiziologicheskie metody vyjavleniya skryvaemoj informacii* = [Modern psychophysiological methods of revealing hidden information]. Rostov-on-Don: Izd-vo Yuzhn. feder. un-ta. (In Russ.)

Engalychev, V.F. and Shipshin, S.S., 2013a. *Praktikum po sudebno-psihologicheskoy ekspertize* = [Workshop on forensic psychological examination]. 2nd ed., revised and enlarged. Kaluga: Izd-vo Kaluzh. gos. ped. un-ta im. K.E. Tsiolkovskogo. (In Russ.)

Engalychev, V.F. and Shipshin, S.S., 2013b. *Psikhodiagnosticheskie metody issledovaniya sudebno-psihologicheskoy ekspertizy* = [Psychodiagnostic research methods of forensic psychological examination]. 2nd ed., revised and enlarged. Kaluga : Izd-vo Kaluzh. gos. ped. un-ta im. K.E. Tsiolkovskogo.

Engalychev, V.F. and Yunda, A.V., 2010. The problem of revealing inaccurate and false messages in an expert conversation. *Materialy Vserossijskoj nauchno-prakticheskoy konferencii s mezhdunarodnym uchastiem "Aktual'noe sostoyanie i perspektivy razvitiya sudebnoj psihologii v Rossijskoj Federacii"* = [Materials of the All-Russian scientific-practical conference with international participation "Current state and prospects of development of forensic psychology in the Russian Federation"]. Kaluga: Izd-vo Kaluzh. gos. ped. un-ta im. K.E. Tsiolkovskogo. (In Russ.)

Engalychev, V.F., et al., eds., 2017. *Metodika vyjavleniya psihologicheskikh priznakov dostovernosti/nedostovernosti informacii, soobshchaemoj uchastnikami ugolovnogo sudoproizvodstva (po materialam sledstvennyh dejstvij i operativno-rozysknyh meropriyatij)* = [Methodology for identifying psychological signs of reliability/unreliability of information reported by participants in criminal proceedings (based on the materials of investigative actions and operational-search measures)]. Scientific and practical guide. Moscow: Feder. med. biofiz. tsentr im. A.I. Burnazyana. (In Russ.)

Engalychev, V.F., Kravcova, G.K. and Holopova, E.N., 2016. *Sudebnaya psihologicheskaya ekspertiza po vyjavleniyu priznakov dostovernosti/nedostovernosti informacii, soobshchaemoj uchastnikami ugolovnogo sudoproizvodstva (po videozapisyam sledstvennyh dejstvij i operativno-rozysknyh meropriyatij)* = [Forensic psychological examination

to identify signs of reliability/unreliability of information reported by participants in criminal proceedings (based on video recordings of investigative actions and operational-search measures)]. Monograph. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)

Gagina, O.V., Kuznecov, V.O. and Sekerazh, T.N., 2015. [Psychological and linguistic research of interrogation video recording: problems and possible solutions]. *Psihologiya i pravo* = [Psychology and Law], 5(2), pp. 93–104. Available at: <URL: http://psyandlaw.ru/journal/2015/n2/Gagina_et_al.phtml> [Accessed 5 August 2020]. (In Russ.)

Hippocrates, 1936. *Izbrannye knigi* = [Selected Books]. Moscow: Gosudarstvennoe izdatel'stvo biologicheskoy i meditsinskoy literatury. Available at: <https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_005274224/> [Accessed 5 August 2020]. (In Russ.)

Goncharenko, V.I. and Sokiran, F.M., 1990. [Psychological influence in order to obtain objective information during interrogation]. *Kriminalistika i sudebnaya ekspertiza* = [Criminalistics and Forensic Examination], 41. Moscow. (In Russ.)

Goroshko, E.I., 2001. *Integrativnaya model' svobodnogo asociativnogo eksperimenta* = [An integrative model of a free associative experiment]. Moscow: In-t yazykoznaniya RAN; Har'kov: RA-Karavella. (In Russ.)

Horowitz, S.W., Lamb, M.E., Esplin, P.W., Boychuk, T.D., Krispin, O. and Reiter-Lavery, L., 1997. Reliability of criteria-based content analysis of child witness statements. *Legal and Criminological Psychology*, 2(1), pp. 11–21.

Il'in, G.F., ed., 1992. *Zakony Manu* = [Manu's Laws]. Translated by S.D. El'manovich. Moscow: Nauka; Nauch.-izd. tsentr "Ladomir". [Literary monuments of the peoples of the East]. Available at: <<http://www.koltunov.ru/WordLiterature/ZakonyManu.htm>> [Accessed 5 August 2020]. (In Russ.)

Karpenko, O.A., 2018. *Kriminalisticheskie sredstva i metody preodoleniya dachi zavedomo lozhnykh pokazanij svidetelyami i poterpevshimi* = [Criminalistic means and methods of overcoming the giving of knowingly false testimony by witnesses and victims]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. (In Russ.)

Kochenov, M.M., 1979. *Sudebno-psihologicheskaya ekspertiza*: = [Forensic psychological examination]. Moscow. (In Russ.)

Kochenov, M.M., 1991. *Teoreticheskie osnovy sudebno-psihologicheskoy ekspertizy* = [Theoretical foundations of forensic psychological examination]. Abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation. (In Russ.)

Kochenov, M.M., 2010. *Sudebno-psihologicheskaya ekspertiza: teoriya i praktika* = [Forensic psychological examination: theory and practice]. Moscow: Genesis. (In Russ.)

Köhnken, G., 2004. Statement validity analysis and the detection of the truth. In: P.A. Granhag, L.A. Stromwall, eds. *The detection of deception in forensic context*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004. P. 41–63.

Koval', S.L., ed., 2000. *Sbornik nauchno-metodicheskikh rekomendacij po vypolneniyu kriminalisticheskikh ekspertiz zvukozapisej rechi* = [Collection of scientific and methodological recommendations for the implementation of forensic examinations of sound recordings of speech]. St. Petersburg: Speech Technology Center. (In Russ.)

Lamers-Winkelmann, F. and Buffing, F., 1996. Children's testimony in the Netherlands: A study of statement validity analysis. *International perspectives on child abuse and children testimony: Psychological Research and law*. Thousand Oaks: SAGE Publications. Pp. 45–62.

Leo, R.A. and Davis, D., 2010. From false confession to wrongful conviction: Seven psychological processes. *Journal of Psychiatry & Law*, 38(1–2), pp. 9–56.

Leo, R.A. and Drisin, S.A., 2010. The three errors: Pathways to false confession and wrongful conviction. In: G.D. Lassiter and C.A. Meissner, eds. *Police interrogations and false confessions: Current research, practice, and policy recommendations*. Washington, DC: American Psychological Association. Pp. 9–30.

Leo, R.A., 2008. *Police interrogation and American justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Luriya, A.R., 1928. Conjugated motor technique and its application in the study of affective reactions. *Problemy sovremennoj psihologii* = [Problems of Modern Psychology]. Volume 3. (In Russ.)

Meretukov, G.M., 2010. *Sudebnaya ekspertiza na sovremennom etape razvitiya ugolovnogo sudoproizvodstva Rossii (Problemy teorii i praktiki)* = [Forensic examination at the present stage of development of criminal proceedings in Russia (Problems of theory and practice)]. Monograph. (In Russ.)

Petrov, A.V., 2016. [History of the development of special knowledge]. *Aktual'nye problemy prava: Materialy V Mezhdunar. nauch. konf.* = [“Actual Problems of Law”. Proceedings of the V International Scientific Conference]. Moscow, December 2016. Moscow: Buki-Vedi. Pp. 18–20. Available at: <<https://moluch.ru/conf/law/archive/224/11290/>> [Accessed 5 August 2020]. (In Russ.)

Rajgorodskij, D.Ya., 2011. *Prakticheskaya psihodiagnostika. Metodiki i testy* = [Practical psychodiagnosics. Techniques and tests]. Moscow, Bahrakh. (In Russ.)

- Raskin, D.C. and Esplin, P.W., 1991. Statement validity assessment: Interview procedures and content analysis of children's statements of sexual abuse. *Behavioral Assessment*, 13(3), pp. 265–291.
- Romanova, N.M. and Samohina, M.A., 2007. Change of the parameters of nonverbal behaviour of a person telling false and true information. *Vestnik TGU* = [Bulletin TSU], 12, pp. 140–145. (In Russ.)
- Rossinskaya, E.R. and Zinin, A.M., 2015. The history of the formation and development of the institution of forensic examination in Russia. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina (MGYUA)* = [Bulletin Kutafin University], 12, pp. 17–36. (In Russ.)
- Safuanov, F.S., 1998. *Sudebno-psihologicheskaya ekspertiza v ugolovnom processe* = [Forensic psychological examination in criminal proceedings]. Moscow: Gardarika; Smysl. (In Russ.)
- Shishkov, S.N., 2000. [Special knowledge and common sense in judicial proof]. *Zakonnost'* = [Legality], 6, pp. 23–27. (In Russ.)
- Sitkovskaya, O.D., 2002. *Psihologiya svidetel'skih pokazanij* = [The psychology of testimony]. Scientific and methodological manual. Moscow: Izd-vo NII problem ukrepleniya zakonnosti i pravoporyadka pri General'noy prokurature Rossijskoj Federatsiji. (In Russ.)
- Sitkovskaya, O.D. and Konysheva, L.P., 2001. *Psihologicheskaya ekspertiza nesovershennoletnih v ugolovnom processe* = [Psychological examination of minors in criminal proceedings]. Scientific and methodological manual. Moscow: Unity-Dana. (In Russ.)
- Smirnova, S.A., Makushkin, E.V. and Asnis, A.Ya., 2016. [On the illegality of determining the reliability of testimony by forensic examination. Information mail]. *Psihologiya i pravo* = [Psychology and Law], 3, pp. 61–78. (In Russ.) DOI: 10.17759/psylaw.2016060306.
- Steller, M. and Köhnken, G., 1989. Criteria-Based Content Analysis. *Psychological methods in criminal investigation and evidence*. Ed. D.C. Raskin. New York : Springer-Verlag. Pp. 217–245.
- Strogovich, M.S., 1968. *Kurs sovetskogo ugolovnogo processa. Tom 1. Osnovnye polozheniya nauki sovetskogo ugolovnogo processa* = [The course of the Soviet criminal process. Volume 1. Basic provisions of the science of Soviet criminal procedure]. Moscow: Nauka. (In Russ.)
- Tihonov, Yu.S., 1975. *Sudebno-psihologicheskaya ekspertiza v sudoproizvodstve po delam nesovershennoletnih* = [Forensic psychological examination in juvenile proceedings]. Ryazan'. (In Russ.)
- Trankell, A., 1971. *Der Realitätsgehalt von Zeugenaussagen: Methodik der Aussagenpsychologie*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht.

Undeutsch, U., 1982. Statement reality analysis. In: A. Trankell, ed. *Reconstructing the past: The role of psychologists in criminal trials*. Deventer, the Netherlands: Kluwer. Pp. 27–56.

Vrij, A., 2005. Criteria-based content analysis a qualitative review of the first 37 Studies. *Psychology, Public Policy, and Law*, 11(1), pp. 3–41.

Vyshinskij, A.Ya., 1937. *K polozheniyu na fronte pravovoj teorii* = [On the situation on the front of legal theory]. Moscow: Jurid. izd-vo NKYu USSR. (In Russ.)

Wells, G.L. and Loftus, E.F., 1991. Commentary: Is this child fabricating? Reactions to a new assessment technique. In: J. Doris, ed. *The suggestibility of children's recollections*. Washington, DC: American Psychological Association. Pp. 168–171.

Wojciechowski, B., 2015. Classification tree: A step forward to standardized and accurate content analysis. *EAPL + World Conference 2015 (Nuremberg, Germany, 4–7 August 2015). Abstracts*. Pp. 292–293.

Znakov, V.V., 1994. Categories of truth and lies in the Russian spiritual tradition and the psychology of understanding. *Voprosy psihologii* = [Questions of Psychology], 2, pp. 55–64. (In Russ.)

Информация об авторах / Information about the authors

Носкова Елена Викторовна, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процессуального права Западно-Сибирского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (634050, Российская Федерация, г. Томск, пл. Ленина, д. 2).

Elena V. Noskova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of Criminal Procedure Law Department, West Siberian Branch, Russian State University of Justice (2 plosch. Lenina, Tomsk 634050, Russian Federation).

E-mail: NoskovaElena@mail.ru

Путинцева Юлия Анатольевна, педагог-психолог Государственной организации образования «Кузбасский региональный центр психолого-педагогической, медицинской и социальной помощи “Здоровье и развитие личности”» (650023, г. Кемерово, пр. Ленина, д. 126а).

Julia A. Putintseva, Teacher-Psychologist of State Educational Organization “Kuzbass Regional Center for Psychological, Pedagogical, Medical and Social Assistance “Health and Personal Development” (126a prosp. Lenina, Kemerovo 650023, Russian Federation).

E-mail: 23jul@mail.ru

О началах Петербургской школы философии права, или О пересечении границ. Исследование истории Льва Петражицкого¹

Л.-Б. Киейзик*

* Зеленогурский университет, г. Зелена-Гура, Польша
L.Kiejzik@ifil.uz.zgora.pl

Введение. Для успешного функционирования государств необходимо существование устойчивой правовой системы. Ее не будет без точного и однозначного определения понятий. Следовательно, прежде всего необходимо решить вопрос о сущности права, представить его строгую дефиницию. Мыслителями прошлого на это было потрачено много времени и труда, но, к сожалению, эти попытки не увенчались научным успехом.

Материалы и методы. В статье предпринята попытка заново вернуться к исследованиям о сущности права известного русского и польского философа права Льва Петражицкого. Организующим методом исследования будет мультидисциплинарный метод интеллектуальной истории. Он будет дополнен авторской трактовкой документов из архивов Санкт-Петербурга.

Результаты исследования. Наследие Л. Петражицкого, в том числе его важная статья «Что такое право?», концентрирует в себе задел психологической концепции права, основоположником которой был названный мыслитель. Данная статья, написанная на основании речи Л. Петражицкого, содержит квинтэссенцию позиции основоположника Петербургской школы философии права.

Обсуждение и заключение. Статья продолжает в основных пунктах общие положения вступительной статьи автора в польском издании речи Льва Петражицкого «Что такое право?». Обосновывается тезис, что жизнь Петражицкого заключалась в постоянных переездах из страны в страну. Показаны первый и второй периоды творчества этого великого теоретика права, т. е. время до того, когда он покидает Советскую Россию в 1918 г. и через Финляндию уезжает в Польшу. Приводятся неопубликованные, рукописные материалы из архивов Санкт-Петербурга. Текст сопровождается цитатами из статьи Л. Петражицкого.

Ключевые слова: Лев Петражицкий, Петербургская школа философии права, философия права, юриспруденция, психологическая школа права, существо права

Благодарности. Я посвящаю свой перевод этого замечательного текста Л. Петражицкого Анете Белжецкой и Ярославу Конечному – двум юристам-практикам, долгие беседы с которыми позволили мне многое понять о функционировании закона.

¹ Настоящий текст является переводом на русский язык вступительной статьи моего польского перевода речи Льва Петражицкого «Что такое право?», который выйдет в издательстве Польской Академии Наук в Варшаве.

Я хотела бы выразить свою благодарность профессору Галине Гараевой из Северо-Кавказского филиала Российского государственного университета правосудия в г. Краснодаре и профессору Анне Мусяле с юридического факультета Университета имени Адама Мицкевича в Познани, которые первыми познакомились с моим переводом и высказали свое мнение. Особая признательность за все специальные комментарии – профессору Кшиштофу Мотыке, заведующему кафедрой социологии права и нравственности в Люблинском католическом университете, эксперту по творчеству и наследию Л. Петражицкого, который самым тщательным образом помог мне решить терминологические дилеммы. Если остались какие-то неудачные выражения, это исключительно моя вина. Меня утешает мысль о том, что сам Л. Петражицкий, прежде чем писать на польском языке, долгое время обдумывал термины (например, его знаменитая «адекватность»), чтобы наиболее точно выразить содержание, которое он ранее концептуализировал на немецком или русском языках. Так создавались его самые выдающиеся произведения, согласно выражению Тадеуша Котарбинского.

Статья подготовлена при сопровождении гранта Министерства высшего образования в Польше «Национальная Программа Развития Гуманитарных Наук», номер проекта 0404/NPRH5/H22/84/2017. Грант реализует мой замысел перевода на польский язык важных произведений философов Серебряного века (С.Л. Франка, Н.А. Бердяева, Л.И. Петражицкого, Г.Г. Шпета, Э.Л. Радлова), которые до сих пор не функционировали в пространстве польского читателя, не знающего русского языка. Все переводы выйдут в научной серии Института философии РАН, научным редактором которой выступает автор статьи.

Для цитирования: Киейзик Л.-Б. О началах Петербургской школы философии права, или О пересечении границ. Исследование истории Льва Петражицкого // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 197–212. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.197-212.

About the Beginnings of the Petersburg School of the Philosophy of Law, or About Crossing Borders. Study of the History of Lev Petrazhitzky

Lilianna-Bożena Kiejzik*

** University of Zielona Góra, Zielona Góra, Poland
For correspondence: L.Kiejzik@ifil.uz.zgora.pl*

Introduction. A successful legal system is essential for the successful functioning of states. It needs an accurate and unambiguous definition of concepts. Firstly, it is therefore necessary to resolve the problem of the essence of law, that is, to present its strict definition. Previous scholars have spent much time and labour on this, but unfortunately, these attempts were not entirely successful.

Materials and Methods. The article returns to the research on the essence of the law of the famous Russian and Polish philosopher of law Leo Petrazhitzky. The method of research is a multidisciplinary method of intellectual history. It is supplemented by an interpretation of documents from the archives of St. Petersburg.

Results. The legacy of Leo Petrazhitzky, including his important article "What is law?" establishes his psychological concept of law. This article, written based on a speech by Petrazhitzky, contains the fundamental essence of Petrazhitzky's position in the role he is given as the founder of the St. Petersburg school of legal philosophy.

Discussion and Conclusion. The article continues the general provisions of my introductory article to the Polish edition of Leo Petrazhitzky's speech "What is law?" The thesis is presented that Petrazhitzky's life consisted of constant border crossing in both a legal and physical sense. The first and second periods of the work of this great theoretician of law may be determined as the time before he left Soviet Russia in 1918 and when he left for Poland through Finland. Unpub-

lished, manuscript materials from the archives of St. Petersburg were used. The article is accompanied by a cited article by Leo Petrazhitsky.

Keywords: Lev Petrazhitsky, Saint Petersburg School of Legal Philosophy, Philosophy of Law, Jurisprudence, Psychological School of Law, Essence of Law

Gratitudes. I dedicate my translation of this wonderful text by L. Petrazhitsky to Aneta Belzhetskaya and Yaroslav Konetsky – two practicing lawyers, with whom long conversations with allowed me to understand a lot about the functioning of the law.

I would like to express my gratitude to Professor Galina Garayeva from the North Caucasus Branch of the Russian State University of Justice in Krasnodar, and Professor Anna Musyala from the Law Faculty of the Adam Mickiewicz University in Poznan, who were the first to become acquainted with my translation and expressed their opinion. Particular thanks for all the special comments go to Professor Krzysztof Motyka, Head of the Department of Sociology of Law and Morality at the Catholic University of Lublin, an expert on the creativity and heritage of L. Petrazycki, who helped me in the most thorough way to solve terminological dilemmas. If there are any unfortunate expressions left, it is exclusively my fault. I am comforted by the thought that L. Petrazycki himself, before writing in Polish, spent a long time pondering the terms (for example, his famous "adequacy") in order to most accurately express the content that he had previously conceptualised in German or Russian. This is how his most outstanding works were created, according to the expression of Tadeusz Kotarbinsky.

This article was prepared with the support of a grant from the Ministry of Higher Education in Poland under their "National Program for the Development of the Humanities", project number 0404/NPRH5/H22/84/2017. The grant implements my idea of translating into Polish the important works of the philosophers of the Silver Age (S.L. Frank, N.A. Berdyaev, L.I. Petrazhitsky, G.G. Shpet, and E.L. Radlov), which have not yet been available in the field to a Polish reader who does not know Russian language. All translations will be published in the scientific series of the Institute of Philosophy of the PAN, the scientific editor of which is the author of the article

For citation: Kiejzik, L.-B., 2020. About the beginnings of the Petersburg school of the philosophy of law, or About crossing borders. Study of the history of Lev Petrazhitsky. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 197–212. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.197-212.

Введение

Со времен античного Рима и до сегодняшнего дня в юридической науке и в государственных и межгосударственных отношениях формулировалось много понятий, идей и категорий, которые по-разному толкуют проблему сущности права. При этом необходимо иметь в виду, что сегодня для стабильности отношений во всем мире требуются как никогда фундаментальные определения права, которые будут признаваться всеми.

В рамках нашего исследования размышления о принятом всеми определении права и выделении его существенных имманентных признаков изначально предполагают научное определение сущности права. Этой проблемой занимался известный русский и польский философ права Лев Петражицкий (1867–1931). Стоит вернуться к его рассуждениям на эту тему, тем более что его блестящие разработки не устарели. Напротив, они пригодны для создания единой (хотя и многоуровневой) системы права. В этой связи актуально обращение к одной из значимых статей Л. Петражицкого «Что такое право?», которая непосредственно обращена к проблеме дефиниции права и тем требованиям, которым она должна отвечать. В силу остроты вопроса, поставленного

в статье, это наследие Л. Петражицкого сохраняет свою актуальность и в наши дни. Являясь переводчиком статьи Л. Петражицкого «Что такое право?» на польский язык, хотела бы отметить необходимость введения в Польшу в научный оборот этой работы, содержащей методологические установки как общего характера, так и частного, отвечающего психологической концепции права.

В данной статье предпринята попытка целостного взгляда на творческое наследие Л. Петражицкого, которое невозможно отделить от его жизненного пути и тех задач, которые ставила перед ним жизнь.

Но стоит также помнить, что, когда Л. Петражицкий, «сын польской нации» [Posner, S., 1909, p. 363], отмечал свои величайшие триумфы, работая на славу Санкт-Петербургского университета, никакая, даже самая маленькая часть его славы не относилась к Польше. Это неудивительно: ведь он читал лекции и писал по-русски, ранее по-немецки, хотя хорошо знал польский язык, но использовал его лишь дома, в беседах с друзьями. Даже в Витебской гимназии, которую Л. Петражицкий окончил в 1885 г., ему не разрешали говорить по-польски, однако он игнорировал запрет, за что был наказан и получил «только» серебряную медаль за ее окончание, несмотря на отличные успехи в учебе [Licki, J., 1985].

В основу работы над данной статьей был положен текст статьи Л. Петражицкого «Что такое право?» и тексты российских и зарубежных авторов, обращенные к творчеству и жизненной истории Л. Петражицкого.

Материалы и методы

Объектом исследования является право как научное понятие. На основе мультидисциплинарного метода интеллектуальной истории, посредством использования описательного анализа предпринята попытка рассмотрения точного определения права и уточнения дефиниции сущности права при использовании ранних трудов Петражицкого. На основе указанных методов рассмотрено возникновение Петербургской школы философии права, проанализированы ее главные положения. Исследованы также некоторые элементарные юридические понятия в разработке Л. Петражицкого.

Результаты исследования

Будущий выдающийся теоретик и философ права родился в 1867 г., через несколько лет после январского восстания 1863 г., которое оказало большое влияние на судьбу семьи Петражицких, в доме которых собирались повстанцы. Юзефа (отца Л. Петражицкого) обвинили в поддержке повстанцев и арестовали в ноябре 1863 г., а его жену Розалию обвиняли в том, что она играла на пианино для детей повстанцев и пела гимны [Петражицкий, А.С., 2018, с. 632]. В 1865 году, когда Юзеф был

освобожден из тюрьмы, его здоровье было очень подорвано и он уже не смог восстановить свои силы. После его смерти вдова и четверо детей переехали в поместье ее матери в Ледневиче. А через несколько лет вдова с тремя детьми – Михаиной, Северином и Ядвигой – переехали в Варшаву, оставив на попечение тетям младшего сына Льва. Там впервые ему пришлось преодолевать границы нехватки всего на ферме, а позже, когда он достиг школьного возраста, попрощаться с единственными друзьями, которые были у мальчика, – собаками и птицами. Очередной границей, которую ему пришлось преодолеть, был экзамен в гимназию в Витебске. Он сдал его на иностранном для него языке – русском. Затем были годы учебы в Киеве, в Императорском университете Святого Владимира, который он окончил в 1890 г. [Licki, J., 1985, pp. XXV–LXIII; Петражицкий, А.С., 2018, с. 628–638].

Времена, когда Лев Петражицкий буквально ворвался в мировую науку, были не самыми счастливыми. Ведь он жил на грани эпох, когда было обычным делом провозглашать кризис европейской культуры, остро ощущалась потребность перемен, и поэтому вполне естественно писались рецепты для нового, прекрасного мира. В это непростое время Л. Петражицкий привлек внимание профессоров своим великолепным переводом на русский язык произведения выдающегося немецкого романиста Юлиуса Барона «Das System des römischen Zivilrechts» («Система римского гражданского права»), который осуществил в период 1888–1889 гг. А после окончания юридического факультета Императорского университета Святого Владимира в г. Киеве стал стипендиатом российского правительства и был направлен в Берлин на семинар известного специалиста по римскому и прусскому гражданскому праву профессора Генриха Дернбурга (1829–1907) [Kolbinger, F., 2004].

Необходимо пояснить, что римское право считалось основным предметом в системе юридического образования. Но в России не было специалистов в этой области. Из имеющихся документов Свода законов Министерства народного просвещения от 1886 г. следует, что правительство отдавало себе отчет, что университеты сами не справятся с быстрой подготовкой специалистов по этой дисциплине. В связи с этим было принято решение о направлении лучших выпускников за границу для продолжения учебы. В сборнике документов Министерства народного просвещения того времени указывалось: «...наши университеты страдают ныне недостатком преподавательских сил по кафедре римского права, имея каждый не более одного профессора по этому важнейшему предмету. При таком положении этого дела представляется мало надежд, чтобы наши университеты могли собственными своими средствами привести эту важную часть преподавания в надлежащую силу...»²

² Сборник Министерства народного просвещения. СПб., 1886. С. 664.

В это время Германия находилась на пути великого прорыва, что нашло отражение в решении непростых идеологических вопросов, растущих победах социал-демократов на выборах в Рейхстаг в 1890 г., увеличении числа рабочих союзов и организаций, а также в противоречивой ситуации, сложившейся в немецкой юридической науке. В центре внимания юридической общественности находилось обсуждение первого и второго проектов кодификации гражданского права Германии. В рамках доминирующей исторической школы права возник спор между двумя направлениями. Представители одного из них, так называемые романисты, искали образцы для кодификации в римском праве, а представители второго направления – германисты – апеллировали к законам германских племен и средневековых германских государств.

А. Петражицкий за время своего пребывания в Берлине также принял участие в этой дискуссии. Он подготовил и опубликовал две работы: «Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten» («О распределении доходов при смене пользователей», Берлин, 1892) и 2 тома «Die Lehre vom Einkommen» («Наука о доходе», Берлин, 1893, 1895), в которой изложены начала его более поздней теории права. Очень важным было то, что Г. Дернбург поддерживал А. Петражицкого своим большим авторитетом в этих научных поисках. Об их теплых отношениях свидетельствуют сохранившиеся в русских и немецких архивах письма и воспоминания других участников семинара Г. Дернбурга. А. Петражицкий написал о своем учителе теплую статью в журнале «Право» в связи с докторским юбилеем Дернбурга. Он писал так: «...особенно замечательна в этом отношении его новейшая брошюра, содержащая общую картину юридического мирозерцания автора, „Phantasieim Recht“. Читая его, поневоле припоминаешь Диккенса и его спокойную и величественную любовь к человеку и снисхождение к его слабостям» [Петражицкий, А., 1900, с. 665–669].

Следует отметить, что А. Петражицкий жил и творил в то время, когда большое значение приписывалось открытиям Чарльза Дарвина (1809–1882) и вообще биологическим наукам в целом, а также истории, но отнюдь не философии, которая под влиянием критики Гегеля потеряла свое бывшее актуальное значение, по крайней мере в аспекте системного подхода.

Молодой ученый А. Петражицкий проводил свои исследования в период, когда работа Ч. Дарвина «Происхождение видов» (1859) вдохновляла авторов революционных идей, когда повсюду начали происходить далеко идущие цивилизационные изменения, коснувшиеся не только Европы. Например, и в Америке появлялось все больше сторонников «социального дарвинизма», создатель которого, английский философ Герберт Спенсер (1820–1903), приспособил теорию Дарвина для нужд социальной реальности, в том числе для промышленности и бизнеса. Он утверждал, что в мире людей «естественный отбор» гарантируется сво-

бодной конкуренцией и борьбой за богатство. Отсюда было уже недалеко до появления евгеники, предпосылки которой сформулировал Эрнст Геккель (1834–1919) – немецкий ученый, работавший в Йенском университете, а развил это направление и собственно предложил термин «евгеника» английский исследователь Фрэнсис Гальтон (1822–1911). Начался век безумцев, одержимых идеей человеческого совершенствования. Эти идеи были, безусловно, очень опасными. Моральная философия перестала выполнять свои задачи, был объявлен конец вечных моральных истин.

А. Петражицкий, который был отлично знаком с английской философией, будучи почитателем Ч. Дарвина и Джона Стюарта Милля (1806–1873), вероятно, знал о вышеназванных тенденциях. Похоже, что психологическая теория А. Петражицкого, ставящая право перед моралью, могла быть попыткой упорядочить, укротить эти опасные идеи, выйти из ситуации, когда пораженная кризисом философия больше не могла показывать человеку путь и перестала быть ориентиром. Хотя, по моему мнению, вероятно, на рубеже веков молодой ученый А. Петражицкий более интуитивно, чем сознательно, пытался осмыслить свои тезисы. Тем не менее, когда он вернулся в Россию в 1896 г. после большого дебюта в качестве серьезного ученого, его сопровождала слава «гениального поляка» [Licki, J., 1985]. Любопытно, что другие авторы, описывая этот момент из жизни А. Петражицкого, употребляют выражение о «гениальном русском» [Posner, S., 1909], на что мое внимание обратил профессор К. Мотыка и за что я его сердечно благодарю. Все изложенное подтверждает, по-моему, оценку польского ученого Ежи Лицкого, что мнение некоторых исследователей о том, что А. Петражицкий был продуктом только двух культур – польской и русской, – не является оправданным [Licki, J., 1985, р. XXIX]. Проблема, конечно, более сложная, ибо он был ученым, который работал в трех, а не в двух научных средах и писал на трех, а не на двух языках: немецком, русском и польском. Кроме того, он был отличным специалистом по наследию Древнего Рима, увлекался английской философией (и английской наукой в целом), знал немецкий академический позитивизм и поддерживал прогрессивные идеи в политике [Licki, J., 1985, р. XXIX]. Обобщая, можно утверждать, что за все время своей деятельности А. Петражицкий, пересекая границы культуры, цивилизации и сознания, последовательно, шаг за шагом создавал свою собственную теорию.

Вернувшись из Берлина в Россию, А. Петражицкий перевел, уточнил детали, модифицировал, дополнил и расширил фрагменты своих немецких произведений. Это привело к написанию двух диссертаций. В 1896 году в Киеве А. Петражицкий получил степень магистра на основе работы «Деление дотальных плодов по римскому праву», а затем в 1897 г. в Санкт-Петербурге ему была присуждена степень доктора права на основе диссертации «*Bona fides* в гражданском праве». Когда

в 1898 г. он стал экстраординарным профессором кафедры энциклопедии и философии права, а в 1901 г. – ординарным профессором, то начался наиболее плодотворный период его научной деятельности. Л. Петражицкий опубликовал множество статей по различным вопросам в области юриспруденции, печатал их в журнале «Вестник права» – органе Юридического общества Санкт-Петербургского университета, в котором был соучредителем, и в журнале «Право», в состав редакционного комитета которого он входил.

Лев Петражицкий не избегал текущих политических проблем. Поясним, что Петражицкий был избран в 1906 г. в Первую Государственную думу депутатом от Партии конституционных демократов (кадетов) г. Петербурга. Он выступил за политические права для женщин. Его знаменитая речь «О женском равноправии» была переведена на польский язык его сестрой Ядвигой Петражицкой-Томицкой и опубликована во Львове в 1919 г. «Выборгское воззвание», подписанное группой послов в 1906 г., было своего рода воззванием, направленным в сторону общества Российской империи, в котором призывали к бойкоту военной службы и воздержанию от уплаты налогов.

После подписания в 1906 г. Л. Петражицким «Выборгского воззвания» он был приговорен к нескольким месяцам заключения и лишился должности ординарного профессора. Сохранилось письмо Л. Петражицкого ректору Университета от 1908 г., в котором он объясняет свое поведение. Л. Петражицкий писал, что его убеждения в отношении обязанности профессора, прежде всего в отношении беспристрастного и объективного толкования науки и недопустимости введения политических тенденций, о чем он писал в книге «Университет и наука», остаются неизменными, а потому не было никаких оснований обвинять его в невыполнении этих обязанностей в преподавательской деятельности³. Однако ректора не убедили эти оправдания, и Л. Петражицкий вновь был назначен ординарным профессором Петербургского университета только в 1915 г.

К слову сказать, 31 октября 1908 г., после отбывания тюремного заключения Л. Петражицким, имело место заседание кружка философии права при Санкт-Петербургском университете, патроном которого был философ. На заседании с речью выступил тогдашний председатель кружка Н.Н. Шульговский, который приветствовал его как «...дорогого учителя, самоотверженного гражданина, мужественно отстаивающего начала права и свободы» [Шульговский, Н.Н., 1910, с. 9–10].

Работая в Санкт-Петербурге, Л. Петражицкий быстро завоевал уважение научных кругов и занял выдающееся место в науке, оказывая при этом серьезное интеллектуальное влияние на широкий круг студентов. Он прекрасно понимал, что разработка теории права требует

³ РГАИА. Ф. 740. Оп. 44. Д. 662. Л. 26–27, копия л. 28–29.

культуры и компетентности их создателей, а студенты должны иметь дело не только с учебниками и оригинальными теориями. С ними необходимо обсуждать эти теории, вслушиваться в их комментарии, учить методологии на примере анализа собственных взглядов. Так поступал со своими слушателями в Берлине профессор Дербург, и так решил поступать и А. Петражицкий со студентами Санкт-Петербургского университета и Высших женских курсов, где он читал лекции, однако не вел собственный семинар.

О том, как высоко ценили А. Петражицкого студенты, свидетельствует репутация Университетского кружка по философии права, основанного по инициативе студентов, в котором он был патроном и лектором. Кружок был основан в 1900 г., когда группа студентов-юристов (К.Я. Купалов, Я.Г. Фрумкин, А.Ю. Блох, Г.А. Ландау и другие), работающих под руководством профессора А. Петражицкого в области отдельных вопросов права, решили придать своей работе более формальные рамки. Они задумали вместе обсуждать проблемы, с которыми ранее сталкивались на лекциях. Кружок зарегистрировали в администрации Университета, и его члены получили разрешение бесплатно печатать плакаты и тезисы. Первоначально научные встречи проводились в частных квартирах студентов, затем – в университетских аудиториях. Со временем они приняли форму открытых собраний, на которых присутствовали толпы молодых людей с других факультетов. Члены кружка выступали с докладами по отдельным темам, после чего следовали очень оживленные прения и дискуссии. В конце заседания кружка А. Петражицкий подводил итоги выступлениям студентов. Стать членом кружка было непросто: необходимо было получить рекомендацию двух действительных членов, после чего следовало голосование. Конечно, после завершения учебы в университете членство в кружке автоматически прекращалось [Шульговский, Н.Н., 1910].

Петербургские годы А. Петражицкого – это также формирование новой, экспериментально-реальной, основанной на наблюдении теории права [Гараева, Г.Ф., 2016; Stanek, J., 2017]. Она строилась на предпосылке, что в психических явлениях мы различаем познавательные переживания, чувства, волю и эмоции. По словам А. Петражицкого, именно эмоции являются наиболее значимыми элементарными, доминирующими переживаниями, позволяющими, например, оценивать что-либо. Он выделил так называемые этические эмоции, которые приводят либо к обязанностям, либо к обязанностям в сочетании с правомочиями. В первом случае мы имеем дело с моральным опытом, во втором – с юридическим опытом. Последний синхронизирует, собирает и связывает правомочия (атрибутивы) и обязанности (императивы). Мы видим, что мораль является совокупностью только императивных переживаний, в то время как право – атрибутивно-императивных. Такая концепция права имела психологическое основание, поэтому неу-

дивительно, что позже эта теория права была названа именно так [Kojder, A., 2016].

Лев Петражицкий представил начала этой новой концепции и теории права в реферате, прочитанном на заседании Административного отделения Юридического общества 28 ноября 1898 г., т. е. вскоре после его возвращения из Германии. Он назвал свое выступление «Что такое право?», и оно было подготовлено для профессионального слушателя, хотя не обязательно глубоко посвященного в проблемы, обсуждаемые профессорами юриспруденции. Его адресатами были члены Санкт-Петербургского Юридического общества, и хотя не все они были учеными, но, безусловно, знали, что происходит в так называемой правовой среде и в чем заключается суть дискуссий о сущности права. Л. Петражицкий исходил из правильных предположений, что для обсуждения права сначала необходимо знать определение права; понимать, что такое субъект права и что такое право в целом. Он писал: «Первая проблема науки права гласит: Что такое право? Для решения этого вопроса (для установления и определения понятия права) мы должны найти 1) общие и отличительные и при том 2) существенные (основные) признаки явления права» [Петражицкий, Л., 1899, с. 1]. Однако нужно иметь в виду, что для успеха науки необходимо отыскать «действительно основные, существенные признаки» [Петражицкий, Л., 1899, с. 4]. В другом случае, тем более в случае возведения случайного признака в основной, в науке будут иметь место хаос, непонимание и «проявится стремление к ошибочным положениям, ложным объяснениям, натяжкам и т. д.» [Петражицкий, Л., 1899, с. 5]. В этом случае право не выполнит своей роли.

Только после объяснения этих основных вопросов можно приступить к анализу функционирующих (или желательных) теорий права. Кроме того, Л. Петражицкий утверждал, что авторы этих теорий определяют право в юридическом смысле, а он предложил определять его как психическое явление [Woleński, J., 2018, pp. 365–389]. По мнению Л. Петражицкого, это должно было привести к созданию адекватной теории права.

В указанном выступлении частично упоминалось содержание лекций по «Энциклопедии права», которые Л. Петражицкий читал в зимнем семестре 1897/98 г. Затем оно было опубликовано в январском номере «Вестника права» за 1899 г. Несколько лет спустя появилось его переиздание, расширенное до объема книги под заголовком «Очерки философии права. Выпуск первый. Основы психологической теории права. Обзор и критика современных воззрений на существо права» (1900). А отдельные фрагменты были включены в последующие публикации, среди которых и знаменитое «Введение в изучение права и нравственности» (1908).

В статье «Что такое право?», в основу которой было положено упомянутое выступление перед членами Санкт-Петербургского Юридическо-

го общества, А. Петражицкий использовал относительно простой язык, полный примеров и ситуаций, с которыми мы имеем дело в жизни, если не ежедневно, то, во всяком случае, в социальном пространстве. Текст его выступления вызвал бурную дискуссию, в которой приняли участие выдающиеся юристы, экономисты и философы, например Борис Чичерин, Николай Трубецкой, Максим Ковалевский, Михаил Туган-Барановский, Лев Толстой и др. В выступлении А. Петражицкого шла речь об особой реабилитации философии права, которую с точки зрения методологии многие считали ненаучной, что привело к попыткам изолировать от нее право [Поляков, А.В., 2018, с. 7–25; Тимошина, Е.В., 2018, с. 26–50]. Эта полемика длилась несколько лет. В результате выкристаллизовались две школы понимания права: Петербургская, или, по словам самого А. Петражицкого, экспериментально-реальная, позже называемая также Петражицианской, и Московская, нормативная, называемая неокантианской. Представителями первой школы были, в частности, Георгий Гурвич, Георгий Ландау, Питирим Сорокин, Николай Тимашев, а второй – выдающиеся российские теоретики права Павел Новгородцев и Богдан Кистяковский. Их споры затянулись на месяцы.

Годы работы в качестве ординарного профессора Санкт-Петербургского университета и организованную семейную жизнь А. Петражицкого прервали события Февральской революции 1917 г. После свержения царизма А. Петражицкий был выбран сенатором Верховного суда Российской империи, но активной деятельностью не занимался. В октябре 1917 г. он отправился в Финляндию, а оттуда в апреле 1918 г. – в Польшу. Ему пришлось столкнуться с новыми трудностями, растянувшимися на годы, и пересечением новых границ. Все свои рукописи А. Петражицкий сдал на хранение в университетскую библиотеку. Это составило три запломбированных коробки, а всего со сданными раньше – 10 пакетов.

В собраниях Российского государственного исторического архива (РГИА) в Санкт-Петербурге хранится письмо, написанное на польском языке родственницей А. Петражицкого (возможно, дочерью его сестры Михалины), некоей Сашенькой (Oleńka), которая уведомляет его об окончании упаковки пакетов с рукописями и составления их перечня. Стоит процитировать обширные фрагменты этого письма: «Дорогой дядюшка! Так как гос. Кам. уехала, а Ан[аний] Ал[ексеевич] не смог справиться со списыванием рукописей, поэтому я поехала и сделала все, как могла лучше. Я не развязывала пакетов, потому что боялась, что не смогу потом сложить их <...>. Я взяла названия из верхнего регистра или из билета на самом пакете. Если я записала что-то не так, мне очень жаль, но характер письма дядюшки показался мне немного трудным для чтения, особенно на немецком языке, которого я не знаю. В любом случае, думаю, что я сделала это лучше, чем это сделал бы Ананий Алексеевич. Я сама положила все пакеты в коробки, на каж-

дой коробке я написала: “Рукописи из библиотеки Проф. Петражицкого кор. Н.”. Затем Юзеф при мне связал их и запечатал. <...> Я от всей души целую дядюшку и тетю. Сашенька”⁴. Письмо не датировано, скорее всего, оно было написано в сентябре 1917 г., потому что тогда Л. Петражицкий передал свои рукописи в библиотеку. В архиве находится также документ от 19 сентября 1917 г., подписанный библиотекарем М. Кудрявым, подтверждающий наличие трех коробок (согласно номерам VII, VIII, IX) с документами проф. Petrzyckiego⁵. Что случилось со всеми этими коробками, неизвестно по сей день. Есть неподтвержденные предположения о том, что они не были уничтожены, но спрятаны и всплывут, когда не останется никого, кто мог бы заявить на них свои права.

Л. Петражицкий, покидая Россию, не отправлялся в неизвестность: у него было несколько предложений о работе в европейских университетах, в том числе в Англии или Латвии. Но он выбрал Варшаву и занял кафедру социологии на факультете права и политических наук в Варшавском университете. И вновь он должен был готовиться к пересечению границ. И независимо от того, что произошло дальше в Варшаве, «проницательной и упорной работой» Л. Петражицкий предоставил своим книгам привилегию: «Они получили право требовать, чтобы их прочитали», как писал Тадеуш Котарбинский во вступительной статье к «Введению в изучение права и нравственности. Эмоциональная психология» [Kotarbiński, T., 1959, p. 10].

Обсуждение и заключение

Обращаясь к вопросу формирования Петербургской школы философии права, необходимо анализировать ее историю как неразрывно связанную с философией права Л. Петражицкого. А для того, чтобы понимать содержательное своеобразие этой школы философии права, следует учитывать ту методологическую планку, которую ставил этот ученый. Статья «Что такое право?» отражает фундаментальные принципы правового мышления Л. Петражицкого. На мой взгляд, формирование Петербургской школы философии права происходило как результат многих факторов, в числе которых объективные, исторические, связанные с революционными событиями в России, а также порожденными общим кризисом правовой науки на рубеже веков новыми тенденциями научной мысли в целом. Но также нельзя не принимать во внимание и субъективные факторы, которые были связаны непосредственно с личностными особенностями Л. Петражицкого, его талантом, трудолюбием, добросовестностью и ответственностью большого ученого.

⁴ РГИА. Ф. 1120. Оп. 3. Д. 86. Л. 20.

⁵ РГИА. Ф. 1120. Оп. 3. Д. 86. Л. 19.

Польский перевод речи Л. Петражицкого «Что такое право?» я подготовила, используя свой собственный опыт судебного эксперта, а также извлекла знания из фрагментов работ превосходного переводчика текстов ученого – Ежи Ланде. Это было тем более оправданно, что (как я подчеркивала выше) Л. Петражицкий включил небольшие фрагменты и отдельные идеи его первого текста на тему сущности права в свои последующие произведения, среди прочих в очень известное «Введение в изучение права и нравственности» (1908), которое было опубликовано всего через несколько лет после публикации знаменитой речи на собрании Юридического общества.

Список использованной литературы

Гараева Г.Ф. Pro et contra: Психологическая теория права Л.И. Петражицкого в истории русской философии права // Мысль Л.И. Петражицкого и современная наука права : материалы междунар. науч.-практ. видеоконф., Краснодар, 2016 г. / под ред. Г.Ф. Гараевой, Я. Турлуковского. Краснодар, 2016. С. 107–122.

Мотыка К. Лев Петражицкий, Санкт-Петербургская школа и польская теория и социология права // Петербургская школа философии права : к 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого / под ред. А.В. Полякова, Е.В. Тимошиной. СПб. : С.-Петерб. гос. ун-т, 2018. С. 51–62.

Петражицкий А.С. Очерк истории семьи Льва Иосифовича Петражицкого // Петербургская школа философии права : к 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого / под ред. А.В. Полякова, Е.В. Тимошиной. СПб. : С.-Петерб. гос. ун-т, 2018. С. 628–638.

Петражицкий Л. Что такое право? // Вестник права. 1899. № 1. С. 37–98.

Петражицкий Л. К докторскому юбилею Дернбурга // Право. 1900. № 21.

Поляков А.В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Петербургская школа философии права: к 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого / под ред. А.В. Полякова, Е.В. Тимошиной. СПб. : С.-Петерб. гос. ун-т, 2018. С. 7–25.

Тимошина Е.В. Философия права Л.И. Петражицкого: генезис постклассического правопонимания в российском правоведении XX в. // Петербургская школа философии права : к 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого / под ред. А.В. Полякова, Е.В. Тимошиной. СПб. : С.-Петерб. гос. ун-т, 2018. С. 26–59.

Шульговский Н.Н. Кружок философии права профессора Л.И. Петражицкого при СПб. Университете за десять лет существования : исторический очерк в связи с кратким изложением основных идей учения Петражицкого. СПб., 1910. 52 с.

Kojder A. Aktualność myślin naukowej Leona Petrażyckiego w XXI wieku // Мысль Л.И. Петражицкого и современная наука права : материалы междунар. науч.-практ. видеоконф., Краснодар, 2016 г. / под ред. Г.Ф. Гараевой, Я. Турлуковского. Краснодар, 2016. С. 217–249.

Kolbinger F. Im Schleppseil Europas? Das russische Seminarführer-misches Rechtbeiderjuristischen Fakultät der Universität Berlin in den Jahren 1887–1896. Frankfurt a.M. : Vittorio Klostermann, 2004.

Kotarbiński T. Wstęp // L. Petrażycki. Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej, oprac. J. Lande. Warszawa : PWN, 1959.

Licki J. Życie i twórczość Leona Petrażyckiego, oprac. A. Kojder // L. Petrażycki. O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane. Warszawa : PWN, 1985.

Petrażycki L. O prawa wyborcze kobiet / przeł. J. Petrażycka-Tomiczka. Lwów, 1919.

Posner S. Wobecyszcacie // Gazeta Sądowa Warszawska. 1909. № 24.

Stanek J. Rosyjski realizm prawny. Psychologiczno-socjologiczna szkoła prawa. Warszawa, 2017.

Woleński J. O teorii i filozofii prawa Leona Petrażyckiego // Studia Historiae Scientiarum. 2018. № 17.

References

Garaeva, G.F., 2016. [Pro et contra: L.I. Petrazhitzky's psychological theory of Law in the history of Russian philosophy of law]. In: F.G. Garaeva and J. Turlukovsky, eds. *Myśl' L.I. Petrazhitzkiego i sovremennaya nauka prava* = [Thought L.I. Petrazhitzky and modern science of law]. Materials of the international scientific and practical videoconference, Krasnodar 2016. Krasnodar. Pp. 107–122. (In Russ.)

Kojder, A., 2016. Aktualność myślin naukowej Leona Petrażyckiego w XXI wieku. In: F.G. Garaeva and J. Turlukovsky, eds. *Myśl' L.I. Petrazhitzkiego i sovremennaya nauka prava* = [Thought L.I. Petrazhitzky and modern science of law]. Materials of the international scientific and practical videoconference, Krasnodar 2016. Krasnodar. Pp. 217–249.

Kolbinger, F., 2004. *Im Schleppseil Europas? Das russische Seminar-für römisches Recht beider juristischen Fakultät der Universität Berlin in den Jahren 1887–1896*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

Kotarbiński, T., 1959. Wstęp. In: L. Petrażycki. *Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej*, oprac. J. Lande. Warszawa.

Licki, J., 1985. Życie i twórczość Leona Petrażyckiego, oprac. A. Kojder. In: L. Petrażycki. *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*. Warszawa.

Motyka, K., 2018. [Leon Petrazhitsky. Saint Petersburg School and the Polish theory and the sociology of law]. In: A.V. Polyakov and E.V. Timoshina, eds. *Peterburgskaya shkola filosofii prava: k 150-letiyu so dnya rozhdeniya L'va Petrazhitskogo* = [Saint Petersburg School of Legal Philosophy: to the 150th anniversary of the birth of Leon Petrażycki]. St. Petersburg: S.-Peterb. gos. un-t. Pp. 51–62. (In Russ.)

Petrażyckis, A.S., 2018. [An essay on the history of Leon Petrażycki's family]. In: A.V. Polyakov and E.V. Timoshina, eds. *Peterburgskaya shkola filosofii prava: k 150-letiyu so dnya rozhdeniya L'va Petrazhitskogo* = [Saint Petersburg School of Legal Philosophy: to the 150th anniversary of the birth of Leon Petrażycki]. St. Petersburg: S.-Peterb. gos. un-t. Pp. 628–638. (In Russ.)

Petrazhitsky, L., 1899. [What is the law?]. *Vestnik prava* = [Bulletin of Law], 1, pp. 37–98. (In Russ.)

Petrazhitsky, L., 1900. [To the Doctoral Jubilee Dernburg]. *Pravo* = [Law], 21. (In Russ.)

Petrażycki, L., 1919. *O prawa wyborcze kobiet*. Przeł. J. Petrażycka-Tomicka. Lwów.

Polyakov, A.V., 2018. [Saint Petersburg School of legal philosophy and objectives of modern legal studies]. In: A.V. Polyakov and E.V. Timoshina, eds. *Peterburgskaya shkola filosofii prava: k 150-letiyu so dnya rozhdeniya L'va Petrazhitskogo* = [Saint Petersburg School of Legal Philosophy: to the 150th anniversary of the birth of Leon Petrażycki]. St. Petersburg: S.-Peterb. gos. un-t. Pp. 7–25. (In Russ.)

Posner, S., 1909. W obcej szacie. *Gazeta Sądowa Warszawska*, 24.

Shul'govsky, N.N., 1910. *Kruzhok filosofii prava professora L.I. Petrazhitskogo pri SPB. Uni-versitete za desyat' let sushchestvovaniya* = [Circle of philosophy of law, Professor L.I. Petrazhitsky at St. Petersburg University for ten years of existence]. A historical outline in connection with a brief statement of the main ideas of Petrazhitsky's teachings. St. Petersburg: S.-Peterb. gos. un-t. (In Russ.)

Stanek, J., 2017. *Rosyjski realizm prawny. Psychologiczno-socjologiczna szkoła prawa*. Warszawa.

Timoshina, E.V., 2018. [L.I. Petrażycki's philosophy of law: Origin of post-classical legal thought in the XXth century Russian jurisprudence]. In: A.V. Polyakov and E.V. Timoshina, eds. *Peterburgskaya shkola filosofii prava: k 150-letiyu so dnya rozhdeniya L'va Petrazhitskogo* = [Saint Petersburg School of Legal Philosophy: to the 150th anniversary of the birth of Leon Petrażycki]. St. Petersburg: S.-Peterb. gos. un-t. Pp. 26–50. (In Russ.)

Woleński, J., 2018. O teorii i filozofii prawa Leona Petrażyckiego. *Studia Historiae Scientiarum*, 17.

Информация об авторе / Information about the author

Киейзик Лилианна-Божена, доктор наук, ординарный профессор, заведующий кафедрой истории философии Зеленогурского университета (65-001, Польша, г. Зелена-Гура, Аллея Войска Польского, д. 71А).

Lilianna-Bozena Kiejzik, Dr. hab., Full Professor, Head of History of Philosophy Department, University of Zielona Góra (71A al. Wojska Polskiego, Zielona Góra 65-001, Poland).

E-mail: L.Kiejzik@ifil.uz.zgora.pl

УДК 340.12

DOI 10.37399/2686-9241.2020.3.213-224

Философия права в руинах послевоенного периода: комментарии к докладу Моники Фроммель¹

Б. Рютерс*

** Констанцский университет, г. Констанц, Германия
bernd.ruethers@uni-konstanz.de*

В статье рассматриваются причины радикальных изменений в германском праве 1945–1949 гг. Особое внимание уделяется проблемам юридической науки, в частности философии права. Указывается на необходимость разграничения толкования права и судебного нормотворчества.

Ключевые слова: философия права, естественное право, юридическая методология, толкование права, судебское право

Благодарности. Редакция выражает благодарность за перевод статьи с немецкого языка М.А. Беловой – преподавателю кафедры конституционного права имени Н.В. Витрука Российского государственного университета правосудия.

Для цитирования: Рютерс Б. Философия права в руинах послевоенного периода: комментарии к докладу Моники Фроммель // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 213–224. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.213-224.

Philosophy of Law in the Ruins of the Post-War Period: Commentary on the Report of Monica Frommel

Bernd Rüthers*

** University of Konstanz, Konstanz, Germany
For correspondence: bernd.ruethers@uni-konstanz.de*

The article examines the reasons for the radical changes in German law in 1945–1949. Special attention is paid to the problems of legal science, especially the philosophy of law. The need to differentiate the interpretation of law and judicial rule-making is articulated indicated.

Keywords: philosophy of law, natural law, legal methodology, interpretation of law, judicial law

Gratitudes. The editors are grateful for the translation of the article from German to M.A. Belova – the teacher of Vitruk Constitutional Law Department of Russian State University of Justice.

¹ Статья представлена г-ном Б. Рютерсом специально для опубликования в журнале «Правосудие/Justice».

For citation: Rüthers, B., 2020. Philosophy of law in the ruins of the post-war period: Commentary on the report of Monica Frommel. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 213–224. DOI: 10.37399/2686-9241.2020.3.213-224.

В своем докладе Моника Фроммель снова подняла вполне заслуженно очень важную тему, которая не теряет значения для всех правовых дисциплин, особенно для основных учебных предметов. Радикальные изменения в германском праве 1945–1949 гг. заслуживают большего внимания, чем им было уделено в последние десятилетия.

I. Продолжительный поиск положения юристов после катастрофы

Более других повезло тем, кто захотел начать изучение права в Мюнстере в летнем семестре 1950 г. За год до этого каждый, кто хотел быть зачисленным в университет, должен был быть готовым в течение семестра работать на расчистке развалин княжеского замка, где после бомбовых ударов остались только внешние стены. Британские оккупационные власти планировали снести остатки замка, однако после жестких протестов немецких служащих в 1946 г. было решено перестроить руины в «административное и лекционное здание университета федеральной земли». Первые лекции состоялись там в летнем семестре 1950 г., когда строительные работы еще продолжались, частично отсутствовали перекрытия или даже обрушивались во время лекций (см. «Введение в юриспруденцию» Карла Петерса (1950). Таким образом, в 1950 г. в Мюнстере, как и во многих других немецких университетах, право преподавали в буквальном смысле в руинах.

То же касалось профессоров и студентов. Более двух третей профессоров права занимались этой профессией еще до 1945 г. Многие из них переехали в Западную Германию из советской оккупационной зоны, двое – из Государственного университета Праги (1939–1945: Гарри Вестерманн и Ганс-Юлиус Вольф); один, Артур Вегнер, – из Англии, где он был в эмиграции, были юристы из Мюнстера (Ханс Шуман) и восточногерманских городов². Все они после 1933 г. дали присягу фюреру. Вегнер не развелся со своей женой, которая имела еврейское происхождение, и по этой причине в 1937 г. был вынужден уйти в отставку. В 1938 году он был арестован гестапо, и ему было предъявлено обвинение в «предательстве» в чрезвычайном суде. После этого Вегнер эмигрировал.

Таким образом, «разрушенный мир» юристов не ограничивался только зданиями в Мюнстере и многими другими юридическими факультетами, где все начиналось с чистого листа. Он охватывал, хотя об этом и не говорилось, многие другие сферы жизни, которые находились под

² Lieselotte Steveling, *Juristen in Münster*, LIT-Verlag, Münster 1999, S. 300–496.

грудами развалин. Были затронуты экономические, социальные, моральные и политические структуры, не в последнюю очередь также «эмоциональные миры» учителей и учеников.

В 1950 году около трети моих однокурсников были старше, чем обычные студенты («возвратившиеся на родину» военнопленные, беженцы из Восточной Германии и перемещенные лица). Необходимые и естественные сегодня средства обучения (письменные принадлежности, тетради, учебники и т. п.) были тогда редкостью. Из-за потерь после бомбардировок Мюнстера библиотека факультета была очень бедной. Внешнее и внутреннее бытие ранних 1950-х гг. характеризовалось во всех отношениях как для учителей, так и для учеников экономической, социальной, профессиональной и политической неопределенностью. Речь прежде всего шла о том, чтобы выжить в руинах. Особенно это касалось связанных с государством научных дисциплин в университетах. За всем происходящим в Университете Мюнстера наблюдал в то время «университетский офицер» британских оккупационных властей, если я правильно помню, в звании майора, который, согласно британской традиции, выполнял свою задачу удивительно незаметно.

Так складывалось начало учебы во множественном (реальном, моральном, интеллектуальном и экономическом) разрушенном мире. Жизнь и учеба в руинах на самом деле заставляли задуматься об их причинах. Это касалось также и нас, первокурсников, и наших попыток понять основные вопросы права и основания его ценности, хотя это не обсуждалось в Университете. Философию права, которая была сведена к истории философии права с античных времен до XIX в., в Мюнстере преподавал тогда известный административист Ганс-Юлиус Вольф. Драматические конституционные и системные изменения Германии в XX в., как и почти на всех западногерманских факультетах, не обсуждались. В библиотеке факультета был недоступный для студентов так называемый «отравленный шкаф», в котором были заперты книги национал-социалистического содержания преподающих в Мюнстере доцентов. До 1945 года там хранилась юридическая литература еврейских авторов. Ведущие вклады в «этническое обновление» философии права в национал-социализме были, как правило, неизвестны нескольким поколениям молодых немецких юристов во время их обучения до 1970 г. из-за сходных стратегий на большинстве западногерманских факультетов. Это продолжает оказывать влияние на юристов вплоть до сегодняшних дней.

Я не могу вспомнить лекций по таким темам во время моей учебы. Университетский страх перед историей права XX в., перед методологической историей юриспруденции и правосудия, перед взаимосвязью между правом и идеологией или мировоззрением длился в течение десятилетий. В период моего обучения в Университете с 1950 по 1954 г., а также в период стажировки (1954–1958) не было представления о юри-

дической методологии и методической практике времени национал-социализма. Оно сложилось у меня гораздо позже, когда я осознал решающее значение юридической методологии для всех юридических специальностей, оказавшей большое историческое и идеологическое влияние.

Сходство этих часто сомнительных стратегий выживания всех вовлеченных сторон создало странные солидарные сообщества, преодолевающие социальные, идеологические, конфессиональные и партийные политические границы. Это касалось взаимоотношений как между профессорами, так и между преподавателями и студентами. В то время юридические семинары нередко заканчивались в скромной социальной квартире профессора за бокалом пива или вина.

II. Актуальность темы

Моника Фроммель в своем докладе говорит о правильной, с ее точки зрения, классификации возрождения естественного права в Германии после 1945 г. Во мне как очевидце событий той эпохи ее текст вызывает воспоминания, которые побуждают к некоторым дополнениям и комментариям.

1. Естественное право Г. Роммена

Книга, которая положила начало этому развитию, называлась «Вечное возвращение естественного права». Первое издание, опубликованное в 1936 г., было направлено против национал-социализма³. Автор этой книги доктор Генрих Роммен был католическим юристом и решительным противником нацистского режима. В 1933 году он был заключен гестапо под стражу на шесть недель. Его книга была опубликована в 1936 г. в издательстве Thomas в Вене, издатель Якоб Хегнер был немецким евреем. В первые годы Третьего рейха Хегнер продолжал публиковать в Германии христианских авторов – таких, как Теодор Геккер и Романо Гвардини. В 1936 году Хегнер был исключен из Императорского ведомства по делам печати, переехал в Вену и основал там издательство Thomas. После «присоединения» Австрии к Германской империи в 1938 г. он эмигрировал в Великобританию.

Первый подзаголовок у М. Фроммель – «От “возрождения права” к естественному праву» – имеет двоякий смысл.

2. Возрождение естественного права в послевоенное время

Вполне оправданной является ссылка М. Фроммель на тесную персональную и политико-правовую связь двух пронизанных естественным

³ Heinrich Rommen, *Die Ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Wien 1936, 2. Aufl. München 1947.

правом «поворотных (переломных) литератур» в Германии после 1933 г. и после 1945–1949 гг. с частично идентичными авторскими коллективами. При этом она затрагивает основную тему моей рецензии на упомянутую ею лишь вскользь книгу Л. Фолянти⁴. В обоих случаях речь шла о всестороннем переосмыслении всего правового порядка в отношении вновь установленных базовых ценностей после коренного изменения политической системы, а именно – расовой идеологии национал-социализма, с одной стороны, и вновь открытого после 1945 г. христианского образа человека и естественного права стоиков – с другой, философские основания которых были полностью противоположны нацистской идеологии права.

«Естественное право» по определению Г. Роммена и его трактование в послевоенный период основаны на понимании стоиков, Фомы Аквинского и протестантского богословия. «Национальное возрождение права» имело сомнительную основу в провозглашенном национал-социализмом «Естественном праве расы, крови и почвы», как это было обозначено, например, в п. 4 и 5 Программы Национал-социалистической германской рабочей партии. Замалчиваемая долгое время историко-политическая взаимосвязь становится очевидной, если сравнить оба «переломных источника». Тогда оказывается, что большое количество, возможно, даже большинство представителей теории естественного права послевоенного времени были в своих взглядах идентичны представителям «национального возрождения права» после 1933 г.

Удивительно, что это указание необходимо, но это является одним из последствий той «спирали молчания», которая имеет тенденцию возвращаться при столь радикальных изменениях политически установленных базовых ценностей. Правовая и методологическая история этих идеологических изменений 1933 и 1949 гг., а также роль юриспруденции и судебной власти из-за молчаливого согласия всех заинтересованных сторон (позже Герман Люббе назвал это «коммуникативным замалчиванием»⁵) в течение десятилетий почти не упоминались по понятным причинам в университетах, а также при практической подготовке юристов. Действовал неписанный, соблюдаемый почти всеми без исключения обет молчания.

Кто же должен был или мог говорить на такие острые темы? Обет молчания определил дискурсивный климат в университетах. Мое личное воспоминание об этом: в 6-м семестре (летний семестр 1953 г.) я принял участие в мероприятии, организованном юридическими студенческими советами в Гейдельберге, которое было посвящено реформе юриди-

⁴ B. Rüthers, *Recht oder Gesetz? – Gründe und Hintergründe der „Naturrechtsrenaissance“*, JZ 17/2013, S. 822–829.

⁵ Hermann Lübbe, *Vom Parteigenossen zum Bundesbürger – über beschwiegene und historisierte Vergangenheiten*. 2007.

ческого образования. Среди участников были известный также в нацистскую эпоху специалист по гражданскому и трудовому праву профессор Альфред Хюк (ранее работал в Мюнхене, до этого – в Мюнстере и Йене) и вернувшийся из Вашингтона еврейский реэмигрант профессор Герхарт Гуссерль, который в 1953 г. написал эссе «Реформа немецкого юридического образования».

С 1926 года Г. Гуссерль был профессором римского права, гражданского права, гражданского процессуального права и философии права в Киле, в апреле 1933 г. из-за еврейского происхождения был отправлен в принудительный отпуск, осенью 1933 г. был переведен во Франкфурт-на-Майне и 31 декабря 1935 г. на основании Нюрнбергских законов был снят с должности. Преемником Гуссерля в Киле в 1933 г. стал Карл Ларенц, один из основателей преданной нацистской системе «Кильской школы». Ларенц был одним из ведущих авторов националистического возрождения права. В 1934 году и позже он выступал за то, что общая правоспособность, упомянутая в § 1 ГК Германии, должна быть ограничена «соотечественниками», т. е. людьми «немецкой крови».

А. Хюк, как подтверждают документальные источники, не был безоговорочным сторонником нацистского режима. Однако он был активным членом Академии немецкого права (вместе с В. Зибертом, Х.К. Нипперди, Р. Дитцем, Г. Кюхенхоффом и другими), одним из ведущих специалистов в области трудового права нацистской эпохи и с 1934 по 1943 г. вместе с Х.К. Нипперди и Р. Дитцем подготовил комментарий к нацистскому Закону «О порядке национальной работы». Согласно его собственному свидетельству, еще в 1942 г. он стал членом Национал-социалистической германской рабочей партии.

Эти исторические факты мне, как и всем другим студентам, в то время не были известны. Будучи ничего не подозревающим студентом, я был свидетелем встречи изгнанного в 1933 г. Герхарта Гуссерля с Альфредом Хюком, который остался в Германии и «вознесся» после 1933 г. В дискуссиях разговор между Гуссерлем и Хюком не складывался в течение двух дней: когда Гуссерль говорил о том, что происходило в университетах после 1933 г., оба смотрели мимо друг друга и не находили общего языка. Атмосфера была прохладной, если не сказать ледяной.

Несмотря на свои значительные труды по теории права, Г. Гуссерль не получил кафедру в ФРГ. В течение нескольких лет он преподавал в качестве приглашенного профессора во Фрайбурге и Кёльне.

Последующие личные беседы с рядом коллег, которые были выслааны в 1933 г. (например, Эрнстом Штифелем, Альбертом Эренцвейгом, Эрнстом Френкелем, Ойгеном Розеншток-Хюсси, Отто фон Симсоном), подтверждали во мне то ощущение, что их возвращение в Германию приветствовалось немногими.

3. Презентационные пробелы

Г-жа Фроммель многократно ссылается на книгу Лены Фолянти «Право или Закон». Г-жа Фолянти ограничила скрупулезное отображение горячо поддерживаемого известными авторами возрождения естественных прав лишь послевоенным периодом. Она полностью исключила из своего исследования нацистскую эпоху и достойные внимания тематические, а также персональные отсылки к отстаиваемому в то время возрождению права на основе доктрины «Естественного права расы, крови и почвы». Фроммель указывает на это только в примечании 2. Не упоминается также, что здесь неделимое разрывается на части, так что важная для общей картины тесная фактическая и персональная связь теряется в послевоенных дебатах о естественном праве. Одной из особенностей этого периода является то, что даже активисты «Деиудайзма немецкого общества и права» после 1945 г. принимали участие в памятных изданиях, посвященных изгнанным коллегам еврейского происхождения (например, Карл Ларенц в памятном издании 1969 г., посвященном Герхарту Гуссерлю). Это и многое другое было забыто в принятом в то время «коммуникативном замалчивании».

Пробелы в представлении в книге Фолянти – не единичный случай. Подобные исторические упущения являются почти типичным для того поколения следствием «спирали молчания», которая преобладала на многих факультетах вплоть до начала нового тысячелетия. Некоторые авторы из поколения учеников или внуков новаторов права нацистского периода, как правило, во время своей учебы мало или вообще ничего не слышали о методах извращения права при национал-социализме. Во многих университетах в преподавании государственных и идеологических дисциплин запрещалось открыто говорить об этой проблемной области, пока там занимали должности избобличенные коллеги. Поэтому отрадно, что г-жа Фроммель в своем труде по философии права в руинах дополнила и провела более детальное исследование для уголовного права этих недостатков в представлении Фолянти и главных героев этого возрождения естественного права в нацистскую эпоху, даже если и не без пробелов (например, нацистская и послевоенная карьера Эдмунда Мезгера).

III. Был ли «поворот к естественному праву» у Г. Радбруха?

М. Фроммель подчеркивает, что у Густава Радбруха после 1945 г. «не было такого явления, как поворот к естественному праву», утверждение этого «бессмысленно». Однако его тексты периода после 1945 г. доказывают обратное: «Тот, кто способен обеспечить соблюдение закона, доказывает тем самым, что он призван устанавливать закон»⁶.

⁶ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., hrsg. von Erik Wolf, Stuttgart 1950, S. 179.

А также:

«Судья, который подчиняется толкованию и служению позитивному правовому порядку, не должен знать ничего другого, кроме как действующую юридическую доктрину, которая приравнивает чувство действительности, требование действительности к реальной действительности. Для судьи это профессиональная обязанность – исполнять действительную волю закона, жертвовать собственным правовым чувством ради авторитарного приказа, и только спрашивать, что есть законно, и никогда – справедливо ли это»⁷.

Оба высказывания совпадают с убеждением, которого придерживался в то время Имперский суд Германии, о неограниченном суверенитете законодателя в определении того, что есть право: «Законодательный орган – самовластный и не связан никакими ограничениями, кроме тех, которые он сам себе установил в конституции или других законах»⁸.

Заявления Радбруха после 1945 г. содержат явный отказ от этого безоговорочного признания правового позитивизма. Здесь достаточно сослаться на эти тексты. Именовать ли это «поворотом к естественному праву» – есть только вопрос формулировки. Сам Радбрух не сомневался в смене своих убеждений.

Этот вывод является важной отправной точкой для понимания и объяснения состояния немецкой юриспруденции и правосудия в послевоенный период. Поколение юристов, которые до 1933 г. безоговорочно посвятили себя позитивному праву, преобладавшему в Германии в XIX в., но которые с самого начала скептически относились к национал-социализму, после его провала было потрясено невиданными государственными преступлениями нацистского режима. Несомненно, что немецкая юриспруденция и правосудие со многими известными их представителями также несли за это ответственность.

В этой «философско-правовой ситуации на руинах» многие, кстати, включая и тех, кто активно участвовал в расово-этническом обновлении права, искали новую «правовую идею», новые базовые ценности. Они признавали необходимость «переломного момента» – фундаментального теоретико-правового нового начала в осознании гуманистических или христианских «высших принципов права» (Х. Коинг). В их числе были Эрих Кауфман, Густав Радбрух и многие другие.

Но уже скоро в области теории права и юридической методологии получили новую жизнь проверенные временем старые термины (понятия). «Конкретно-всеобщие понятия» Гегеля, которые К. Ларенц счел продуктивными для обновления права нацистского режима, продолжали использоваться. Также мышление в «конкретных порядках», из которого К. Шмитт извлек основные ценности, сформированные нацист-

⁷ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 182.

⁸ RGZ 118, 325 (327).

ской идеологией (этническое правовое мышление, расовая идеология и т. д.), после краха (режима) стало инструментом их «изобретателей» (Ларенца и Шмитта) и вызвало отклики в трудах известных в юридической литературе авторов⁹. Здесь становятся очевидными последствия «спирали молчания». Из-за коммуникативного замалчивания методических извращений права в период национал-социализма с целью защиты многих профессоров и судей, имеющих нацистское прошлое, долгое время оставался неосознанным беззаботно продолжающийся методический слепой путь в юриспруденции и правосудии, не в последнюю очередь – и в юридическом образовании.

Однако Ларенц под впечатлением возрастающей критики магической формулы «конкретно-всеобщего понятия» вернулся к скрытой естественно-правовой форме мышления. В 1931 году он написал: «Идеализм и христианство – самые глубокие ответы, которые немецкий дух нашел на последние вопросы»¹⁰.

В 1935 году содержание всех конкретно-всеобщих базовых понятий немецкого правопорядка следовало для него из национал-социалистической идеологии, что включало в себя, по его мнению, снижение правоспособности всех евреев в Германии. В 1967 году он увидел общепринятый «философски оправданный запрет» не ущемлять другого человека в его личности и его человеческом достоинстве». Во втором издании (1972) его учебника общей части ГК Германии сказано: «Личность человека и вместе с тем его правоспособность определяется позитивным правом».

Ларенц и Шмитт – это не единичные случаи. Многие юристы изменили свои убеждения из-за перемен в системе, некоторые – не единожды. Если они хотели остаться в своей профессии, это было целесообразно. Преобладающее мнение в юриспруденции и правосудии адаптировалось к мнению правящего класса. К.А. Эмге изложил это в «Философии юриспруденции» – своем (само)критичном произведении, созданном в конце жизни, в иронической притче: «Власть имущий стоит, улыбаясь, рядом с автоматом, из которого юрист после всевозможных манипуляций и после тщательного изучения инструкции по применению наконец вытаскивает конфеты, которые ранее туда вставил владелец автомата и кредитор – власть имущий»¹¹.

Эмге тем самым описывает драматический опыт нескольких поколений немецких юристов, а именно тот факт, что методически правильно

⁹ Zahlreiche Nachweise bei B. Rüthers, *Entartetes Recht*, 3. Aufl., München 1994, S. 59 ff., 76 ff., 88 ff., 180 ff., 197 ff.

¹⁰ Näher mit Nachweisen B. Rüthers, *Wir denken die Rechtsbegriffe um... / Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, Edition INTERFROM Zürich 1987, S. 62 ff., 74 ff.

¹¹ C.A. Emge, *Philosophie der Rechtswissenschaft*, Berlin 1961, S. 232.

осуществляемое применение права регулярно служит для реализации тех основополагающих ценностей, представлений о ценностях и мировоззрения, на которых основана соответствующая государственная система. Эта концепция нашла в 1961 г., т. е. еще в эпоху «коммуникативного замалчивания», не только ожидаемый, но и противоречивый отклик.

Но достаточно о «естественно-правовом повороте» в немецкой юридической науке после 1945 г. и его «сокращенном» воспоминании.

IV. «Рютерс хочет только толковать»?

Предложение М. Фроммель требует комментария:

«Разрешено ли судьям от имени “закона” говорить вместо законов? Рютерс исходил и исходит из того, что задача правосудия заключается не в создании нового права, а в толковании действующих законов»¹².

Источник и ссылка на это утверждение отсутствуют не случайно. Этого источника нет. В течение 50 лет я пытаюсь прояснить методические процессы, инструменты и стратегии многократного переосмысления унаследованных немецких правовых систем (1919/1933/1945/1949 и 1989 гг.) и сделать их полезными для подготовки юристов. В моем «Неограниченном толковании» и во многих других работах я подчеркивал, вопреки господствующей в то время доктрине, первостепенное значение судейского права. Нормативное воздействие вступивших в законную силу окончательных решений судов последних инстанций делает их «источниками права» для целых групп дел. Влияние судейского права на понятие права, учение об источниках права, методический вопрос и распределение власти в демократическом правовом государстве постоянно возрастает. Я пытался сделать это очевидным¹³. Точную противоположность приведенному выше высказыванию М. Фроммель можно найти во многих моих публикациях, например в 1–9-м изданиях моей «Теории права»¹⁴. Ввиду явно неверного тезиса г-жи Фроммель я упоминаю об этом без комментариев. Однако считаю необходимым, чтобы судейское право было признано и объявлено в качестве такового законодателями. Этого требует Основной Закон.

Судейское право есть и останется нашей судьбой¹⁵. Именно поэтому крайне важно, чтобы при применении права суды соблюдали закре-

¹² М. Frommel, Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit. JZ 19/2016, 913–914.

¹³ B. Rütters, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl. Tübingen 2016.

¹⁴ Zuletzt Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, Tübingen 2016, Rdnr. 696 ff. und passim.

¹⁵ F. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 (445).

пленный в Конституции «методический канон» (ст. 20 абз. 3 Основного Закона). К этому относятся следующие постулаты:

1. Существующие законы сначала должны быть истолкованы. Первым необходимым шагом должна быть попытка исследовать регулятивную цель законодателя.

2. Если правоприменители считают, что они должны развивать закон или заменить его своим собственным судебским нормотворчеством (“einlegen”), они должны огласить это и обосновать.

Строгое разграничение толкования закона и собственно судебного (политически-правового!) нормотворчества является конституционным требованием. Это обеспечивает рациональный контроль и проверяемость необходимого в правовом государстве разделения властей. Это препятствует тому, чтобы под неверно обозначенным мнимым «объективным толкованием закона» в действительности скрывалось судебское нормотворчество, а именно отклоняющееся от закона «вложение» непредусмотренных законом целей регулирования. Уголовное право (из-за действующего запрета аналогии), трудовое право и конституционное право предлагают особые стимулы и многочисленные примеры таких стратегий из-за низкой «плотности нормы».

V. «Юридические руины» послевоенного времени как памятники

Воспоминания о новом начале юридической науки, особенно философии права, в послевоенный период раскрывают причины и связи, которые сегодня все еще продолжают действовать. Это выходит за рамки юриспруденции и правосудия и относится ко многим дисциплинам и областям жизни. Так что они важны не только для современных свидетелей той эпохи. Прошлое (с его обломками!) – это то, что не проходит. Оно сознательно или неосознанно определяет наше мышление в настоящем и наши действия в будущем.

Военные события и послевоенный период оставили после себя в Германии не только несколько травмированных поколений юристов. Это относится ко всем возрастам и всем сферам жизни. Все были напуганы, и всем был причинен вред. Это также объясняет «спираль молчания», а именно вытеснение и забвение нацистской эпохи преступниками, часто также и жертвами. Нынешнее поколение едва ли может представить себе пустынные руины больших городов 1945 г., в которых мы жили и боролись с голодом. Никто в то время не мог вообразить материального, социального и политического возрождения «цветущих ландшафтов» и установления стабильной демократии в такой короткий срок. Это приводит к вопросу: почему мы должны помнить? Примо Леви сформулировал это так: «Это случилось, и, следовательно, это мо-

жет случиться снова. В этом заключается суть того, о чем мы должны говорить»¹⁶.

Информация об авторе / Information about the author

Рютерс Бернд, доктор юриспруденции, почетный доктор, современный немецкий теоретик права, профессор Констанцского университета (78457, Германия, г. Констанц).

Bernd Rüthers, PhD., Honored Doctor, Modern German Legal Theorist, Professor, University of Konstanz (Konstanz 78457, Germany).

¹⁶ Primo Levi, *Die Untergegangenen und die Geretteten*, München/Wien 1990, S. 205.