

ПРАВОСУДИЕ/ JUSTICE

Том 2, № 1. 2020 Vol. 2, no. 1. 2020

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. Новочерёмушкинская, д. 69

Тел.: +7(495) 332-51-49; +7(495) 332-51-19

69 Novocheryomushkinskaya St.,
Moscow 117418

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, современное 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 scientific journal “Pravosudie/Justice” publishes original, corresponding to advanced requirements, articles that explore the most important issues concerning both domestic and foreign jurisprudence and philosophy, such as rights, globalization and justice, modern legal thinking and legal doctrines, digitalization and law, justice, philosophy, philosophy of law, law and language.

For the purpose of an expert evaluation of each submitted to the editorial board material, a scientific review is carried out. All reviewers are top-ranked experts on the subject of peer-reviewed materials. Reviews are kept in the editorial office for five years. The editorial staff sends copies of reviews when a request from the Ministry of Science and Higher Education of Russian Federation is received.

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 19.03.2020

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 19.03.2020

Sheet size 70×100/16

Conventional printed sheets 18,2

Number of copies 300

Редакционная коллегия

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

Архипова Людмила Борисовна (г. Москва, Россия), кандидат юридических наук, 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

Кнейзик Лилианна (г. Зелёна-Гура, Польша), профессор, доктор, руководитель отдела истории философии Института философии Университета города Зелёна-Гура

Кеннет Эйнар Химма (г. Вашингтон, США), доктор, Вашингтонский университет

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

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

Оглеzneв 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

Editorial board

Viktor N. Kornev (Moscow, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Head of Constitutional Law Department named after N.V. Vitruk of Russian State University of Justice – Editor-in-Chief

Lyudmila B. Arkhipova (Moscow, Russia), Cand. Sci. (Law), Editor-in-Chief of “Rossiyskoye pravosudiye” (“Russian Justice”) journal

Tatiana G. Borodinova (Krasnodar, Russia), 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, Russia), 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

Lilianna Kiejzik (Zielona Góra, Poland), Professor, Head of History of Philosophy Division, Philosophy University of Zielona Góra

Einar H. Kenneth (Washington, USA), Dr. Sci., University of Washington

Lorenz Kaehler (Bremen, Germany), Dr. Sci. (Law), Professor Faculty of Law, University of Bremen

Pierre-Yves Monjal (Tours, France), Dr. Sci. (Public Law), Professor of Francois Rabelais University

Dragan K. Nikolić (Nis, Serbia), Dr. Sci. (Law), Professor, Head of History and Law Department of Law Faculty of State University

Vitaly V. Ogleznev (Tomsk, Russia), 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, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Head of Civil Law Department of Belgorod National Research University

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

ПРАВОСУДИЕ

Ершов В.В. «Судебное правотворчество»: pro et contra 7

ПРАВО И ГЛОБАЛИЗАЦИЯ

Андриченко Л.В., Плюгина И.В. Тенденции развития миграционного законодательства в условиях современных вызовов 36

Ловцов Д.А. Современная концепция комплексного «ИКС»-подхода к анализу и оптимизации правовых эргасистем 59

Ефремова М.А. Международно-правовые основы уголовно-правовой охраны информационной безопасности 82

СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ

Ershov V.V. Law in the Context of the Metamodern Paradigm 99

Палеха Р.Р. Интегративный подход в правопонимании: история зарождения идей и современное состояние 115

ЦИФРОВИЗАЦИЯ И ПРАВО

Арямов А.А., Руева Е.О., Чигак А.А. Цифровые права – новые горизонты или юридический тупик 131

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Оглезнев В.В. Проблема определения правовых понятий с «открытой текстурой» 150

ОТРАСЛИ И ИНСТИТУТЫ ПРАВА

Андрианов В.К. Квалификационные ошибки: природа, закономерности, виды, последствия 162

Рахманова Е.Н. Уголовно-правовое значение пожилого возраста лица, совершившего преступление 189

СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

Юань В.Л., Алексеева Т.А., Ахмедшин Р.Л. Выявление истероидной акцентуации у обвиняемого с помощью анализа его речи, поведения и биографии 207

JUSTICE

<i>V.V. Ershov. "Judicial Law-making": pro et contra</i>	7
--	---

LAW AND GLOBALISATION

<i>L.V. Andrichenko, I.V. Plyugina. Trends in the Development of Migration Legislation in the Context of Modern Challenges</i>	36
<i>D.A. Lovtsov. Modern Conception of Combined "ICS"-approach ("Information, Cybernetic and Synergetic") for Analysis and Optimization of Legal Ergasystems</i>	59
<i>M.A. Efremova. International Legal Basis of Criminal Law Protection of Information Security</i>	82

MODERN UNDERSTANDING OF LAW

<i>V.V. Ershov. Law in the Context of the Metamodern Paradigm</i>	99
<i>R.R. Palekha. Integrative Approach in Law Understanding: the History of the Origin of Ideas and the Current State</i>	115

DIGITALISATION AND LAW

<i>A.A. Aryamov, E.O. Rueva, A.A. Chigak. Digital Rights – New Horizons or a Legal Impasse</i>	131
--	-----

FILOSOPHY. FILOSOPHY OF LAW

<i>V.V. Ogleznev. The Problem of Definition of Legal Concepts with "Open Texture"</i>	150
---	-----

BRANCHES AND INSTITUTIONS OF THE LAW

<i>V.K. Andrianov. Qualification Errors: Nature, Patterns, Types, Consequences</i>	162
<i>E.N. Rakhmanova. Aging Offenders from the Standpoint of Criminal Law</i>	189

FORENSIC EXPERT EXAMINATION

<i>V.L. Yuan, T.A. Alekseeva, R.L. Akhmedshin. Identification of Hysterical Accentuation in the Accused by Analyzing his Speech, Behaviour and Biography</i>	207
--	-----

«Судебное правотворчество» – не только актуальная во все времена проблема теории права, но и вопрос современного правоприменения. Автор предлагаемой вниманию читателей статьи – Валентин Валентинович Ершов, ректор ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик Российской академии естественных наук представляет оба аспекта проблемы – в русле теории права на основе анализа большого числа работ зарубежных, советских и российских ученых и применительно к собственно «правотворчеству» органов судебной власти. С позиций концепции интегративного правопонимания дается оценка так называемому «судейскому праву», очевидно противоречащему принципу разделения властей, теоретически несостоятельному, а практически – контрпродуктивному. Кроме того, в публикуемой статье вводится в научный оборот ряд новых понятий и их определений в рассматриваемой сфере.

Приглашаем читателей к дискуссии по теме «судебное правотворчество» и обсуждению приведенных в статье суждений на страницах учреденных Российским государственным университетом правосудия научных журналов.

УДК 340

DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.7-35

«Судебное правотворчество»: pro et contra

В.В. Ершов*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия
evv@rsuj.ru*

Введение. В результате применения в научных исследованиях дескриптивного и объективно-телеологического методов изучения правовых явлений – их типс ряд зарубежных и российских ученых нередко лишь описывают действительно объективно существующие правовые явления, в том числе «судебное правотворчество».

Теоретические основы. Методы. В статье с позиции научно обоснованной концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой в системе права прежде всего

синтезируются только принципы и нормы права, содержащиеся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемые в государстве, сделан вывод о возможности выделения в специальной литературе двух видов «судебного правотворчества»: «умеренного» и «радикального».

Результаты исследования. «Умеренное судебное правотворчество», теоретически точнее – «судебное творчество неправа» или «судебное неправотворчество», допускается только за пределами закона, и его результаты не обязательны для других судов, поскольку созданная судом «норма» применима только *ex post*, лишь к конкретному спору и не является обязательной для других судов. По мнению автора статьи, данный результат «умеренного судебного правотворчества» теоретически более обоснованно рассматривать как вид неправа, «судебное творчество неправа» или «судебное неправотворчество» – как «позиции суда», обязательные только для участников индивидуального судебного процесса, выработанные в процессе рассмотрения и разрешения индивидуального спора в результате толкования принципов и норм права.

Обсуждение и заключение. Научные работники – сторонники «радикального» вида «судебного правотворчества» допускают выработку «судебных прецедентов права» «через закон, дальше закона и против закона» (*contra legem*). Как представляется автору статьи, данный вид «судебного правотворчества» основан на научно дискуссионной концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой в единой системе права синтезированы разнородные социальные явления – право и неправо (например, закон и индивидуальные судебные акты, в том числе содержащие и конкретные позиции суда). В научный оборот введены новые понятия и их определения. Автором сделан итоговый вывод: «радикальный» вид «судебного правотворчества» является теоретически дискуссионным, а практически – контрпродуктивным.

Ключевые слова: дескриптивный и объективно-телеологический методы исследования правовых явлений – *ex post*, пробелы в законе, пробелы в праве, юридический позитивизм, интегративное правопонимание, «судебное правотворчество», «судебное творчество неправа», «судебное неправотворчество», судебный активизм, эволютивное толкование права, буквальное толкование права, конкретизация права, «позиции суда», определенное право, определенная судебная практика, принципы права, нормы права

Для цитирования: Ершов В.В. «Судебное правотворчество»: *pro et contra* // Правосудие. 2020. Т. 2, № 1. С. 7–35. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.7-35

“Judicial Law-making”: *Pro et Contra*

Valentin V. Ershov*

** Russian State University of Justice, Moscow, Russia*

For correspondence: evv@rsuj.ru

Introduction. As a result of the application in scientific research of descriptive and objective-teleological methods of studying legal phenomena, a number of foreign and Russian scientists often describe only truly objectively existing legal phenomena, including “judicial law-making”.

Theoretical Basis. Methods. From the position of scientifically grounded concept of integrative legal understanding, according to which the system of law first of all synthesizes only the principles and norms of law contained in a single, multi-level and developing system of forms of national and international law, implemented in the state, the article concludes that it is possible to highlight two types of “judicial law-making” in the special literature: “moderate” and “radical” types of “judicial law-making”.

Results. “Moderate judicial law-making” is allowed only outside the law, its results are not binding on other courts, as the “norm” created by the court is only applicable *ex post*, only to a particular dispute and is not binding on other courts. In the opinion of the author of the article, this result of “moderate judicial law-making” is theoretically more reasonable to be considered as a kind

of wrong – as “court positions” obligatory only for participants of individual judicial process, developed in the process of consideration and resolution of individual dispute as a result of interpretation of principles and norms of law.

Discussion and Conclusion. Researchers – supporters of the “radical” type of “judicial law-making” allow the development of “judicial precedents of law” “through the law, beyond and against the law” (*contra legem*). It seems to the author that this type of “judicial lawmaking” is based on the scientific discussion concept of integrative legal understanding, according to which the heterogeneous social phenomena – right and wrong – are synthesized in the unified system of law (for example, law and individual judicial acts, including those containing specific positions of the court). New concepts and their definitions have been introduced into scientific circulation. The author concludes that the “radical” kind of “judicial law-making” is theoretically debatable, and practically counterproductive.

Keywords: descriptive and objective-teleological methods of investigation of the legal phenomena— *ex nunc*, gaps in law, judicial positivism, integrative legal understanding, “judicial lawmaking”, judicial activism, evolutive interpretation of law, literal interpretation of law, concretization of law, “court positions”, specific law, specific court practice, law principles, legal norms

For citation: Ershov, V.V., 2020. “Judicial law-making”: *pro et contra*. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 7–35. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.7-35

Введение

Многие зарубежные и российские научные работники, как представляется, применяя дескриптивный метод исследования правовых явлений, ограничиваются, к сожалению, лишь их описанием. В полной мере это относится также к анализу теоретических и практических проблем «судебного правотворчества», в скрытом или явном виде действительно распространенных в мире. Так, применяя объективно-телеологический метод толкования нормативных правовых актов, как правило, направленный преимущественно на поиск наиболее «справедливого» и «разумного» смысла законов, исследователи традиционно устанавливают в них значительное число пробелов. Исходя из идеи недопустимости отказа в правосудии и констатации судом объективного факта недостаточной оперативной работы законодательных органов, данные научные работники приходят, по их мнению, к обоснованному выводу о неизбежности и допустимости «судебного правотворчества», как минимум, в случаях установления судом пробелов в законах. Это приводит, как правило, к неопределенному праву и неопределенной судебной практике, бесконечным отменам судебных актов и длительному рассмотрению споров в судах. А главное, в результате – к нарушению прав и правовых интересов физических и юридических лиц.

Теоретические основы. Методы

Как представляется, сложившиеся правовые категории теоретически более обоснованно, а практически – продуктивно исследовать прежде всего в соответствии с основными типами правопонимания, устоявшимися в мире в целом, в том числе и в России. На мой взгляд, среди

таких типов правопонимания возможно выделять прежде всего юридический позитивизм и интегративное правопонимание. В свою очередь, интегративное правопонимание традиционно дифференцируется на два вида. Интегративное правопонимание, объединяющее разнородные социальные явления – право и неправо, а также интегративное правопонимание, синтезирующее только однородные социальные явления – право и право [Ершов, В.В., 2018, с. 82–108].

Категорию «неправо» (*unrecht*) с позиции философии права продуктивно и глубоко изучал Г. Гегель. Как обоснованно заметил Г.А. Гаджиев, к малоисследованным научными работниками аспектам философии права относится и «...реальность неправа наряду с пространством права» [Гаджиев, Г.А., 2013, с. 68]. Г. Гегель, анализируя категорию «неправо», подчеркивал: «Отрицание и есть неправо... **право... переходит в неправу в видимость, в противопоставление друг другу права в себе и особенной воли, в которой право в себе становится особенным правом**» (здесь и далее выделено мною. – В.Е.) [Гегель, Г.В.Ф., 1990, с. 137]. При таком философском подходе «неправо» становится «видимостью» «права», «особенным» «правом», «квазиправом», значительно отличающимся от действительного права. Увы, эти гениальные выводы Г. Гегеля не нашли должного внимания, а также необходимого развития в научных исследованиях в области права зарубежных и российских научных работников.

Как известно, понятие «позитивизм» производно от латинского «*jus positum*» – право, установленное органами государственной власти; право, выработанное победителем, как его образно называют некоторые авторы. Следовательно, по существу «все» право с позиции юридического позитивизма ограничивается только актами органов государственной власти. Джон Остин, в первой половине XIX в. одним из первых в систематическом виде разработавший теорию юридического позитивизма, разграничивал право «как оно есть» и право «каким оно должно быть». «Право как оно есть», по мнению Дж. Остина, это позитивное право, установленное человеческими властями (отсюда название – *posited, given its position*). Теорию права Дж. Остина традиционно называют «командной», поскольку право в его понимании – это команда суверена. Право, упрощенно понимал он, прямо или опосредованно происходит только от суверена. Все, происходящее не от суверена, не является правом. Таким образом, в лице Дж. Остина «...правовая теория... искала ключ к пониманию права в простой идее приказа, подкрепленной угрозами» [Hart, H.L.A., 1961; Харт, Г.Л.А., 2007, с. 213]. Такой подход по существу продолжил Г. Кельзен, полагавший, что «правовые нормы могут иметь любое содержание» [Kelsen, H., 2007, p. 113].

Юридический позитивизм, широко распространенный во всем мире, в том числе и в России, характеризующийся признанием того, что пра-

во есть прежде всего «законы», «законодательство», а точнее – нормативные правовые акты, принятые законодательскими и исполнительными органами государственной власти, а также иные акты, установленные судебными органами в современный период, на мой взгляд, теоретически неубедителен, а практически – недостаточно продуктивен. Реальная практика показала, что в действительности существует не один источник права, а различные источники и формы права как международного, так и национального [Ершов, В.В., 2018, с. 161–177]. Объективно постоянно возникающие в законодательстве пробелы и коллизии в необходимой степени не обеспечивают своевременную выработку определенного права, определенной и ожидаемой судебной практики, что не может не сказываться на эффективной защите прав и правовых интересов субъектов правоотношений. В то же время пробелы и коллизии в праве порождают бесконечные и, на мой взгляд, спорные дискуссии о практической необходимости «судебного правотворчества», судебного активизма и эволютивного толкования права судами.

Г. Харт выделял два основных направления критики юридического позитивизма. Общий смысл первого направления Г. Харт сводил к тому, что есть некоторые принципы поведения людей, с которыми должны совпадать законы для того, чтобы они имели юридическую силу [Харт, Г.Л.А., 2007, с. 74–77]. По этому пути пошел Р. Дворкин: «Принципом я называю такой стандарт, который следует соблюдать не потому, что он способствует изменению или сохранению некоторой экономической, политической или социальной ситуации, а потому, что **он выражает некоторые моральные требования, будь то требования справедливости, честности и т. д.**» [Дворкин, Р., 2004, с. 45].

Второе направление, которому следовал сам Г. Харт, сводилось к соединению юридической действительности и моральной ценности [Харт, Г.Л.А., 2007, с. 188]. Вместе с тем названные Г. Хартом направления критики юридического позитивизма, по-моему, весьма близки по существу. В доказательство данного вывода возможно привести, например, следующее размышление Г. Харта: «...названия действительно-го права должны быть лишены определенные правила, **вследствие их крайней моральной несправедливости**» [Харт, Г.Л.А., 2007, с. 188]. Полагаю, в действительности теоретические взгляды как Г. Харта, так и Р. Дворкина основаны на разнообразной интеграции разнородных социальных регуляторов права и неправа, например законов и справедливости.

В этой связи необходимо вновь вернуться к анализу категории «неправо». «В неправе, – гениально подчеркивал Г. Гегель, – явление движется к видимости. **Видимость есть наличное бытие, несоответственное сущности, пустое отделение и положенность сущности, так что в обеих различие выступает как разность**» [Гегель, Г.В.Ф.,

1990, с. 138]. Как убедительно считает В.А. Бачинин, «...Г. Гегель активно использовал категорию неправа, **обозначив ею особенную волю, демонстрирующую произвол и отдельность индивида от всеобщей воли и всеобщего права...**» [Бачинин, В.А., 2001, с. 14]. При таком убедительном философском подходе неправо характеризует «индивидуальную волю», «демонстрирующую произвол и отдельность индивида». Тогда как право, напротив, – «всеобщую волю» «всеобщего права».

На мой взгляд, право выражается прежде всего в принципах и нормах права, которые обязательны для неопределенного числа субъектов правоотношений, устанавливают их взаимосвязь и взаимозависимость в мире, а не «отдельность индивида от всеобщей воли и всеобщего права». При таком философском подходе интеграция различных социальных элементов – права и неправа в единой системе теоретически дискуссионна, а практически – контрпродуктивна.

«Видимость есть неистинное», – продолжает дискуссию Г. Гегель, – которое, желая быть для себя, исчезает, и в этом исчезновении сущность показала себя как сущность, т. е. как власть» [Гегель, Г.В.Ф., 1990, с. 138]. Это позволяет сделать следующий вывод: «неправо» есть «неистинное право», которое исторически должно постепенно исчезать, и в этом исчезновении действительное право очистится от «неправа», «неистинного права», проявив свои объективные и подлинные признаки права, отличные от характерных и специальных признаков «неправа». Тем самым, по Г. Гегелю, «сущность подвергла отрицанию свое отрицание и таким образом вышла укрепленной. Неправо есть такая видимость, посредством ее исчезновения право получает определение прочного и действующего... Если раньше право имело лишь непосредственное бытие, то теперь, возвратившись из своего отрицания, оно становится действительным, ибо действительность есть то, что действует и сохраняет себя в своем инобытии, тогда как непосредственное еще восприимчиво к отрицанию» [Гегель, Г.В.Ф., 1990, с. 138]. Следовательно, справедливо замечает В.А. Сокольников, «неправо необходимо, как и право, так как позволяет последнему укрепиться в социуме» [Сокольников, В.А., 2013, с. 72].

В связи с изложенными философскими аргументами считаю возможным сделать следующий вывод: право в процессе «очищения» от неправа выходит более укрепленным и определенным, поскольку в результате уточняются и разграничиваются объективные и несовпадающие признаки как права, так и неправа. Представляется, что право характеризуется главным образом большей степенью определенности, обязательности и принудительным исполнением. «Неправо» – меньшей степенью определенности, обязательности и исполнением не в принудительном порядке.

Таким образом, право, «возвратившись» из своего «отрицания неправа», «...становится действительным, ибо действительность есть

то, что действует и сохраняет себя в своем инобытии» [Гегель, Г.В.Ф., 1990, с. 138], т. е. более определенным, эффективным и продуктивным. В итоге Г. Гегель сделал великолепный вывод: **«Неправо есть видимость сущности, полагающая себя как самостоятельную»** [Гегель, Г.В.Ф., 1990, с. 138]. Это позволяет резюмировать: «неправо» не есть разновидность действительного права, а есть лишь видимость действительного права.

Отсюда различные социальные регуляторы общественных отношений, в том числе право и неправо, не следует научно отождествлять и синтезировать в единой системе. Думаю, теоретически убедительно, а практически продуктивно относить к неправу прежде всего многочисленные социальные регуляторы общественных отношений, опосредующие отношения, сложившиеся между как неопределенным, так и определенным числом его участников, характеризующиеся меньшей степенью определенности, социальной связи и взаимозависимости, а не «произволом» и «отдельностью» участников общественных отношений; необязательностью и непринудительным исполнением. К неправу второго вида можно отнести социальные регуляторы правоотношений, обеспечивающие в большей степени определенность, взаимосвязь и взаимозависимость, а не «произвол» и «отдельность» участников правоотношений.

Например, неправо первого вида – разнообразные социальные регуляторы общественных отношений, сложившиеся на практике между неопределенным числом их участников, – думаю, охватывает моральные и религиозные нормы, «мягкое» право, «квазиправо» и т. д. К неправу второго вида – многочисленным социальным регуляторам общественных отношений, установившимся между определенным числом участников, – полагаю, возможно отнести индивидуальные договоры, индивидуальные судебные акты, «судебные прецеденты права», «позиции суда» и т. д.

Кроме того, хотелось бы также присоединиться к следующему теоретически убедительному выводу А.Ф. Черданцева: «С позиции онтологии в понятие права мы не должны включать разноплановые явления (на мой взгляд, точнее – разнородные явления. – В.Е.). Хотя и в чем-то связанные между собой. В этой ситуации право лишается онтологической однородности, монолитности и становится явлением неопределенным» [Черданцев, А.Ф., 1999, с. 203].

Научно обоснованно, таким образом, включать в единую систему права только однородные элементы права и права. Длительное время с позиции юридического позитивизма к таковым относили лишь нормы права. Например, М.И. Байтин свою монографию, вышедшую уже в XXI в., назвал «Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков)» [Байтин, М.И., 2005]. А.Ф. Черданцев уже

в 2012 г. написал: «Норма права – первичный элемент права...» [Черданцев, А.Ф., 2012, с. 38].

А.М. Васильев и многие другие советские и российские специалисты в области общей теории права, думаю, теоретически недостаточно определенно и убедительно исследовали природу принципов права. Это позволило Т.Г. Гордиенко сделать обоснованный вывод: «Несмотря на свою теоретическую и практическую значимость, проблемы принципов права в современной правовой науке и учебной литературе по общей теории права и государства большой популярностью не пользуются» [Гордиенко, Т.Г., 2000, с. 39].

Само слово «принцип» в XVIII в. было заимствовано из французского и немецкого языков и восходит к латинскому *principium* – начало, основа¹. Этимологическое значение слова «принцип» – «основа», «начало», «основоположение», «руководящая идея», «основное правило поведения»². В древние времена подчеркивали: «Принцип есть важнейшая часть всего» (*principium est potissima pars cuiusque rei*). Аристотель понимал принцип в объективном смысле в виде первой величины – то, исходя из чего нечто существует или будет существовать³.

Важно подчеркнуть: в философском смысле «принцип – это теоретическое обобщение наиболее типичного, выражающего закономерности, положенное в основу чего-либо». Так, весьма характерно суждение Ф. Бэкона: **«Принцип – первичные и наиболее простые элементы, из которых образовалось все остальное»** [Бэкон, Ф., 1937, с. 22]. И. Кант гениально подчеркивал: «Принцип есть то, что содержит в себе основания всеобщей связи всего, что представляет собой феномен» [Кант, И., 1963, с. 340].

Принимая во внимание такие широко известные взгляды о принципах величайших философов мира, удивительными представляются мнения о принципах права многих российских юристов в XIX, XX и XXI вв. Так, Г.Ф. Шершеневич с позиции юридического позитивизма под принципами права понимал общую мысль, направление, вложенные законодателем сознательно или бессознательно в целый ряд юридических норм [Шершеневич, Г.Ф., 1907, с. 15]. Широкое распространение получила точка зрения Е.В. Васьковского, высказанная им без каких-либо необходимых теоретических аргументов: «Принципы права вообще и естественного в частности являются спорными... дело сведется к полному и бесконтрольному судебскому усмотрению, от которого недалеко и до произвола» [Васьковский, Е.В., 1997, с. 102].

¹ См., например: Большой этимологический словарь русского языка. М. : Прозерпина, 1994. С. 254.

² См., например: Прохоров А.М. Большой энциклопедический словарь. М. ; СПб. : БРЭ : Норинт, 1997. С. 60.

³ Логический словарь-справочник. М. : Наука, 1975. С. 477.

При таких взглядах большинства дореволюционных российских ученых-юристов удивительным и глубоким научным прозрением представляются два других мнения. Так, А.А. Тихомиров писал: «Должен же... чем-нибудь руководствоваться сам законодатель, давая или не давая личности права или определяя какие-либо действия как ее обязанность» [Тихомиров, А.А., 1998, с. 569]. Другой (еще более поразительный) пример – выводы Я.П. Козельского. В «Философических предложениях» Я.П. Козельского, направленных А.А. Вяземскому, председателю Уложенной комиссии, созданной Екатериной II в 1767 г., одной из задач которой было совершенствование законодательства, во-первых, было предложено дифференцировать термины «закон» и «право». Во-вторых, Я.П. Козельский принципы права определял как **«нечто неизменное, справедливое и всеобщее, с тем, чтобы издаваемые в государстве “употребительные законы” всегда им соответствовали»** [Козельский, Я.П., 1959, с. 353–354]⁴. С одной стороны, неудивительно, что в далеком XVIII в. Я.П. Козельский не смог определить природу принципов права, относя их к неопределенному «нечто». Вместе с тем Я.П. Козельский по существу установил соотношение принципов и норм права: принципы права есть всеобщее, а издаваемые в государстве законы должны им соответствовать. Тем самым он провозгласил приоритет принципов права.

Е.А. Лукашева в 1970 г., в числе первых в СССР сделавшая теоретически недостаточный, но все же шаг вперед, определяла принципы права не как «идеи», а в качестве объективно обусловленных начал, «...в соответствии с которыми строится система права» [Лукашева, Е.А., 1970, с. 21]. В той же статье далее Е.А. Лукашева отошла от этого положения: **«...начала, идеи и являются принципами права»** [Лукашева, Е.А., 1970, с. 22]. С.С. Алексеев в 1972 г. по существу повторил выводы Е.А. Лукашевой: принцип права – это «...выраженные в праве **исходные нормативно-руководящие начала, характеризующие его содержание, его основы, закрепленные в нем закономерности общественной жизни. Принципы – это то, что пронизывает право, выявляет его содержание в виде исходных, сквозных “идей”, главных начал, нормативно-руководящих положений**» [Алексеев, С.С., 1972, с. 102]. В последующих научных работах С.С. Алексеев лишь неустанно повторял: «Принципы права... это... идеи... содержащиеся в нормах» [Алексеев, С.С., 1989, с. 232].

Многие советские и российские научные работники во второй половине XX в. и в начале XXI в. практически лишь воспроизводили выводы Е.А. Лукашевой и С.С. Алексеева⁵. Так, в защищенной А.В. Коновало-

⁴ См. также: [Золотухина, Н.М., 2018, с. 241–242].

⁵ См. более подробно: [Ершов, В.В., 2018, с. 259–309].

вым диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук на тему «Принципы гражданского права...», полагаю, теоретически неубедительно принципы права определяются **«...как объективные, универсальные, глобальные идеи о наиболее эффективной организации правового аспекта общественного устройства, отражающие объективные свойства природы людей и объективные закономерности социального взаимодействия...»** [Коновалов, А.В., 2019, с. 56].

Завершая анализ национальной специальной литературы о принципах права, приведу разделяемый мною вывод А.Ф. Воронова: «...в российской правовой науке, а также в законодательной и правоприменительной деятельности намечается отношение... описываемое формулой “царствуют, но не правят”. Перед принципами формально преклоняются, их уважают, о них пишут книги, их выносят в первые главы и разделы законов, в частности, кодексов, но когда речь заходит о конкретной законотворческой или правоприменительной работе, то зачастую о них забывают или их игнорируют в угоду сиюминутной политической, неправильно понятой профессиональной или иной “целесообразности”» [Воронов, А.Ф., 2009, с. 5].

В связи с ограниченным объемом статьи приведу оценки природы принципов права лишь некоторых зарубежных научных работников. Так, Г. Брэбан считал, думаю, дискуссионно, эквивалентом общих принципов права «...естественное право справедливости» [Брэбан, Г., 1988, с. 175]. Более детальный анализ позиций зарубежных научных работников изложен в моей монографии [Ершов, В.В., 2018, с. 255–323].

Результаты исследования

Далее хотелось бы исследовать собственно проблемы судебного право творчества. Принимая во внимание заданный объем статьи, вынужден ограничиться анализом лишь наиболее ярких публикаций, на мой взгляд, наиболее характерных в этой области научных исследований на рубеже XIX–XX вв. и во второй половине XX в. прежде всего в Германии, Австрии, Франции и США⁶.

В конце XIX в. в Германии господствовало пандектное учение о праве, сущность которого сводилась к осмыслению немецкими учеными римского права. Если глоссаторы стремились понять смысл римского права, то постглоссаторы приспособливали римское право к новым, современным им условиям, пытались дедуктивно дать ответы на вновь возникшие вопросы.

⁶ Более детально данная проблема исследована в моей монографии [Ершов, В.В., 2018, с. 457–498].

Рудольф фон Йеринг во второй половине XX в. представил критический анализ пандектного учения в работе «Цель в праве». По мнению Р. Йеринга, основную роль в правовом анализе должна играть оценка той цели, которую имеет норма права. «Цель, – писал Р. Йеринг, – есть творческая сила всего права», «нет правового положения, которое не было бы обязано своим происхождением какой-либо цели» [Йеринг, Р., 2006, с. 90]. Этот автор, к сожалению, мало внимания уделил собственно проблемам судебного правотворчества, однако такой постановкой вопроса начал дискуссию о праве.

Оскар Бюлов в статье «Законодательство и судебная функция», опубликованной в 1885 г., сформулировал весьма спорный вывод о том, что «законодательство... вообще не является полноценным источником права»; суды возводят здание права. Отсюда право – результат совместной работы законодателя и судов [Bülow, O., 1995, p. 71 ff]. Более того, О. Бюлов сделал и более радикальный вывод: допускал толкование *contra legem* (противоречащее закону).

Другой известный немецкий ученый Йозеф Колер в конце XIX в. поддерживал объективно-телеологическое толкование закона – *ex nunc*, направленное на поиск смысла закона, который будет наиболее разумным и справедливым в условиях времени применения закона [Herget, J.E. and Wallace, S., 1987, p. 408]. Необходимо специально отметить: О. Бюлов и Й. Колер исследовали умеренный вид «судебного правотворчества», имеющий значение только для рассматриваемого спора [Колер, Й., 2006, с. 49]. Р. Цительман же предлагал в 1889 г. признавать обязывающую роль судебной практики для обеспечения равной для всех справедливости и защиты участников оборота [Dawson, J.P., 1968, p. 443].

Евгений Эрлих, широко известный австрийский профессор, развивая учения доктрины Р. Йеринга, О. Бюлова, Й. Колера и других немецких ученых, в начале XX в. акцентировал внимание на «живом» праве, полагая, что «писаное» право не всегда соответствует реальным запросам [Erllich, E., 1917, pp. 47–58, 60]. В связи с новыми социальными реалиями «писаное» право должно применяться, по мнению Е. Эрлиха, в духе нового времени [Erllich, E., 2002, p. 174]. В результате Е. Эрлих, с одной стороны, выступал за «свободное судебное правотворчество», называя его «свободным нахождением права» [Herget, J.E. and Wallace, S., 1987, p. 410]. С другой стороны, Е. Эрлих признавал необходимость ограничения судебного правотворчества, которое, по его мнению, должно быть в «гармонии» с принципами действующего права и правовой науки. Суд может развивать право, но, подчеркивал ученый, только в рамках основ действующего правопорядка, не сотрясая и не заменяя его [Erllich, E., 2002, p. 340]. Принимая во внимание изложенные теоретические выводы, в случаях выработки норм права в «гармонии»

с принципами права (теоретически точнее, на мой взгляд, – в порядке конкретизации принципов права) Е. Эрлиха уже нельзя назвать действительным и безусловным сторонником «свободного судебного правосудия», радикального вида «судебного правотворчества».

Герман Канторович под псевдонимом Гнэуса Флавия в работе «Борьба за правовую науку» [Gnaeus Flavius, 1906] обобщил дискуссии в науке относительно немецкого права на рубеже XIX–XX вв. В этом труде приводится выработанное понятие «движение за свободное право», по существу совпадавшее с понятием Е. Эрлиха «свободное нахождение права». Общий смысл «движения за свободное право» состоял в защите более свободного «судебного правотворчества» и объективно-телеологического метода толкования законов. Объективно-телеологическое толкование законов – *ex nunc*, по Г. Канторовичу, выражалось в понимании законов с учетом видения современных оптимальных целей законодательного регулирования общественных отношений. В то же время в 1911 г. Г. Канторович уточнил: свободное «судебное правотворчество» не может осуществляться *contra legem* (вопреки закону) [Curran, V.G., 2001, p. 163].

Густав Радбрух также выступал за объективно-телеологическое толкование законов *ex nunc* [Радбрух, Г., 1915, с. 123–124]. В частности, Г. Радбрух исследовал противоречащие, по его мнению, друг другу элементы: принципы разделения властей, правила недопустимости отказа в правосудии и факт неизбежной пробельности в позитивном праве. В этих случаях, считал ученый, принцип разделения властей должен уступить место непререкаемому правилу о недопустимости отказа в правосудии [Радбрух, Г., 1915, с. 67–68].

В то же время в соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания, синтезирующей принципы и нормы права, содержащиеся во всех формах национального и международного права (а не только в форме национальных нормативных правовых актов, что было характерно для юридического позитивизма), пробела в праве, как правило, нет. Пробел в праве – мнимый. При таком теоретическом подходе вопрос о необходимости отказа в правосудии не возникает. Следовательно, при наличии принципов права, регулирующих правоотношения, нет оснований отказывать в правосудии. Принципы права могут быть самостоятельными правовыми основаниями вынесения судебных актов. Вместе с тем, по мнению Г. Радбруха, судья, сталкиваясь с пробелами в законе, может вынести решение, исходя из субъективного понимания целей права [Радбрух, Г., 1915, с. 124–125]. Главная из этих целей – справедливость. Вторая – целесообразность. Третья – стабильность и предсказуемость права. Эти три принципа, как полагает Г. Радбрух, лежат в основе права [Радбрух, Г., 2004, с. 86–91]. На мой взгляд, во-первых, справедливость, целесообразность, стабильность и предсказуемость не являются принципами права. Во-вторых,

на практике применение судами названных «принципов права» может привести к неопределенной судебной практике⁷.

Ф. Хек выступал лидером доктрины «юриспруденции интересов». Развивая выводы Р. Йеринга, он полагал, что в основе права покоится защита конкурентных социальных интересов [Hesk, P., 1948]. Вместе с тем Ф. Хек полагал: вырабатываемые судами нормы в случаях пробела применяются ими *ex post* к конкретному спору и не становятся обязательными для будущих аналогичных споров как нормы законов. В этих случаях в соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания, на мой взгляд, речь следует вести о толковании и применении судом принципов и норм права, содержащихся в иных формах национального или международного права, поскольку пробельные зоны установлены лишь в «законодательстве».

Анализируя проблемы «судебного правотворчества», невозможно оставить без внимания «чистое учение о праве» Ганса Кельзена, в котором система права была основана на аналитическом позитивизме [Кудрявцев, В.Н. и Разумович, Н.Н., ред., 1987]. По Г. Кельзену, любое решение, вынесенное судом на основе более общей нормы закона, создает новую норму. Индивидуальные нормы, создаваемые судом *ad hoc* применительно к каждому конкретному спору, развивающие более общие нормы, содержащиеся в «законодательстве», как считал Г. Кельзен, являются самым низким звеном в нормативной иерархии. Следовательно, Г. Кельзен по существу не различал правотворческую и правоприменительную деятельность. При таком подходе позитивное «право» является, конечно же, беспробельным [Kelsen, H., 1990, pp. 132–134]. Однако, разграничивая правотворческую и правоприменительную деятельность, возможно сформулировать совершенно иной вывод: «выработка» судом индивидуальных «норм права» теоретически дискуссионна, а практически – контрпродуктивна. Более того, к сожалению, Г. Кельзен считал, что индивидуальное «судебное правотворчество» может изменить или отвергнуть любую норму закона [Kelsen, H., 1990, p. 135].

Во Франции на первом этапе в принятом в 1804 г. Гражданском кодексе была закреплена ст. 5, согласно которой судам было категорически запрещено создавать нормы общего характера. С целью предотвращения свободного толкования законов при законодательном органе Франции был учрежден Кассационный Трибунал (в дальнейшем – Кассационный Суд). Кассационный Трибунал при законодательном органе Франции должен был отвечать на запросы судов, обращенные к законодателю. Однако на практике работа Кассационного Трибунала оказалась неэффективной [Merryman, J.H. and Pérez-Perdomo, R., 2007, p. 40]. Возможно, по этой причине в Гражданский кодекс Франции

⁷ См. более подробно: [Ершов, В.В., 2018, с. 255–309].

(ГКФ) была введена ст. 4, запрещающая отказывать в правосудии под предлогом отсутствия применимой законодательной нормы.

На мой взгляд, в результате появления в ГК Франции ст. 4 пробелы в Кодексе, возникающие по объективным и субъективным причинам, в судебной практике могли быть разрешены как минимум двумя путями. Первый путь – научно обоснованный переход от юридического позитивизма к интегративному правопониманию, в соответствии с которым суды могли бы применять принципы и нормы права, содержащиеся во всех формах как французского, так и международного права. Второй путь – научно дискуссионный, характеризующийся интеграцией права и неправа, в том числе ГК Франции и «судебного правотворчества». В итоге Кассационный Трибунал был реорганизован в Кассационный Суд, возглавивший процесс «судебного правотворчества». Таким образом, судебная практика, к сожалению, пошла по второму пути.

В 1899 году была опубликована работа Франсуа Жени «Метод толкования источников позитивного частного права». Признавая имманентную пробельность позитивного права, Ф. Жени [Gény, F., 1954, pp. 78–79] считал возможным в «научном поиске права» учитывать «политику права» с учетом современных моральных и экономических ценностных предпосылок, а также целей права. Причем базовыми объективными целями, по мнению Ф. Жени, являются справедливость и социальная польза. В этой связи Ф. Жени выдвинул лозунг: «Через Гражданский кодекс, но дальше его». Возражая оппонентам, упрекавшим его в нарушении концепции разделения властей, Ф. Жени отвечал: не нужно возводить принцип разделения властей в абсолют, поскольку он допускал свободное «судебное правотворчество» только в пробельных зонах позитивного права [Gény, F., 1954, pp. 144, 151, 361–363, 457]. Более того, созданная судом «норма», по Ф. Жени, применима *ex post* только к конкретному спору и не является обязательной для последующих судебных процессов. Как представляется, в этих выводах Ф. Жени по существу исходил из доктрины разделения властей [Gény, F., 1954, pp. 325–327]. Следовательно, Ф. Жени не был сторонником радикального вида «судебного правотворчества». Исходя из объективно-телеологического толкования права – *ex nunc*, учитывающего современные реальности и потребности общества, Ф. Жени, во-первых, допускал, по моей терминологии, умеренное «судебное правотворчество» только за пределами закона и, во-вторых, не считал его результаты обязательными для других судов. Следовательно, по существу Ф. Жени признавал: суд в результате толкования права вырабатывает не «нормы» права, а «позиции суда», которые другими судами могут лишь учитываться в силу их убедительности и обоснованности.

Сторонником радикального вида «судебного правотворчества» был Раймон Салейль, который перефразировал основной лозунг Ф. Жени и

вместо «Через Гражданский кодекс, но дальше его» предложил другой – «Дальше Гражданского кодекса, но через него». Р. Салейль допускал такое судебное толкование в отрыве от воли исторического законодателя, которое учитывает потребности изменяющегося времени; подвергал остракизму толкование судами воли законодателя, прикрывающее активное и реальное «судебное правотворчество» [Saleilles, R., 1954].

В США движению правового реализма прежде всего были посвящены работы О. Холмса, Дж. Грея, Р. Паунда и Б. Кардозо. Так, в США с именем О. Холмса связано становление новой правовой парадигмы – прагматической юриспруденции, доминирующей и в настоящее время. Судья О. Холмс призывал к признанию реальности того, что суды участвуют в правотворчестве и осуществляют его, учитывая анализ политики права [Tushnet, M., 1977, p. 1017]. В своей знаменитой работе «Общее право» О. Холмс писал: «Право живет посредством опыта, а не логики. Насущные потребности времени, превалирующие моральные и политические теории, интуиции в области общественной политики, осознанные или бессознательные, даже предрассудки, которые свойственны судьям, как и любым гражданам, имеют при выборе правовых норм, регулирующих поведение людей, куда большее значение, чем силлогизм. Право отражает историю национального развития в течение многих веков...» [Цит. по: Kellogg, F.R., 2007, p. 121]. В решении по делу Southern Pacific Cov. Jensen (1917) О. Холмс уточнил свою позицию: право США не представляет собой закрытую систему существующих прецедентов, суды творят и меняют право, будучи основным правотворцем в американской правовой системе [Duxbury, N., 1997, p. 48]. Однако О. Холмс также не был сторонником радикального вида «судебного правотворчества», считая, что оценка и переоценка политики права не является основной задачей суда. Холмс писал: «...было бы нежелательно, если бы судьи должны были заниматься обновлением права. Это не их функция» [Цит. по: Grey, T.C., 1989, p. 835].

В 1909 году профессор Гарвардской школы права Дж. Грей опубликовал работу «О природе и источниках права», в которой пришел к выводу: «Что решают суды, то и есть право, поскольку в результате толкования неоднозначного текста закона они вырабатывают позицию законодателя, они сами законодательствуют» [Gray, J.C., 1948, pp. 84, 173]. Далее Дж. Грей внес существенное и противоречивое дополнение: и прецеденты не являются правом, так как допускают определенную свободу судебского усмотрения [Gray, J.C., 1948, p. 125]. Дж. Грей, на мой взгляд, с позиций дискуссионной концепции интеграции права и неправа, разнородных социальных регуляторов общественных отношений, синтезировал в единую систему права нормы закона, судебные прецеденты, принципы морали, научные доктрины и т. д. [Gray, J.C., 1948, pp. 123–124, 307–308]. Более того, Дж. Грей предложил неубеди-

тельную иерархию источников права, в которой поставил в один ряд разнородные социальные регуляторы – законы, затем прецеденты, научные доктрины и обычаи. В случае невозможности применять названные источники он предлагал применить принципы морали [Gray, J.C., 1948, pp. 288–289, 302]. Последний вывод Дж. Грея еще больше убеждает в том, что его доводы основаны на дискуссионной концепции интегративного правопонимания, в соответствии с которой в единой системе права теоретически неубедительно синтезируются разнородные социальные элементы – право и неправо.

Роско Паунд, декан Гарвардской школы права, стал известен в 1908 г. после публикации статьи «Механическая юриспруденция» [Pound, R., 1908, p. 605 ff]. В концепции, разработанной Р. Паундом, исследовались публичные и частные интересы, баланс между ними. Такой подход к праву Р. Паунд называл «социологической юриспруденцией», или «правовым прагматизмом» [Pound, R., 1908, p. 609 ff]. Р. Паунд предполагал: динамическое развитие права не может осуществляться без «судебного правотворчества». По мнению Р. Паунда, принцип разделения властей означает лишь, что для судов правотворчество не является основной функцией и носит вынужденный и вторичный характер. Суды лишь дополняют и изменяют нормы закона [Pound, R., 1922, p. 105]. В то же время реальная практика выработки и применения прецедентов не позволяет разделить следующий вывод Р. Паунда: «Основная причина успеха доктрины прецедентов как источника права состоит в том, что она, как никакая другая доктрина, сочетает в себе определенность права и его способность к развитию» [Pound, R., 1921, p. 182]. Думаю, теоретически более убедителен, а практически – реалистичен другой вывод: многочисленные проблемы применения «судебных прецедентов» на практике нередко приводят к неопределенному праву и неопределенной судебной практике⁸. В то же время хотелось бы отметить, что Р. Паунд выступал против радикального вида «судебного правотворчества» и не соглашался с авторами, выступавшими за полное лишение судей такой прерогативы.

Судья Верховного Суда США Бенджамин Кардозо имел взгляды, близкие с Р. Паундом. Наиболее известная книга Б. Кардозо «Природа судебного процесса» опубликована в 1921 г. Б. Кардозо вслед за О. Холмсом и Р. Паундом рассматривал судебную функцию прежде всего как достижение содержательной рациональности – справедливости и общественной пользы [Cardozo, B.N., 1921].

Заканчивая короткий анализ позиций сторонников судебного правотворчества, нельзя оставить без внимания работы К. Левеллина – в 30–40-е гг. нового лидера движения, поддерживавшего «судебное пра-

⁸ См. более подробно: [Ершов, В.В., 2018, с. 457–498].

вотворчество» в США. В 1930 году К. Ллевеллин высказывал следующее мнение: право представляет собой то, как реально судьи и иные государственные чиновники ведут себя в отношении споров [Llewellyn, K.N., 1996, р. 3]. В отличие от предсказательной теории О. Холмса К. Ллевеллин утверждал: не предсказание судебных решений, а сами судебные решения суть права [Green, M.S., 2005, р. 1928]. Более того, К. Ллевеллин подчеркивал: нет такого прецедента, который суд не мог бы при сильном желании проигнорировать [Llewellyn, K.N., 1996, р. 180]. Эта позиция представляется неубедительной, не подкрепленной должными аргументами.

Отстаиваю следующий тезис: поскольку право – это равная мера для всех, постольку как право, так и судебная практика должны стремиться к определенности. Следовательно, к стабильности и ожидаемости правоотношений, т. е. всех жизненных процессов. В соответствии с теоретически дискуссионным, на мой взгляд, объективно-телеологическим методом толкования права – *ex nunc*, следуя которому в процессах толкования права необходимо учитывать современные реальности и потребности общества, Европейский Суд по правам человека в своей реальной практике придерживается концепции эволютивного толкования права. Так, Европейский Суд по правам человека неоднократно выражал следующую позицию: «Конвенция не является застывшим правовым актом, она открыта для толкования в свете сегодняшнего дня»; «предмет и цель Конвенции как правового акта, обеспечивающего защиту прав человека, требует, чтобы ее нормы толковались и применялись таким образом, чтобы сделать ее гарантии эффективными и реальными» [Цит. по: Туманов, В.А., 2001, с. 90–91]. С этих же теоретических позиций Г.Н. Риксдаля, Председатель Европейского Суда в отставке, 1 ноября 1998 г. заявил: Европейская Конвенция о правах человека должна толковаться и применяться как живой инструмент, следуя за развитием наших обществ и не обязательно согласно намерениям «отцов-основателей» в 1950 г. Представляется весьма характерной оговорка Г.Н. Риксдаля: сразу же добавляю и настаиваю на том, что «...эволютивное толкование, следуя за развитием наших обществ, **не должно стать судебным активизмом...**»⁹.

На мой взгляд, именно применение объективно-телеологического метода толкования права – *ex nunc* в результате и приводит к судебному активизму¹⁰. Весьма показательным в связи с этим является также вывод П.-И. Монжаля, профессора французского Университета Франсуа Рабле, о практике Европейского Суда по правам человека в отношении Конвенции: «...неожиданный поворот в деятельности, характеризую-

⁹ Перевод речи Г.Н. Риксдаля см.: Государство и право. 1999. № 7. С. 57–62.

¹⁰ См. более подробно: [Ершов, В.В., 2018, с. 477–498].

щийся проявлением пренебрежения к суверенитету государств-участников... **конвенциональная техника толкования в строгом соответствии с общей теорией права может состоять лишь в буквальном уяснении Европейским Судом по правам человека точного смысла Конвенции и соответствующем ее разъяснении...** Есть три особых мнения судей в отношении этого способа действий Европейского Суда по правам человека, **во многом основанные на практике Международного Суда ООН (Гаага) в этой области, который, в отличие от Страсбургского Суда, располагает правовой базой** (прежде всего международными обычаями права. – В.Е.) **для принятия временных мер. Судьи, написавшие особое мнение, утверждают, что Страсбургский Суд тем самым расширил свою компетенцию путем правотворческого, а не судебного действия»** [Монжаль, П.-И., 2015, с. 44].

В России один из наиболее активных сторонников «судебного правотворчества» – П.А. Гук, защитивший в 2012 г. диссертацию «Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ» на соискание ученой степени доктора юридических наук. В автореферате диссертации П.А. Гук сформулировал, на мой взгляд, теоретически весьма неубедительный вывод: «Судебный прецедент – это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному делу, вынесенное в рамках... юридической процедуры (судопроизводства), содержащее нормативно-правовое положение (судебную норму), опубликованное в официальных сборниках и обладающее императивностью применения для аналогичных дел в будущем» [Гук, П.А., 2012, с. 12]. А так ли это?

Во-первых, в России «высшим органом судебной власти по конкретному делу» является Президиум Верховного Суда Российской Федерации. В соответствии, например, с ч. 4 ст. 391.12 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации **«указания Президиума Верховного Суда Российской Федерации являются обязательными» только «для суда, вновь рассматривающего дело»**. Во-вторых, Верховный Суд Российской Федерации с целью выработки единой судебной практики в России принимает также постановления Пленума (ст. 126 Конституции Российской Федерации). Согласно п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» «при установлении противоречий между нормами права, подлежащими применению при рассмотрении и разрешении дела, **судам необходимо учитывать разъяснения Пленума Верховного Суда Российской Федерации...**»¹¹. В-третьих, понятие «нормативно-правовое положение» носит с позиций теории права не-

¹¹ Российская газета. 2003. 26 дек.

определенный характер. В действительности в праве содержатся прежде всего принципы и нормы права. В-четвертых, по существу в России суды всех уровней при рассмотрении конкретных дел вырабатывают не «судебные прецеденты права», а «позиции суда» – точки зрения, мнения суда по каким-либо вопросам, связанным с их компетенцией, по своей природе относящиеся к разновидности неправа (*unrecht*). «Позиции суда» прежде всего вырабатываются как в процессах рассмотрения индивидуальных споров и принятия судебных актов, отправления правосудия, так и в результате деятельности судов, не связанной с отправлением правосудия. Примером тому служит принятие постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации¹².

Весьма характерным представляется также прежний и современный опыт Англии. В специальной литературе Англия традиционно рассматривается в качестве государства, в котором «судебные прецеденты» преимущественно являются «источниками права». В процессе более глубокого рассмотрения форм национального английского права такой вывод, на мой взгляд, является спорным. «Судебное правотворчество» и разделение властей – темы, взаимосвязанные самым непосредственным образом. Весьма показательно изменение подходов английских научных работников к проблеме разделения властей. Например, Н. Барбер пишет: «Мнения менялись кардинально – от почти повсеместного скептицизма, характерного 1960–1970 гг., относительно применимости примера РВ (разделения властей. – В.Е.) до преобладающей точки зрения современных авторов, согласно которой данный принцип на самом деле имеет непосредственное отношение к Конституции страны» [Барбер, Н., 2012, с. 4]. Принцип разделения властей убедительно признается им как общий принцип конституционализма, применимый ко всем конституциям и во все времена [Barber, N., 2001, p. 59]. Э. Бэрндт в работе «Разделение властей и конституционное правление» (1995) мотивированно писал: задача принципа разделения властей – защита свободы индивида, поскольку разделение властей становится препятствием на пути тирании и деспотии со стороны государства [Barendt, E., 1995, pp. 605–606].

Полагаю, убедительным правовым подтверждением сделанных выводов является отмена судебной функции Палаты лордов и создание в Англии Верховного Суда в соответствии с Актом о конституционной реформе 2005 г. В этой связи Н. Барбер аргументированно констатировал: принцип разделения властей, «...ранее с порога отвергавшийся и почти не обсуждавшийся в научной и юридической сфере, постепенно занял свое место в британских исследованиях по конституционному праву. **В настоящее время он воспринимается как принцип, лежащий в основе Конституции...**» [Барбер, Н., 2012, с. 17].

¹² См. более подробно: [Ершов, В.В., 2018, с. 432–445].

При таком теоретическом подходе представляется обоснованным и характерный вывод И.Ю. Богдановской: «Можно выделить три этапа эволюции судебного прецедента... Первый – этап формирования как источника английского права – занял несколько столетий (с XI по XIX в.). Второй: в XIX в. принцип *stare decisis* окончательно утвердил судебный прецедент как источник права. **Третий этап эволюции прецедентного права (со второй половины XX в.) обусловлен развитием статутного права и прецедентов толкования**» [Богдановская, И.Ю., 2012, с. 16]. В итоге И.Ю. Богдановская убедительно резюмирует: «Судебный прецедент, сыграв историческую роль в формировании и развитии правовых систем “общего права”, постепенно меняет свое положение в системе источников» [Богдановская, И.Ю., 2012, с. 26]. Представляется необходимым лишь уточнить тезис И.Ю. Богдановской «...постепенно меняет свое положение в системе источников». Полагаю, теоретически точнее сделать другой вывод: «судебный прецедент права» постепенно преобразуется в один из видов неправа – «позицию суда», обязательную только для участников данного спора, вырабатываемую прежде всего в процессе рассмотрения и разрешения судами индивидуальных споров в результате толкования принципов и норм права¹³.

Обсуждение и заключение

Приведенные общенаучные, философские, теоретические, правовые и практические аргументы позволяют сделать несколько выводов. Предлагаю:

1. Относить к неправу социальные регуляторы общественных отношений, сложившиеся между неопределенным либо определенным числом их субъектов, характеризующиеся необязательностью, непринудительным исполнением, меньшей степенью социальной связи и взаимозависимости, а не «произволом» и «отдельностью» субъектов общественных отношений.

2. Классифицировать два вида неправа. Неправо первого вида – социальные регуляторы общественных отношений, сложившиеся между неопределенным числом их субъектов, например моральные и религиозные нормы, «мягкое» право, «квазиправо» и т. д.

Неправо второго вида – социальные регуляторы общественных отношений, устанавливающиеся между определенным числом их субъектов, в частности индивидуальные договоры, индивидуальные судебные акты, «позиции суда» и т. д.

3. Не интегрировать в единой системе права как принципы и нормы права, так и принципы и нормы неправа.

¹³ См. более подробно: [Ершов, В.В., 2018, с. 82–136, 161–177, 383–498].

4. Выделять из социальных регуляторов общественных отношений правовые регуляторы правоотношений, характеризующиеся обязательностью, принудительным исполнением, большей степенью взаимосвязи и взаимозависимости.

5. В соответствии с научно обоснованной концепцией интегративного правопонимания относить к праву только однородные социальные явления – прежде всего принципы и нормы права, реализуемые в государстве, содержащиеся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права.

6. В качестве первичных элементов системы права рассматривать принципы права – основополагающие регуляторы правоотношений, системообразующие, выражающие закономерности и обобщающие наиболее типичное в ее иных элементах, прежде всего в нормах права.

7. Дифференцировать два вида «судебного правотворчества» – «умеренный» и «радикальный». По существу «умеренный» вид «судебного правотворчества» многочисленными научными работниками (в частности, Ф. Жени) ограничивался, во-первых, его допущением только за пределами закона; во-вторых, обязательностью его результатов лишь для участников данного процесса, в конкретном рассматриваемом случае, – *ex post*.

8. «Умеренный» вид «судебного правотворчества» теоретически более обоснованно рассматривать в качестве одной из разновидностей неправа (*unrecht*) – «позиций суда», выработанных в результате толкования судом принципов и норм права в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела, обязательных лишь для их участников, – *ex post*.

9. Ввести понятие «судебное неправотворчество» или «судебное творчество неправа» вместо понятия «судебное правотворчество».

10. Рассматривать «радикальный» вид «судебного правотворчества» с общенаучных и философских позиций как дискуссионный, а практически – контрпродуктивный.

Список использованной литературы

Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М. : Юрид. лит., 1989. 288 с.

Алексеев С.С. Проблемы теории права: основные вопросы общей теории социалистического права : курс лекций : в 2 т. Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. Т. 1. 396 с.

Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков) : моногр. 2-е изд. М. : ИД «Право и государство», 2005. 544 с.

Барбер Н. Разделение властей и Конституция Великобритании // Право. 2012. № 1. С. 3–17.

- Бачинин В.А. Неправо (негативное право) как категория и социальная реалья // Государство и право. 2001. № 5. С. 14–20.
- Богдановская И.Ю. Судебный прецедент в странах «общего права»: Особенности развития // Российское правосудие. 2012. № 5. С. 16–29.
- Брэбан Г. Французское административное право / пер. с фр. Д.И. Васильева, В.Д. Карповича ; под ред. С.В. Боботова. М. : Прогресс, 1988. 488 с.
- Бэкон Ф. О принципах и началах. М. : Соцэкгиз, 1937. 81 с.
- Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов. М. : Городец, 1997. 128 с.
- Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М. : Городец, 2009. 496 с.
- Гаджиев Г.А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М. : Норма : Инфра-М, 2013. 320 с.
- Гегель Г.В.Ф. Философия права. М. : Мысль, 1990. 524 с.
- Гордиенко Т.Г. Принципы права – основа права и правовых систем // Личность и государство на рубеже веков : сб. науч. ст. / под ред. В.В. Невинского. Барнаул : Изд-во Алтайского гос. ун-та, 2000. С. 39–60.
- Гук П.А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: Общетеоретический анализ : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М.: 2012. 49 с.
- Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. М.Д. Лахути, Л. Б. Макеевой ; отв. ред. Л.Б. Макеева. М. : РОССПЭН, 2004. 392 с.
- Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 628 с.
- Золотухина Н.М. Политико-правовая мысль XVI в.: Максим Грек о праве, справедливости, законности и правосудии: моногр. М. : Юрлитинформ, 2018. 680 с. ISBN 978-5-4396-1586-5.
- Йеринг Р. фон. Цель в праве // Избранные труды : в 2 т. Т. 1. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006. 618 с.
- Кант И. Сочинения : в 6 т. Т. 1. М. : Мысль, 1963. 543 с.
- Козельский Я.П. Философические предложения // Юридические произведения прогрессивных русских мыслителей: Вторая половина XVIII века. М. : Юрид. лит., 1959. С. 307–430.
- Колер Й. Шекспир с точки зрения права (Шейлок и Гамлет). М. : Волтерс Клаувер, 2006. 139 с.

Коновалов А.В. Принципы гражданского права: методологические и практические аспекты исследования : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019.

Лукашева Е.А. Принципы социалистического права // Советское государство и право. 1970. № 6. С. 21–29.

Монжаль П.-И. Могут ли быть оспорены Европейские основные права? // Российское правосудие. 2015. № 5. С. 39–49.

Радбрух Г. Введение в науку права / пер. М.М. Островской, И.З. Штейнберга. М. : Труд, 1915. 160 с.

Радбрух Г. Философия права. М. : Междунар. отнош., 2004. 238 с. ISBN 5-7133-1197-X

Сокольникова В.А. Понятие неправа в философии Гегеля // Пробелы в российском законодательстве. 2013. № 6. С. 71–74.

Тихомиров Л. А. Монархическая государственность. М. : Облиздат : Алир, 1998. 672 с.

Туманов В.А. Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. М. : Норма. 2001. 304 с. ISBN 5-89123-541-2

Харт Г.Л.А. Понятие права : пер. с англ. / под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. 302 с.

Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции : моногр. М. : Норма : Инфра-М, 2012. 320 с.

Черданцев А.Ф. Теория государства и права : учеб. пособие. М. : Юрайт, 1999. 429 с.

Чистое учение о праве Ганса Кельзена. К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии (Токио, 1987) : сб. переводов. Вып. 1 / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. М. : ИНИОН РАН, 1987. 195 с.

Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М. : Спарк, 1995. 556 с.

Barber N.W. Prelude to the separation of powers // Cambridge Law Journal. 2001. № 60. P. 59–88.

Barendt E. Separation of powers and constitutional government // Public Law. 1995. Vol. 4. P. 599–619.

Bülow O. Statutory Law and the Judicial Function // The American Journal of Legal History. 1995. Vol. 39, no. 1. P. 71–94.

Cardozo B.N. The Nature of the Judicial Process. New Haven : Yale University Press, 1921. 188 p.

- Curran V.G. Fear of formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany Judicial Methodology's Impact on Substantive Law // Cornell International Law Journal. 2001. Vol. 35. P. 101–188.
- Dawson J.P. *Oracles of the Law*. Harvard : Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968. 520 p.
- Duxbury N. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford : Clarendon Press, 1997. 530 p.
- Erlich E. *Fundamental principles of the sociology of law*. Brunswick ; London : Transaction Publishers, 2002. 539 p.
- Erlich E. *Judicial Freedom of Decision its Principles and Objects* // Science of legal Method : Selected Essays by Various Authors. Boston, 1917. 593 p.
- Gnaeus Flavius. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg : Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906. 50 s.
- Gény F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2nd ed. Paris, 1954 [An English translation by Louisiana State Law Institute 1963].
- Gray J.C. *The Nature and Sources of the Law*. 2nd ed. 1948.
- Green M.S. Legal Realism as Theory of Law // William and Mary Law Review. 2005. Vol. 46, No 6. P. 1917–2000.
- Grey T.C. Holmes and Legal Realism // Stanford Law Review. 1989. Vol. 41. P. 787–870.
- Hart H.L.A. *The concept of law*. Oxford : Clarendon Press, 1961. 282 p. (3rd ed. 2012).
- Heck P. *The jurisprudence of interests* // The jurisprudence of interests : Selected writings of M. Rumelin, P. Heck, P. Oertmann, H. Stoll, J. Binder, H. Isay / Translated and edited by M. Magdalena Schoch. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1948. P. 32–48.
- Herget J.E., Wallace S. The german free law movement as the source of american legal realism // Virginia Law Review. 1987. Vol. 73. P. 399–455.
- Kellogg F.R. *Oliver Wendell Holmes, jr., legal theory and judicial restraint*. Cambridge University Press, 2006. 206 p.
- Kelsen H. *General theory of law and state*. Cambridge : Harvard University Press, 2007. 516 p.
- Kelsen H. On the theory of interpretation // Legal Studies. 1990. Vol. 10. P. 127–135.
- Llewellyn K.N. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*. 1996.

Merryman J.H., Pérez-Perdomo R. The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America 3rd ed. Stanford University Press, 2007. 279 p. ISBN: 9780804768337.

Pound R. An Introduction to the Philosophy of law. New Haven, Ct. : Yale University Press, 1922. 308 p.

Pound R. Mechanical Jurisprudence // Columbia Law Review. 1908. Vol. 8. P. 605–623.

Pound R. The Spirit of the Common Law. Francetown, New Hampshire : Marshall Jones Company Publishers, 1921. 224 p.

Saïlles R. Preface // Gény F. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 2nd ed. 1954. [An English translation by Louisiana State Law Institute. 1963]. P. LXXXIV–LXXXV.

Tushnet M. The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court // Virginia Law Review. 1977. Vol. 63. P. 975–1052.

References

Alekseev, S.S., 1972. *Problemy teorii prava: osnovnye voprosy obshchey teorii sotsialisticheskogo prava* = [Problems of the theory of law : main issues of the General theory of socialist law]. Course of lectures. In 2 vols. Sverdlovsk : Izd-vo Sverdl. yurid. in-ta. (In Russ.)

Alekseev, S.S., 1989. *Obshchie dozvoleniya i obshchie zaprety v sovetskom prave* = [General permissions and General prohibitions in Soviet law]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Bachinin, V.A., 2001. [Wrong (negative law) as a category and social reality]. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 5, pp. 14–20. (In Russ.)

Bacon, F., 1937. *O printsipakh i nachalakh* = [Principles and origins]. Moscow: Sotsekgiz. (In Russ.)

Barber, N., 2012. [The separation of powers and the British Constitution]. *Pravo* = [Right], 1, pp. 3–17. (In Russ.)

Barber, N.W., 2001. Prelude to the separation of powers. *Cambridge Law Journal*, 60, pp. 59–88. (In Eng.)

Barendt, E., 1995. Separation of powers and constitutional government. *Public Law*, 4, pp. 599–619. (In Eng.)

Baytin, M.I., 2005. *Sushchnost' prava (sovremennoe normativnoe pravoponimanie na grani dvukh vekov)* = [The essence of law (modern normative legal understanding on the verge of two centuries)]. Monograph. 2nd ed. Moscow: Izd. dom "Pravo i gosudarstvo". (In Russ.)

- Bogdanovskaya, I.Yu., 2012. [Judicial precedent in the countries of "common law": Peculiarities of development]. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 16–29. (In Russ.)
- Breban, G., 1988. *Frantsuzskoe administrativnoe pravo* = [French administrative law]. Translated from French D.I. Vasil'ev, V.D. Karpovich. Ed. S.V. Bobotov. Moscow: Progress. (In Russ.)
- Bülow, O., 1995. Statutory Law and the Judicial Function. *The American Journal of Legal History*, 39(1), pp. 71–94. (In Eng.)
- Cardozo, B.N., 1921. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven : Yale University Press. (In Eng.)
- Cherdantsev, A.F., 1999. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Textbook. Moscow: Yurayt. (In Russ.)
- Cherdantsev, A.F., 2012. *Logiko-yazykovye fenomeny v yurisprudentsii* = [Logico-linguistic phenomena in jurisprudence]. Monograph. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)
- Curran, V.G., 2001. Fear of formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. *Cornell International Law Journal*, 35, pp. 101–188. (In Eng.)
- Dawson, J.P., 1968. *Oracles of the Law*. Harvard: Ann Arbor, University of Michigan Law School. (In Eng.)
- Duxbury, N., 1997. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press. (In Eng.)
- Dworkin, R., 2004. *O pravakh user'ez* = About Rights Seriously. Translated from English by M.D. Lakhuti, L.B. Makeeva. Ed. L.B. Makeeva. Moscow: ROSSPEN. (In Russ.)
- Erlich, E., 1917. Judicial Freedom of Decision its Principles and Objects. *Science of legal Method. Selected Essays by Various Authors*. Boston. (In Eng.)
- Erlich, E., 2002. *Fundamental principles of the sociology of law*. Brunswick; London: Transaction Publishers. (In Eng.)
- Ershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennyh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of social relations.]. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Gadzhiev, G.A., 2013. *Ontologiya prava (kriticheskoe issledovanie yuridicheskogo kontsepta deystvitel'nosti)* = [Ontology of law (critical study of the legal concept of reality)]. Moscow: Norma; Infra-M. (In Russ.)
- Hegel', G.W.F., 1990. *Filosofiya prava* = [Philosophy of law]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)

- Gény, F., 1954. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2nd ed. Paris, 1954 [An English translation by Louisiana State Law Institute 1963]. (In Fr.)
- Gnaeus Flavius, 1906. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung. (In Germ.)
- Gordienko, T.G., 2000. [Principles of rights – based law and legal systems]. In: V.V. Nevinskiy, ed. *Lichnost' i gosudarstvo na rubezhe vekov* = [Individual and state at the turn of the century]. Collection of scientific works articles. Barnaul: Izd-vo Altayskogo gos. un-ta. Pp. 39–60. (In Russ.)
- Gray, J.C., 1948. *The Nature and Sources of the Law*. 2nd ed. (In Eng.)
- Green, M.S., 2005. Legal Realism as Theory of Law. *William and Mary Law Review*, 46(6), pp. 1917–2000. (In Eng.)
- Grey, T.C., 1989. Holmes and Legal Realism. *Stanford Law Review*, 41, pp. 787–870. (In Eng.)
- Guk, P.A., 2012. *Sudebnaya praktika kak forma sudebnogo normotvorchestva v pravovoy sisteme Rossii: Obshcheteoreticheskiy analiz* = [Judicial practice as a form of judicial rulemaking in the legal system of Russia: General Theoretical analysis]. Abstract of Dr. Sci. (Law) dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Hart, H.L.A., 1961. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press (3rd ed. 2012). (In Eng.)
- Heck, P., 1948. The jurisprudence of interests. *The jurisprudence of interests. Selected writings of M. Rumelin, P. Heck, P. Oertmann, H. Stoll, J. Binder, H. Isay*. Translated and edited by M. Magdalena Schoch. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Pp. 32–48. (In Eng.)
- Herget, J.E. and Wallace, S., 1987. The german free law movement as the source of american legal realism. *Virginia Law Review*, 73, pp. 399–455. (In Eng.)
- Kant, I., 1963. *Sochineniya* = [Works]. In 6 vols. Volume 1. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Kellogg, F.R., 2006. *Oliver Wendell Holmes, jr., legal theory and judicial restraint*. Cambridge University Press. (In Eng.)
- Kelsen, H., 1990. On the theory of interpretation. *Legal Studies*, 10, pp. 127–135. (In Eng.)
- Kelsen, H., 2007. *General theory of law and state*. Cambridge : Harvard University Press. (In Eng.)
- Khart, G.L.A., 2007. *Ponyatie prava* = [The concept of law]. Translated form English. Ed. E.V. Afonasin, S.V. Moiseev. St. Petersburg : Izd-vo S.-Peterb. un-ta. (In Russ.)

- Koler, Y., 2006. *Shekspir s tochki zreniya prava (Shylock i Gamlet)* = [Shakespeare from the point of view of law (Shylock and Hamlet)]. Moscow: Volters Kluver. (In Russ.)
- Konovalov, A.V., 2019. *Printsipy grazhdanskogo prava: metodologicheskie i prakticheskie aspekty issledovaniya* = [Principles of civil law: methodological and practical aspects of research]. Abstract of Dr. Sci. (Law) dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Kozel'skiy, Ya.P., 1959. [Philosophical proposals]. *Yuridicheskie proizvedeniya progressivnykh russkikh mysliteley: Vtoraya polovina XVIII veka* = [Legal works of progressive Russian thinkers: the Second half of the XVIII century]. Moscow: Yurid. lit. Pp. 307–430. (In Russ.)
- Kudryavtsev, V.N. and Razumovich, N.N., eds., 1987. *Chistoe uchenie o prave Gansa Kel'zena. K XIII kongressu Mezhdunarodnoy assotsiatsii pravovoy i sotsial'noy filosofii (Tokio, 1987)* = [The pure doctrine of law by Hans Kelsen. To the XIII Congress of the International Association of legal and social philosophy (Tokyo, 1987)]. Collection of translations. Volume 1. Moscow: INION RAN. (In Russ.)
- Llewellyn, K.N., 1996. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*. (In Eng.)
- Lukasheva, E.A., 1970. [Principles of socialist law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = [Soviet State and Law], 6, pp. 21–29. (In Russ.)
- Merryman, J.H. and Pérez-Perdomo, R., 2007. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. Stanford University Press. (In Eng.)
- Monjal' P.-I., 2015. Can be challenged by the European fundamental rights? *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 39–49. (In Russ.)
- Pound, R., 1908. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, 8, pp. 605–623. (In Eng.)
- Pound, R., 1921. *The Spirit of the Common Law*. Francetown, New Hampshire: Marshall Jones Company Publishers. (In Eng.)
- Pound, R., 1922. *An Introduction to the Philosophy of law*. New Haven, Ct.: Yale University Press. (In Eng.)
- Radbruch, G., 1915. *Vvedenie v nauku prava* = [Introduction to the science of law]. Translated by M.M. Ostrovskaya, I.Z. Shteynberg. Moscow: Trud. (In Russ.)
- Radbruch, G., 2004. *Filosofiya prava* = [Philosophy of law]. Moscow: Mezhdunar. otnosh. (In Russ.)
- Saïlles, R., 1954. Preface. In *Gény F. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2nd ed. [An English translation by Louisiana State Law Institute. 1963]. Pp. LXXXIV–LXXXV. (In Eng.)

Shershenevich, G.F., 1907. *Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava* = [Textbook of Russian civil law]. Reprint 1995. Moscow: Spark. (In Russ.)

Sokol'nikova, V.A., 2013. [The Concept of non-law in Hegel's philosophy]. *Probely v rossiyskom zakonodatel'stve* = [Gaps in Russian Legislation], 6, pp. 71–74. (In Russ.)

Tikhomirov, L.A., 1998. *Monarkhicheskaya gosudarstvennost'* = [Monarchic statehood]. Moscow: Oblizdat: Alir. (In Russ.)

Tumanov, V.A., 2001. *Evropeyskiy Sud po pravam cheloveka. Ocherk organizatsii i deyatel'nosti* = [European Court of human rights. Outline of the organization and activities]. Moscow: Norma. (In Russ.)

Tushnet, M., 1977. The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes On the Supreme Judicial Court. *Virginia Law Review*, 63, pp. 975–1052. (In Eng.)

Vas'kovskiy, E.V., 1997. *Rukovodstvo k tolkovaniyu i primeneniyu zakonov* = [Guide to the interpretation and application of laws]. Moscow: Gorodets. (In Russ.)

Voronov, A.F., 2009. *Printsipy grazhdanskogo protsessa: proshloe, nastoyashchee, budushchee* = [Principles of civil procedure: past, present, and future]. Moscow: Gorodets. (In Russ.)

Yering, R. fon, 2006. Goal in law. *Izbrannye trudy* = [Selected works]. In 2 vols. Volume 1. St. Petersburg: Yurid. tsentr Press. (In Russ.)

Zolotukhina, N.M., 2018. *Politiko-pravovaya mysl' XVI v.: Maksim Grek o prave, spravedlivosti, zakonnosti i pravosudii* = [Political and legal thought of the XVI century: Maxim Grek on law, justice, legality and justice]. Monograph. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Ершов Валентин Валентинович, ректор ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик Российской академии естественных наук [**Valentin V. Ershov**, Rector of Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of Science of the Russian Federation, Academician of Russian Academy of Natural Sciences]. E-mail: evv@rsuj.ru

Trends in the Development of Migration Legislation in the Context of Modern Challenges

Liudmila V. Andrichenko*, Inna V. Plyugina*

** Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russia*

For correspondence: federal@izak.ru

Introduction. The change in the paradigm of regulating migration processes in the Russian Federation in the early 1990s, the liberalization of the general approach to ensuring the right to freedom of movement, the choice of place of residence; they all dictated the beginning of the current stage of development of migration legislation. For nearly thirty years, the general array of legal acts grew, individual institutions of migration legislation were modernized under the influence of political, socio-economic and other factors, and the legal means of counteracting current challenges and threats was improved.

Materials. Methods. The complex nature of migration legislation is due to both the versatility and the multi-level character of the relationships that develop as a result of various relocations of population. Like any other branch or institution, migration legislation is not without its flaws; it has its own problems and defects that need to be resolved. Nevertheless, it can be stated that today its setting up has, in general, been completed, and this allows us to formulate a scientifically-based assessment of its effectiveness and identify key trends for further development.

The purpose of this study is to analyse the overall dynamics of the development of migration legislation, to identify the main trends in the legal regulation of its individual sub-sectors, as well as to develop recommendations aimed at overcoming the identified problems.

Results. The study showed a close relationship of the state migration policy with its economic, demographic and ethnocultural policies. The role of external migration, as the most important compensatory mechanism for reducing the population of the country, is noted. At the same time, migration can be considered not only as a particular resource of a country's economic and demographic development, but also under certain conditions it can be perceived as a security threat to the state, its population, territory, especially if the migration policy is inconsistent, or if there is a significant gap between conceptual grounds and migration management practices.

Discussion and Conclusion. The factors that influence the development of Russian migration legislation are revealed, among which a special role is played by the openness of migration space and the intensity of migration flows, the associated active involvement of Russia in world migration processes, the participation of the Russian Federation in interstate integration, the preservation of uncontrolled migration, etc. The article examines the details of the development of individual sub-sectors of migration legislation, the allocation of which is associated with the regulation of basic directions and types of migration, especially of foreign labour migration as the main mass migration flows; voluntary resettlement to the Russian Federation of compatriots living abroad; forced and educational migration. Summing up, it can be stated, that the increase in efficiency in the development of migration legislation is connected with the need for its precise systematization, including the perceived shortcomings of a categorical and conceptual apparatus, the chaos and imbalance in the use of legislative forms by which it develops – all of which which prevent migration legislation from becoming a fully-fledged branch of Russian legislation.

Keywords: migration, migration legislation, migration policy, labor migration, forced migration, educational migration, liability for illegal migration

For citation: Andrichenko, L.V. and Plyugina, I.V., 2020. Trends in the Development of Migration Legislation in the Context of Modern Challenges. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 36–58. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.36-58

Тенденции развития миграционного законодательства в условиях современных вызовов

Л.В. Андриченко*, И.В. Плюгина*

** ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве Российской Федерации»,
г. Москва, Россия
federal@izak.ru*

Введение. Изменение парадигмы регулирования миграционных процессов в Российской Федерации в начале 1990-х гг., либерализация общего подхода к обеспечению права на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства определили начало современного этапа развития миграционного законодательства. В течение почти тридцати лет нарастал общий массив нормативных правовых актов, под воздействием политических, социально-экономических и иных факторов модернизировались отдельные институты миграционного законодательства, совершенствовались правовые средства противодействия современным вызовам и угрозам.

Материалы и методы. Комплексный характер миграционного законодательства обусловлен как многогранностью, так и многоуровневым характером отношений, складывающихся в результате разнообразных по направленности и причинам перемещений населения. Как и любая другая отрасль или институт, миграционное законодательство не лишено недостатков, имеет свои проблемы и дефекты, требующие преодоления. Тем не менее можно констатировать, что на сегодняшний день его формирование в целом завершено, и это позволяет дать научно обоснованную оценку его эффективности и определить ключевые тенденции дальнейшего развития.

Целью данного исследования является анализ общей динамики развития миграционного законодательства, выявление основных тенденций в правовом регулировании его отдельных подотраслей, а также разработка рекомендаций, направленных на преодоление выявленных проблем.

Результаты исследования. Обоснована тесная взаимосвязь миграционной политики государства с его экономической, демографической и этнокультурной политикой. Отмечается роль внешней миграции как важнейшего компенсаторного механизма сокращения численности населения страны. При этом миграция не только может рассматриваться как определенный ресурс экономического и демографического развития страны, но и восприниматься при определенных условиях как угроза безопасности государства, ее населения, территории, особенно если миграционная политика носит непоследовательный характер, имеется значительный разрыв между концептуальными основаниями и практикой регулирования миграции.

Обсуждение и заключение. Определены факторы, оказывающие влияние на развитие российского миграционного законодательства, среди которых особую роль играют открытость миграционного пространства и интенсивность миграционных потоков, связанная с этим активная вовлеченность России в мировые миграционные процессы, участие Российской Федерации в межгосударственной интеграции, сохранение неконтролируемой миграции и др. Установлены особенности развития отдельных подотраслей миграционного законодательства, выделение которых связывается с регулированием главных направлений и видов миграции, прежде всего внешней трудовой миграции как наиболее массового миграционного потока; добровольного переселения в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом, вынужденной и образовательной миграции.

ции. Резюмируется, что повышение эффективности миграционного законодательства обусловлено его четкой систематизацией, разработкой категориально-понятийного аппарата, использованием законодательных форм, посредством которых оно развивается. Эти меры позволят превратить миграционное законодательство в полноценную отрасль российского законодательства.

Ключевые слова: миграция; миграционное законодательство; миграционная политика; трудовая миграция; вынужденная миграция; образовательная миграция; ответственность за незаконную миграцию.

Для цитирования: Андриченко Л.В., Плюгина И.В. Тенденции развития миграционного законодательства в условиях современных вызовов // Правосудие. Т. 2, № 1. С. 36–58. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.35-58

Introduction

The modern world is an arena of global migration processes¹. International migration is not only growing, but also largely determines the vectors of political, economic, socio-cultural development of states. The connection of migration with the economic and social development of countries and even entire regions, due to the importance, significance, and value of human capital, is stated in the Global Treaty for Safe, Orderly and Legal Migration adopted in December 2018 in Marrakesh². In the 21st century, the world community called migration, along with other factors, a tool for achieving sustainable development goals³. Migration flows have acquired a significantly more complex structure than before, and therefore, the foreign doctrine even introduced a special term “superspecificity” to denote the unprecedented degree of differentiation of migrants. [Vertovec, St., 2007, p. 1025]. The increase in volume, diversity, geographical coverage and total international migration is usually associated with advances in transport

¹ According to a study by the UN Department of Economic and Social Affairs, the number of international migrants in the world is 258 million people, which is 49 % more than in 2000. This means that about 3.4 % of all people on Earth are migrants, i.e they do not live in the countries where they were born. Such a scale of migration indicates that there is a constant exchange of population between countries.

² The Russian Federation supported the adoption of the Global Treaty on Safe, Orderly and Legal Migration. This document covers many aspects of international migration, including the humanitarian component, development issues, human rights, and the fight against crime. And although the Treaty is not a legally binding document, the goals and principles developed therein can become the basis for long-term comprehensive international cooperation aimed, inter alia, at creating channels for the formation of legal migration, mechanisms for effective control of migration processes, the development of tools to combat illegal migration and crimes in the migration sphere.

³ Of the 17 goals, goal 10 directly provides for safe, orderly and regulated migration. At the same time, migration is a cross-cutting issue, one way or another related to all the goals of sustainable development (Report on Sustainable Development Goals. United Nations. New York, 2017). URL: https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2017/th-esustainabledevelopmentgoalsreport2017_russian.pdf (accessed: 25.03.2019).

and communication technologies and more generally with globalization processes. [Czaika, M. and Haas, H. de, 2014, p. 284].

Russia is actively involved in the global flow of relocation⁴. In this connection, migration plays a huge role in the modern history of Russia and is one of the most important factors for its future development. According to Russian researchers, in 2005–2017 (with the exception of the crisis years of 2008–2009) there was a general growth trend for the main indicators of external (international) migration in the Russian Federation – in terms of the number of arrivals and departures, the balance of migration growth over the indicated period was positive [Trubin, V., Nikolaeva, N., Myakisheva, S. and Husainova, A., 2018, p. 3]. This corresponds to international statistics, according to which in Russia the net migration rate in recent years (immigrants minus emigrants per 1,000 people) is 1.4, and the inflow of permanent and temporary population is 384,300 people⁵. At the same time, it should be taken into account that the parameters of the macroeconomic situation in the country always have a noticeable effect on the main indicators of the increase in external migration. It goes without saying that this is not the highest rate of population growth: for example, the population of the European Union is increasing only by 20 % due to natural growth, and by 80 % due to immigration inflows. [Malahov, V.S., Mkrtchyan, N.V., Florinskaya, Yu.F., et al., 2015, p. 6].

At the same time, the trend of internal, mainly labor migration in Russia is clearly increasing, which is associated with the growth of interregional population relocation in the country, which indicates a transition to a new development paradigm. The main tools for regulating internal migration today are regional programmes for increasing labour mobility, the creation and operation of the information and analytical system of the Russian vacancies database “Job in Russia”, assistance to unemployed citizens and their family members in relocating for job placement and assistance from service agencies employment, etc. The change in the pattern of migration behaviour of the population can be viewed, on the whole, as a positive phenomenon in a market economy and seems to be very important from

⁴ The largest number of migrants, 49.8 million people, or 19 % of all migrants, live in the United States. The number of migrants living in Russia, Saudi Arabia and Germany reaches approximately 12 million people in each country; in the UK – 9 million people (Global Migration Indicators 2018. URL: https://publications.iom.int/system/files/pdf/global_migration_indicators_2018.pdf (accessed: 25.03.2019).

⁵ URL: <https://migrationdataportal.org/?i=groups&t=2017> (accessed: 25.03.2019). According to Russian statistics, in the country since 2007 one of the target indicators defined in the Concept of the Demographic Policy of the Russian Federation for the period up to 2025, namely, the provision of migration growth at least 200 thousand people annually has been reached and then on a yearly basis (except for 2010) it was exceeded, (see: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/demography/# (accessed: 25.03.2019).

Russia's standpoint. The growth of internal labour migration is due to the solution of both current and future problems of regional socio-economic development: the reconstruction of the employment system and the regional labour market, and also measures related to changes in spatial and socio-economic development.

The growth of the number of internal migrants is confirmed by the data of the Federal State Statistics Service, according to which the share of persons in internal relocations increased from 16.3 % in 2008 to 20.86 % in 2017⁶. Despite this, Russia still both at the interregional and intraregional levels, significantly lags behind the developed countries' internal migration average values. In the opinion of specialists, overcoming this lag will contribute to solving problems in regional labour markets' need to balance supply and demand for labour.

Theoretical Basis. Methods

Russia considers migration as a factor in the demographic, socio-economic and spatial development of the state⁷. Within the framework of spatial development, the continuing migration outflow of the population from the Far East, as well as from Eastern Siberia and the northern regions of the European part of Russia, has particularly disquieting for a long time, although over the past 10 years it has been gradually decreasing⁸.

The need to regulate migration flows prompts an active development of migration legislation, which for almost three decades of its existence has become a highly structured set of legal norms that has many signs of the sectoral isolation prevalent in the general system of Russian legislation [Habrieva, T.Ya., 2018, p. 29]. The complex nature of migration legislation is a result of both the versatility and the multi-level nature of relations which are formed as a result of population relocation of various kinds. Due to the increasing complexity of the approaches to the regulation of migration, caused by determining new independent migration flows and categories of migrants, in the structure of migration legislation, individual institutions are becoming increasingly pronounced. This depends on the functional role and type of migration (labour migration, forced migration, educational

⁶ URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/demography/# (accessed: 25.03.2019)

⁷ Decree of the President of the Russian Federation of October 31, 2018 No. 622 "On the Concept of the State Migration Policy of the Russian Federation for 2019–2025" // Collection of Legislative Acts of the Russian Federation. 2018. No. 45. Art. 6917.

⁸ Order of the Government of the Russian Federation of February 13, 2019 No. 207-p "On Approval of the Spatial Development Strategy of the Russian Federation for the Period up to 2025" // Collection of Legislative Acts of the Russian Federation. 2019. No. 7 (p. II). Art. 702.

migration, etc.), which, in turn, reinforces the need to ensure the integration and systematization of the growing array of immigration laws.

As for the increase in the intensity of internal migration processes, this not only indicates a change in the model of the state migration policy of the state, but also leads to a change in the structure of the migration legislation of the Russian Federation. This is a result of the identification and separation of legislation on internal migration, which has a pronounced specificity, which is taking place within its framework. In practice, this leads to the parallel development of two sub-sectors of migration legislation – internal and external migration, which is largely due to the influence of the institution of citizenship and the consequent need for state security.

Russia's participation in interstate integration has a special influence on the regulation of migration as a whole, primarily labour migration, for instance, in interstate associations such as the WTO, the Union with Belarus, the Eurasian Economic Union, and concluding bilateral treaties and agreements with a number of states (France, China, Vietnam, Mongolia, the DPRK, Lithuania, etc.). Such interstate cooperation entails, as a rule, the establishment of features for certain categories of migrants, based on the provision of various types of favourable legal regime of entry and stay.

Results

Migration legislation of the Russian Federation cannot be called stable⁹. The high dynamics of the migration legislation of the Russian Federation is due to a number of factors, namely: the change in the migration situation itself, including the types of dominant migration flows, the adjustment of tasks

⁹ So, as of March 2019, the Federal Law of July 25, 2002 No. 115-FZ “On the Legal Status of Foreign Citizens in the Russian Federation” (hereinafter – Federal Law No. 115-FZ), since its adoption, has changes on an annual basis; in total, over the period of its operation, 95 federal laws were adopted, modifying its content. As a result, to date, the volume of Federal Law No. 115-FZ is almost five times the original. However, it should be emphasized that the intensity of changes in recent years has decreased: if in 2013, 16 federal laws were adopted that amended it, in 2014, 14, in 2015, 12, in 2016 there were only 2, in 2017, 8, and in 2018 – 5. Almost as often, changes are made to the Federal Law of August 15, 1996 No. 114-FZ “On the Procedure for Exiting the Russian Federation and Entering the Russian Federation” (to date, 82 federal laws amending it have been adopted). Other federal laws relating to the migration legislation of the Russian Federation are updated, although less frequently, but also rather intensively: Law of the Russian Federation of June 25, 1993 No. 5242-1 “On the right of citizens of the Russian Federation to freedom of movement, choice of place of residence and dwelling within the Russian Federation” has changed 17 times for the entire period of its existence, Federal Law of July 18, 2006 No. 109-FZ “On Migration Registration of Foreign Citizens and Stateless Persons in the Russian Federation” – 23 times, Federal Law of February 19, 1993 No. 4528-1 “On Refugees” – 19 times, Law of the Russian Federation of February 19, 1993 No. 4530-1 “On Forced Migrants” – 14 times.

and directions for the implementation of the state migration policy of the Russian Federation, the influence of various economic, political, especially geopolitical, social and other conditions. Considering that the toolkit which makes it possible to effectively regulate the sphere of migration, has not yet been formed, it can be predicted that in the coming years the migration legislation of the Russian Federation will remain mobile. In particular, it is obvious that in the foreseeable future, additional legislative regulation of the issues of sociocultural adaptation and integration of migrants, improvement of the legal framework for internal migration and forced migration, etc. will be required.

The use of methods of strategic planning and programme-targeted regulation in public administration contributed to streamlining the development of the migration legislation of the Russian Federation. Although it must be admitted that for many years the regulation of migration in the Russian Federation was of a situational nature, it was intended only for the short term, which led to a decrease in state control over migration processes in general, and in fact resulted in chaos in migration policy.

As of today, most of the tasks set in the previously existing Concept of State Migration Policy of the Russian Federation for the period until 2025, approved by the President of the Russian Federation on June 8, 2012, received legal support and were implemented. Planning measures for the implementation of the state migration policy of the Russian Federation is one of the four main mechanisms provided for in the Concept of the State Migration Policy of the Russian Federation for 2019–2025, through which it is implemented. At the same time, it should be emphasized that the element of “situational character” will always be present to some extent in the development of migration legislation, since it is impossible to fully predict the change in the migration situation, accurately determine the potential numbers of the migration flow and their structural characteristics.

Another trend in the development of the migration legislation of the Russian Federation observed in the last decade is a gradual transfer of regulation from the sub-legal to the legislative level, which partly explains the significant increase in the volume of federal laws regulating migration issues in one aspect or another. However, some problems associated with the use of the correct legal form still persist. For example, it seems expedient to extend the content of the Federal Law of May 24, 1999 No. 99-FZ “On the state policy of the Russian Federation in relation to compatriots abroad” due to the regulation of the legal status of compatriots who voluntarily move to the Russian Federation. This status is currently determined mainly by the State programme for assisting voluntary resettlement to the Russian Federation of compatriots living abroad, approved by the Decree of the President of the Russian Federation of June 22, 2006 No. 637, which cannot be considered an appropriate level of legal regulation.

The development of the migration legislation of the Russian Federation, as well as the state administration of the migration sphere as a whole, is undoubtedly affected by the overall process of “digitalization”. Under the conditions of the new reality, the law as a whole becomes the object of its impact, as a result of which it undergoes changes in its form, content, system, structure, mechanism of action and shows a tendency to strengthen the emerging transformations [Habrieva, T.Ya. and Chernogor, N.N., 2018, p. 86]. Information technologies are actively being introduced into the public administration system, becoming powerful and effective tools for implementing state migration policy. For example, many existing administrative procedures applied in the field of migration can be implemented in electronic form; the law provides for the possibility of using a number of electronic documents; some documents proving the identity of a citizen of the Russian Federation and a foreign citizen may contain electronic data carriers with the personal data of the owner recorded on them. Digital photography is widely used to implement state functions, as well as electronic storage of the owner’s biometric personal data (electronic image of a person’s face and fingerprints). Since 2017, electronic visas have been used in Russia; in spite of the fact that so far this type of visa can be issued only to citizens of certain foreign countries, on condition that they enter the Russian Federation through checkpoints across the State Border of the Russian Federation located on the territory of the free port of Vladivostok and on the territory of the Special Economic Zone in the Kaliningrad Region, as well as through the air checkpoints of the Far Eastern Federal District, it can be predicted that in future their use will be extended significantly.

As a result of scientific and technological progress, the system of collecting information about the population and its relocation has been modernized, and is now implemented on the basis of existing information systems and their integration.

Thus, the basic system of registration of residents of Japan, established in 2015–2016, provides for the issuance of an individual number in order to implement administrative procedures for social security, taxation and response to natural disasters, both for Japanese citizens and for foreign citizens who are residents¹⁰. The central registry of Austria includes information about Austrian citizens and foreign citizens residing in the state¹¹. In Estonia, the population register combines basic personal data on Estonian citizens, citizens of the European Union, registered

¹⁰ Act on the Use of Numbers to Identify a Specific Individual in the Administrative Procedure. URL: <http://www.cao.go.jp/bangouseido/pdf/en3.pdf> (accessed: 25.03.2019).

¹¹ Bundesgesetz über das polizeiliche Meldewesen. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10005799> (accessed: 25.03.2019).

*as residents in Estonia, and foreigners who have been granted a residence permit or the right to reside in Estonia*¹².

In Russia in 2017, the Concept of Formation and Maintenance of a Unified Federal Information Resource containing information on the population of the Russian Federation was approved¹³. It is assumed that the federal population resource will be created primarily on the basis of information from the Unified State Register of Civil Status Records, and for foreign citizens and stateless persons – the information contained in the data systems of the Ministry of Internal Affairs of Russia, and will contain basic information about citizens of the Russian Federation and foreign citizens and stateless persons residing on the territory of the Russian Federation. Currently, the Ministry of Finance of Russia is developing a draft federal law on a unified federal data resource containing information about the population of the Russian Federation¹⁴.

The main instrument influencing the regulation of migration in Russia is the institution of citizenship. At the same time, despite the complexity of this institution, there is an obvious tendency to erode selective policies regarding citizenship. Only a few dozen people per year receive citizenship in a general order, the majority of foreign citizens are granted citizenship of the Russian Federation in a simplified order. Thus, the temporary residence permit and the residence permit following it as a step in obtaining Russian citizenship are practically not used. Meanwhile, the majority of countries receiving migrants, by means of a residence permit, try to reduce the risks associated with migration when they take foreign citizenship. In this regard, over time, increasing the influence of this tool in regulating migration relations in the country seems the most justifiable.

The predominant migration flow in the country remains external labour migration, whereby the corresponding block of legislative regulation is growing and developing at the fastest pace. In recent years, there has been a significant diversification of foreign labour in Russia, which reflects the general global trend in regulating labour migration and is associated with its

¹² Population Register. URL: <https://www.siseministeerium.ee/en/population-register> (accessed: 25.03.2019).

¹³ Order of the Government of the Russian Federation dated July 4, 2017 No. 1418-p "On Approval of the Concept of Forming and Maintaining a Unified Federal Information Resource Containing Information about the Population of the Russian Federation" (together with the "Action Plan ("road map") on the formation and maintenance of a single federal information resource containing information about the population of the Russian Federation") // Collection of Legislative Acts of the Russian Federation. 2017. No. 29. Art. 4390.

¹⁴ Draft federal law "On a single federal data resource containing information about the population of the Russian Federation" (ID 01/05/04-18/00079593). URL: <http://regulation.gov.ru> (accessed: 25.03.2019).

socio-demographic, temporal and other characteristics. Differentiation in the regulation of foreign labour migration was expressed in the differentiation of legal statuses of foreign citizens engaged in labour activities in the Russian Federation, the emergence of new administrative and legal regimes of their stay in Russia, the use of various types of administrative procedures in the implementation of these regimes¹⁵.

Differentiation of the legal status of labour migrants as a whole makes it possible to more flexibly adjust the labour market in the country, to solve the issues of attracting the categories of migrants necessary for the development of the economy and social sphere. However, in the absence of clear criteria for such differentiation, as well as directions for the development of such differentiation determined at the level of strategic planning documents of the Russian Federation, such "fragmentation" often leads to excessive complication and cluttering up of the Russian migration legislation. So, currently there is no clear position of the legislator regarding the allocation of such categories of labor migrants as foreign specialists, foreign qualified specialists, foreign highly qualified specialists in the qualification level of these individuals, although there is no doubt that it is the qualification criterion that the selection of these categories of migrants should be based on.

At present, stimulation of inflow of external labour migrants by the state is aimed at, on the one hand, filling the missing labour reserve, and on the other hand, maintaining the balance of intercultural balance in the country and eliminating the possibility of risks associated with interethnic and interfaith conflicts. Such a variety of legislative measures are aimed at solving the first problem, contributing primarily to simplifying the procedure for attracting foreign citizens to work, such as:

- restriction of employment cases requiring permission to engage and use foreign workers (for employers) and work permits (for workers);
- extension of the possibility of working without obtaining in some cases permits for both the employer and the foreign citizen;
- more flexible use of the patent system of employment;
- the establishment of priority occupational qualification groups to determine the quota for allowing foreign nationals to enter the Russian Federation on the basis of a visa;

¹⁵ In particular, besides the already known categories (foreign workers, foreign citizens registered as an individual entrepreneur, foreign journalists, etc.), new categories of labor migrants have appeared, in particular highly qualified specialists; qualified specialists; invited to the Russian Federation as medical, pedagogical or scientific workers; persons studying full-time in the Russian Federation and engaged in labor activities in the Russian Federation, including during holidays or during free time from studies; foreign nationals sent to work in branches, representative offices and subsidiaries of foreign commercial organizations located on the territory of the Russian Federation, registered on the territories of the World Trade Organization member states, and others.

– the establishment of regional (for the territories of advanced socio-economic development, innovation centers, the free port of Vladivostok, the international medical cluster, etc.) and other features (in connection with the 2018 FIFA World Cup Federation, the 2017 FIFA Confederations Cup, Olympic Winter Games and XI Paralympic Winter Games of 2014, the Asia-Pacific Economic Cooperation Forum in 2012) of attracting foreign labour etc.

As for the second aspect – the preservation of national security and the harmonization of interethnic relations – in this direction, law established measures to:

- differentiate the requirements for the comprehensive exam in Russian as a foreign language, the history of Russia and the basics of Russian legislation in the framework of socio-cultural adaptation and integration;
- consolidate the status of “native Russian speaker” for a foreign citizen;
- determine the grounds for restricting the entry of foreign citizens into the country, as well as the duration of these restrictions;
- strengthen control and toughen responsibility for violation of the regime of stay and employment on the territory of the Russian Federation for foreign citizens, etc.

It should be noted that the array of rules regulating the relations in the field of external labour migration and contained in the Federal Law “On the Legal Status of Foreign Citizens in the Russian Federation” is steadily increasing. In addition to the rules related to the general regulation, the number of reference rules to special federal laws, providing for the regulation of the characteristics of inviting certain categories of labour migrants to work, is increasing. In this regard, in the long term, it is advisable to single out a separate chapter in the Federal Law “On the Legal Status of Foreign Citizens in the Russian Federation”, which combines the rules that establish various features of the employment of certain categories of migrants.

Suppose another scenario of the development of legislation in this area – the specialization of migration legislation in certain areas and types of population migration objectively encourages passing of a separate federal law on the procedure for engaging and using foreign labour force in the Russian Federation. Its passing will allow to remove the excessive burden in the regulation implemented by the Federal Law “On the Legal Status of Foreign Citizens in the Russian Federation” and, moreover, will help to more specifically address issues of external labour migration.

In the Concept of the State Migration Policy of the Russian Federation for 2019–2025 it is emphasized that the system of engaging temporary labour migrants and determining the need for foreign labour force needs further development. In particular, it is noted that it is necessary to improve legal, organizational and other mechanisms regulating and ensuring entry into the Russian Federation and stay on its territory of foreign citizens who are

able, due to their labour activities, knowledge and skills, to contribute to the economic, social and cultural development of Russia. In this regard, one of the promising trends in the development of migration legislation is the formation of mechanisms for the recruitment of foreign workers, differentiated in accordance with the requirements of Russian employers for professional qualifications. Today, the issues of organized recruitment of foreign workers are resolved only on the basis of bilateral interstate agreements¹⁶, the general legislative mechanism for the implementation of organized recruitment of foreign workers is not fully formed.

There are also no special regulations and programmes for occupation and seasonal labour migration, which is a type of labour migration of foreign citizens whose work depends on seasonal conditions and is carried out only during part of the year [Andrichenko, L.V. and Plyugina, I.V., 2019, pp. 131–140].

One of manifestations of a differentiated approach to inviting foreign citizens to Russia for work is the establishment of restrictions on certain types of activities within certain economic sectors. In particular, the Government of Russia may establish the permissible share of foreign workers employed in various sectors of the economy by economic entities operating in the territory of one or several Federation subjects, and throughout the country as well. Meanwhile, clear legislative criteria for such restrictions have not yet been formed.

Inviting qualified and highly qualified foreign specialists to the Russian Federation is currently based on the fact that the assessment of the competence and qualification level of foreign citizens invited as highly qualified specialists is carried out exclusively by the employer and the customer ordering the work (services). In this case, the legislator establishes for the employer only one condition – the level of the specialist's salary. However, in modern conditions, this level¹⁷ no longer reflects the actually existing payment system. This creates the risk of an influx into the

¹⁶ The Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Uzbekistan on the organized recruitment and involvement of citizens of the Republic of Uzbekistan for temporary employment in the territory of the Russian Federation, concluded in Moscow on April 5, 2017. (Collection of Legislative Acts of the Russian Federation. 2018. No. 6. Art. 802). The Russian Federation ratified this document - see: Federal Law of 5 December 2017 No. 366 "On the ratification of the Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Uzbekistan on organized recruitment and involvement of citizens of the Republic of Uzbekistan to carry out temporary labor activities in the Russian Federation" (Collection of Legislative Acts of the Russian Federation. 2017. No. 50 (p. 3). Art. 7537).

¹⁷ For example, not less than fifty-eight thousand five hundred rubles per one calendar month – for foreign citizens invited to work by residents of the technology-innovative special economic zone.

country people with low qualifications under the guise of highly qualified specialists, when a simplified procedure for their engaging is beneficial for the employer. At the same time, the use of a positively proven approach in the practice of foreign countries based on the establishment of requirements for the availability of educational documents, professional experience, etc., requires additional organizational, legal and other efforts from the state.

The problem of assessing the effectiveness of the use of foreign labour force, which is necessary to determine the annual need for such workers, remains unresolved. It requires the establishment of unified approaches to monitoring the labour market of foreign workers in the constituent entities of the Russian Federation, which can be implemented at the federal level. An obligatory condition for this is the formation and maintenance of a complete register of foreign citizens who arrived in the Russian Federation in a visa-free manner and carry out labour activities on the basis of a patent, as well as the establishment of compulsory obligation for a foreign worker to carry out labor activity only in accordance with the profession (specialty, type of labour activity, position) indicated in the patent they acquired. Today, such correspondence is established only in relation to work performed on the basis of a work permit. This will ensure the protection of the domestic labour market – as is well known, this goal is considered determining in the updated Concept of the state migration policy of the Russian Federation for 2019–2025.

Encouraging the flow of talented foreign young people into the Russian Federation, who have professions and specialties which are in great demand on the Russian labour market, requires consolidating at the legislative level preferences in obtaining a residence permit for graduates of Russian vocational education institutions from among foreign citizens who have acquired a profession (specialty) demanded in the labour market.

A significant migration flow is the voluntary resettlement of compatriots from abroad to Russia. However, today the status of such persons, as well as the complex of adaptation and integration services provided for them, are regulated mainly at the level of the state programme to assist the voluntary resettlement of compatriots living abroad¹⁸ to the Russian Federation, as well as relevant regional programmes¹⁹. Although the programme although program regulation has certain advantages compared with other methods of regulation, including law, due to the possibility of providing an integrated

¹⁸ Initially, the state program was designed for the period from 2007 to 2012. (see: Decree of the President of the Russian Federation of June 22, 2006 No. 637 “On Measures to Assist Voluntary Resettlement of Compatriots Living Abroad to the Russian Federation”). Subsequently, by Decree of the President of the Russian Federation of September 14, 2012 No. 1289, a new version of the State Program was approved, which came into force on December 31, 2012, and became open-ended.

¹⁹ As of January 1, 2018, the resettlement of compatriots to Russia under the conditions of the State Program was carried out in 69 subjects of the Russian Federation

approach to solving the problems of facilitating voluntary resettlement of compatriots by combining legal, financial, organizational, informational resources (ensuring the resolution of issues of coordination of activities of the relevant authorities), it cannot replace other means of regulation, since its possibilities are limited in terms of establishing the legal status of subjects of the legal entities concerned, where prerogative is given to federal law.

Unfortunately, the legislation facilitating the resettlement process played a secondary role: it was adjusted to follow the requisites of the state programme. However, such an approach, which is fully justified at the initial stage, when the first draft of the state programme was in operation, is, at the present stage, when the final version of the state programme has already passed into law, is leading to a decrease in the level of state guarantees to ensure the status of participants in the state programme.

Legislation on forced migration remains a stable block of migration legislation²⁰. Its significant changes in recent years have been mainly associated with the regulation of forced mass resettlement of forced migrants from the Ukraine in 2014, and they mainly concerned by-law regulation. It should be taken into account that the development of this legislation is subject to “pressure” on the part of international law, since this area is related to international humanitarian law. Nevertheless, the development of this legislation falls behind international and foreign standards; consequently, it requires a certain modernization. Prospects for the development of this legislation are quite obvious.

Thus, the existing legislation in the area in question determines, in a very limited way relations associated with the so-called special needs of certain categories of refugees and asylum-seekers. These include, in particular, such categories as pregnant women; single parents with minors; separated children; people suffering from serious illnesses or persons with mental disorders; victims of trafficking, torture, other types of violence, etc. There are no definitions of the people mentioned that allow settling the question of applying a special procedure for resolving issues of granting them an appropriate status, securing additional rights for them, including assisting and customised care, taking into account their age, gender, their condition and their needs. We believe that the development of legislation in this direction would be evidence of its further response to human needs.

(URL: https://xn--blaew.xn--plai/mvd/structure1/Glavnie_upravljenija/guvvm/compatriots/monitoring (accessed: 25.03.2019).

²⁰ We are talking about the Federal Law of February 19, 1993 No. 4528-I “On Refugees” and the Law of the Russian Federation of February 19, 1993 No. 4530-I “On Forced Migrants”. Although not all categories of forced migrants have special regulation in the form of separate federal laws. So, there is practically no special regulation for persons who are environmental refugees; persons who are forced migrants as a result of economic causes, natural disasters, and so on.

Obviously not enough attention is paid by Russian legislation to the issues of temporary asylum, which does not correspond to the importance of this institution in the unified system of measures to ensure the protection of forced migrants. Thus, at present legislature does not regulate the institution of temporary protection, which considers the group, mass and emergency nature of arriving in the country of asylum and is applied to groups of people (foreign citizens and stateless persons), forced to leave the country of their former residence on the same as the granting of refugee status, and at the same time makes it inappropriate to individually consider asylum applications.

The status of forced migrants is defined in the legislation of the Russian Federation in a rather limited manner. At present, they include citizens of the Russian Federation, who for the same reasons as refugees were forced to leave their homes and move to another place within the territory of Russia. Meanwhile, the term “internally displaced persons” which is used internationally, is similar to the term “forced migrant”, and is extended to a wider circle of people, who were forced to leave their homes or places of usual residence, as a result of natural or man-made disasters²¹. This gives grounds for raising the question of the possibility of extending the concept of “forced migrant” to the level of protection afforded to internally displaced persons in future. This approach more accurately reflects the essence of the subjects of forced migration within the territory of the country. In addition, it already has a certain legal basis – the Federal Law of February 12, 1998 No. 28-FZ “On Civil Defence”²² establishes the issues of evacuation of persons during military conflicts, as well as in the event of a natural or man-made accident, to safe areas, although most of these issues are regulated at a sub-legal level, which is unjustified. Ultimately, further understanding of the concept of “asylum” and its extension to various types of forced migration (political asylum, temporary asylum, forced relocation, etc.) is necessary, which will consolidate legislation on forced migration and unify (where possible) the procedures for granting appropriate status.

The field of education forms a special type of migration – academic or educational migration, which is the third largest migration flow in the country [Sal’nikov, V.P. and Bryleva, E.A., 2018, pp. 25–28]. The Russian Federation is among the top ten world leaders in the number of foreign students, and the corresponding quantitative indicator shows a steady growth²³. At the

²¹ See: Guiding Principles on Internal Displacement, Non-binding for States, but widely internationally recognized. These Guidelines, while not binding on States, are nonetheless widely recognized internationally (UN DOC. E/CN.4/1999/79. P. 5).

²² Collection of Legislative Acts of the Russian Federation. 1998. No. 7. Art. 799.

²³ If in 2016 the total number of foreign students enrolled in educational programs of higher education in state and municipal organizations amounted to 175,412 people,

same time, the special focus of the legislature on educational migration was only in the 2010s – in this period special programmes and projects began to be implemented, with the aim of increasing the attractiveness of Russian educational organizations for potential students²⁴, additional measures began to be taken directly by the educational organizations themselves (for example, to develop special adaptation programmes for foreign students). Of course, the determining factor in the choice of the country of education for foreign students is not so much the conditions of entry and stay, as provided for by migration legislation, although they play their part, but the quality of education received, its competitiveness and the possibility of further employment, in foreign countries as well. Possession of a competitive advantage enables the opening of new professional horizons leading to the formation of migration flows associated with obtaining a vocational education [Shpet, E.N., 2015, p. 35].

The development of educational migration is based on both national and international legal regulators. Key problems related to the recognition of education, qualifications and degrees are resolved and special conditions for obtaining education are provided²⁵ through international agreements. At the same time, the movement towards setting up a single (common) educational space within the framework of interstate associations with a high degree of integration, is growing²⁶.

In Russia, the target has been set to increase by 2024 at least twice the number of foreign citizens studying in educational institutions of higher education and scientific organizations, as well as to implement a

a year later this figure increased to 198,295 people; it is noteworthy that ten years ago, as of 2005, it was 2.5 times less – 78,139 people. (Russia in numbers. 2018: a short statistical digest / Rosstat. M., 2018. P. 142).

²⁴ In particular, since 2013, the project of the Ministry of Education and Science of Russia “5-100” has been implemented, aimed at improving the competitiveness of leading Russian universities among the world’s leading scientific and educational centers, in which 21 universities are currently participating (The official website of the project “5-100”: URL: <https://www.5top100.ru>); Since 2017, a long-term priority project “Developing the Export Potential of the Russian Education System” has been implemented, which includes improving the regulatory framework governing admission and training of foreigners, recognition of documents on foreign education, procedures for entry, exit and stay of foreign teachers, as well as taxation of educational activities in the framework of international cooperation (the project is expected to have been completed by November 2025).

²⁵ See, for example: Convention on the Recognition of Studies, Higher Education Diplomas and Degrees in the States of the European Region, concluded in Paris on December 21, 1979; Declaration on the creation of a pan-European higher education area (Bologna Declaration), adopted in the city of Bologna on June 19, 1999.

²⁶ See, for example: Agreement on cooperation in the formation of a single (common) educational space of the Commonwealth of Independent States (concluded in Moscow on January 17, 1997) // International Treaty Bulletin. 2002. No. 7. P. 3–7.

set of measures for the employment of the best of them²⁷. This takes into account the need to take additional measures, including legal ones, aimed at encouraging educational migration. These include simplifying the visa regime for foreign students, changing the working conditions in Russia for certain categories of students, and extending the possibilities of more easily acquiring Russian citizenship.

In particular, it would be acceptable to establish a longer validity period of an ordinary study visa, which would imply an extension procedure, for example, once every two or three years²⁸. As an option, after a year of study, it could be possible to extend the total validity period of the visa for the entire remaining period of study. In addition, it would be feasible to extend the permitted length of stay in Russia for graduates of educational organizations, after completing study, for job search.

The possibility of working in the country of study is one of the determining criteria for potential students when choosing a place of gaining an education. In foreign countries, such as Germany, Finland, Australia, Canada, foreign students are given an opportunity to work in their free time without additional permits. It is also possible to simplify the conditions for obtaining Russian citizenship by foreign citizens who have completed full-time study in the Russian Federation: for example, to remove the requirement of such foreign citizens to prove their knowledge of the Russian language (if the educational programme was not carried out in a foreign language); to reduce the period of residence required for citizenship by part of the period of study.

Due to the specificity of social relations in the field of migration, which presumes, as a rule, the existence of public interests, and also taking into consideration the degree of danger to the public of most offences related to migration, the protective potential of administrative and legal measures

²⁷ Decree of the President of the Russian Federation of May 7, 2018 No. 204 "On the national goals and strategic objectives of the development of the Russian Federation for the period up to 2024" // Collection of Legislative Acts of the Russian Federation. 2018. No. 20. Art. 2817.

²⁸ In 2017, the Ministry of Education and Science of Russia prepared a draft federal law "On Amendments to Article 25.6 of the Federal Law "On the Procedure for Exiting the Russian Federation and Entering the Russian Federation" (project ID 01/05/06-17/00067561), which provided for the issuance of an ordinary student visa for a period of up to one year to a foreign citizen entering the Russian Federation for the purpose of studying in an organization conducting educational activities, and a foreign citizen arriving in the Russian Federation for the purpose of studying and entering an educational organization for receiving full-time education according to the basic vocational education program, which has state accreditation, it was proposed to issue an ordinary study visa as short and extend it for the remaining period of study, but not more than three years for each extension. Currently, this legislative initiative has not been realized, although its implementation seems possible.

is mainly used to ensure the implementation of migration legislation²⁹. Along with the measures of responsibility established by administrative and criminal legislation, there are special measures of state sanction provided for by migration legislation – deportation and readmission. Despite the fact that deportation and readmission are not forms of punishment from the legal point of view, the consequences of their use are often identical and sometimes even more severe than those prescribed for administrative offences and crimes, which justifiably has caused criticism. In accordance with the international agreement on readmission³⁰, this procedure may officially last for more than six months, and during this period the person to be readmitted may be held under the custody of the Ministry of Internal Affairs of Russia, or its territorial body. In such instances, we can talk about a certain “blurring” of the boundaries between the measures of responsibility and the measures of state sanction used in order to prevent and stop illegal migration. In other countries, a similar phenomenon has been noticed in the past decade (it was called “crimigration”): a number of researchers pointed out the merging of criminal and immigration law norms, and the blurred boundaries between traditional criminal and immigration legislation [Stumpf, J., 2006; Hernández, G. and Cuauhtémoc, C., 2015; Mendoza, J.J., 2018].

The dynamics of the development of criminal and administrative legislation of the Russian Federation makes it possible to ascertain the increase in the number of relevant administrative over the past decade, the emergence of new related to migration; at the same time punishments provided for in the framework of a number of already existing offences were toughened³¹. On the one hand, this is due to the increase in the general

²⁹ So, currently, Chapter 18 of the Code of Administrative Offenses of the Russian Federation, which establishes administrative offenses in the protection of the State Border of the Russian Federation and ensuring the stay of foreign citizens or stateless persons on the territory of the Russian Federation, includes 20 administrative offenses, while The Criminal Code of the Russian Federation contains four offences directly connected with the sphere of migration.

³⁰ See, for example: Agreement between the Government of the Russian Federation and the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina on readmission (concluded in Moscow on June 22, 2015); Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Belarus on readmission (concluded in Minsk on November 15, 2013).

³¹ Thus, over the past few years, a number of new administrative offenses have been introduced, in particular, Art. 18.19 “Violation of the rules for notifying the authorized state bodies about training or for termination of training of foreign citizens and stateless persons in educational organizations”, liability for citizens to live at the place of residence or in a residential area without registration was established, for violating the rules of registering citizens at the place of residence in a residential area (Art. 19.15.2); Art. 18.20 “Violation by a foreign citizen or a stateless person of

array of regulatory norms of the Russian migration legislation, which, in turn, requires the adoption of protective rules; on the other hand, the toughening the responsibility for offences in the field of migration is an appropriate measure taken in response to the worsened threat of illegal migration, and the emergence of new forms of illegal activity.

In general, this tendency is characteristic of many states, in particular, as the study of the practice of criminal prosecution and punishment of immigration crimes in leading common law countries shows, punitive policies for these types of offences have obvious tendencies to toughen [Artemov, V.Yu., Vlasov, I.S., Golovanova N.A., et al., 2012, p. 208]. However, it should still be stipulated that this applies mainly to the receiving states; donor countries, as a rule, have softer national legislation in this regard. This multi-vector nature can be observed even in the example of the Commonwealth of Independent States, in spite of the fact that in 2009, Recommendations on the Harmonization of the National Legislation of the member states of the Commonwealth of Independent States in the fight against illegal migration were adopted (on December 3d, 2009 in St. Petersburg), which stipulate the need to toughen the responsibility for committing immigration offences.

At present, there is a need for greater “flexibility” in the application of measures of responsibility, involving consideration of the circumstances and conditions in which an offense was committed, in ascertaining and balancing individual rights and public interest. However, this is not always possible within existing legal boundaries. An example here is Art. 18.10 of the Code of Administrative offences of the Russian Federation, which establishes responsibility for the illegal activity of a foreign citizen or stateless person in the Russian Federation: committing any act, under Part 1 of Art. 18.10, in Moscow or St. Petersburg or in the Moscow or Leningrad region, entails mandatory administrative deportation from the country. The literal adherence to this provision does not allow discrete powers and makes it impossible to take into account the specific situation.

the term for applying for a patent”; responsibility for many offenses in the field of migration was introduced, including for violation of the border regime in the border zone (Art. 18.2 of the Administrative Code of the Russian Federation), for violation of the border regime in the territorial sea and in the internal sea waters of Russia (Art. 18.3), for violation by a foreign citizen or a stateless person of the rules of entry or stay (residence) regime in the country (Art. 18.8), for illegal labor activity by a foreign citizen or stateless person (Art. 18.10), for illegal involvement a foreign national or stateless in labor activity (v. 18.15), etc. The Criminal Code of the Russian Federation was supplemented in 2013 by Art. 322.2 “Fictitious registration of a citizen of the Russian Federation at the place of residence or place of dwelling in a residential area in the Russian Federation and fictitious registration of a foreign citizen or stateless person at the place of residence in a residential area in the Russian Federation” and Art. 322.3 “Fictitious registration of a foreign citizen or stateless person at the place of stay in the Russian Federation”.

It can be assumed that in the immediate future the law will maintain a fairly rigid approach to regulating responsibility for violating immigration laws, the number of offences will continue to increase, although, most likely, not as sharply as it has been doing during the past five years. Also there is a possibility for mitigating punishment for certain types of offences, the liberalization of certain measures of state sanction; however, this will be primarily due to the optimization of existing regulation, its correlation with modern standards of protection of human and civil rights and freedoms.

Discussion and Conclusion

In conclusion, it should be noted that such a substantial extension of Russian migration legislation served as the basis for raising the question of its systematization. Systematization of legislation is used primarily as an effective means of providing legal entities with the necessary regulatory and legal information; the streamlining of regulatory legal material, including its categorical and conceptual apparatus – all of this plays a mobilization role in the lawmaking process, being the key to the sustainability of the existing legal order and the stability of social relations [Kudeshkina, O.B., 2002, p. 3]. The need to systematize immigration legislation has long been an issue. There is a need for a high-quality processing of immigration legislation which should be based on new approaches to its construction and legal and technical design [Habrieva, T.Ya., Andrichenko, L.V. and Plyugina, I.V., 2010, p. 14].

The greatest difficulty is the question of what form should be used. On this occasion, different points of view are expressed; in particular, the idea of the expediency of adopting a migration code is widespread in the literature [Vasiliev, A.M. and Kopchenko, I.E., 2017, pp. 3–6; Zhrebtssov, A.N. and Malyshev, E.A., 2018, p. 34; Kozlov, V.F., 2018, p. 32; Semonova, A.V., 2016, p. 42], some researchers admit the possibility of adopting a federal immigration law [Kapinus, O.S., 2016, p. 31], a federal law on combating illegal migration [Kozlov, V.F. and Luk'yanov, A.S., 2015, pp. 24–25] and others. There is also a conservative approach, in which it is proposed to leave everything unchanged and concentrate on improving the quality of the content of already existing regulatory legal acts and overcoming their internal contradictions. In any case, it is obvious that long preliminary work will be required to overcome the existing problems and contradictions in the legal regulation of migration, which will be costly and time consuming. In addition, it is impossible not to note the methodological complexity of the resolution of such heterogeneous social relations in the conditions of the need for their fairly frequent changes. At the same time, the systematization of migration legislation would help to improve the efficiency of state legal regulation of the migration sphere, streamline the

interaction of participants in migration relations, more clearly separate the powers of public authorities at various territorial levels, overcome existing legal gaps and conflicts.

References

- Andrichenko, L.V. and Plyugina, I.V., 2019. *Migracionnoe zakonodatel'stvo Rossijskoj Federacii: tendencii razvitiya i praktika primeneniya* = [Migration legislation of the Russian Federation: development trends and application practices]. Moscow: IZiSP; Norma; Infra-M. (In Russ.)
- Andrichenko, L.V., 2014. Problems of systematization of migration legislation. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 12, pp. 5–15. (In Russ.)
- Artemov, V.Yu., Vlasov, I.S., Golovanova, N.A., et al., 2012. *Migraciya i prestupnost': sravnitel'no-pravovoj analiz* = [Migration and crime: comparative legal analysis]. Monograf. Moscow: IZiSP, Kontrakt. (In Russ.)
- Czaika, M. and Haas, H. de, 2014. The Globalization of Migration: Has the World Become More Migratory? *International Migration Review*, 48(2). (In Eng.)
- Habrieва, T.Ya. and Chernogor, N.N., 2018. Law in a digital reality. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 1, pp. 85–102. (In Russ.)
- Habrieва, T.Ya., 2018. *Izbrannye trudy: v 10 t. T. 4. Migracionnoe parvo Rossii: teoriya i praktika* = [Selected works. In 10 vols. Vol. 4. Migration law of Russia: theory and practice]. Moscow. (In Russ.)
- Habrieва, T.Ya., Andrichenko, L.V. and Plyugina, I.V., 2010. Dynamics of migration legislation development in modern Russia. *Zhurnal rossijskogo prava* = Journal of Russian Law, 10, pp. 12–24. (In Russ.)
- Hernández, G. and Cuauhtémoc, C., 2015. The Life of Crimmigration Law. *Denver University Law Review*, 92(4). (In Eng.)
- Kapinus, O.S., 2016. [Counteracting Illegal Migration as a Threat to National Security of Russia]. *Migracionnoe pravo* = Migration Law, 1, pp. 29–33. (In Russ.)
- Kozlov, V.F. and Luk'yanov, A.S., 2015. Consolidation of national legislation in the field of combating illegal migration. *Rossiyskaya yusticiya* = [Russian Justice], 3. (In Russ.)
- Kozlov, V.F., 2018. [Administrative and legal means of ensuring migration security in Russia]. *Administrativnoe pravo i process* = [Administrative Law and Proceeding], 10. (In Russ.)

- Kudeshkina, O.B., 2002. *Sistematizatsiya otechestvennogo zakonodatel'stva* = [Systematization of domestic legislation]. Abstract of Cand. Sci. dissertation. Kazan'. (In Russ.)
- Malahov, V.S., Mkrtchyan, N.V., Vendina, O.I., et al., 2015. *Mezhdunarodnaya migratsiya i ustojchivoe razvitie Rossii* = [International migration and sustainable development of Russia]. Moscow: Delo RANHiGS. (In Russ.)
- Mendoza, J.J., 2018. The Contradiction of Crimmigration. *Hispanic/Latino Issues in Philosophy*, 17(2). (In Eng.)
- Sal'nikov, V.P. and Bryleva, E.A., 2018. [The criteria of the correct migration policy: domestic and foreign experience]. *Migracionnoe pravo* = Migration Law, 3, pp. 25–28. (In Russ.)
- Semenova, A.V., 2016. [Current state of migration security in the Russian Federation]. *Administrativnoe pravo i process* = [Administrative Law and Proceeding], 2. (In Russ.)
- Shpet, E.N., 2015. [Educational migration as a tool for training University students using the practices of the foreign educational system]. *Nauchno-pedagogicheskoe obozrenie* = [Scientific Pedagogical Review], 1(7). (In Russ.)
- Stumpf, J., 2006. Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, 56(2), Art. 3. (In Eng.)
- Trubin, V., Nikolaeva, N., Myakisheva, S. and Husainova, A., 2018. [Population migration in Russia: trends, problems, solutions]. *Social'nyj byulleten'. Analiticheskij centr pri Pravitel'stve Rossiiskoy Federatsii* = [Social Bulletin. Analytical Center Under the Government of the Russian Federation], May. (In Russ.)
- Vasil'ev, A.M. and Kopchenko, I.E., 2017. Content of administrative law regulation of immigration. *Migracionnoe pravo* = [Migration Law], 4, pp. 3–6. (In Russ.)
- Vertovec, S., 2007. Super diversity and its implications. *Ethnic and Racial Studies*, 30(6). (In Eng.)
- Zherebcov, A.N. and Malyshev, E.A., 2018. [Federal state migration control: prospects of the development of the regulatory legal concept]. *Migracionnoe pravo* = Migration Law, 2, pp. 31–34. (In Russ.)

Information about the authors / Информация об авторах:

Lyudmila V. Andrichenko, Head of Public Law Research Centre, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (34 B. Cheryomushkinskaya St., Moscow, 117218, Russia), Dr.

Sci. (Law), Professor [**Андриченко Людмила Васильевна**, заведующий центром публично-правовых исследований ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации» (117218, Россия, Москва, ул. Б. Черёмушкинская, д. 34), доктор юридических наук, профессор]. E-mail: federal@izak.ru

Inna V. Plyugina, Leading Researcher of Public Law Research Centre, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (34 B. Cheryomushkinskaya St., Moscow, 117218, Russia), Cand. Sci. (Law) [**Плюгина Инна Владимировна**, ведущий научный сотрудник центра публично-правовых исследований ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации» (117218, Россия, Москва, ул. Б. Черёмушкинская, д. 34), кандидат юридических наук]. E-mail: federal@izak.ru

УДК 005:000.34

DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.59-81

Современная концепция комплексного «ИКС»-подхода к анализу и оптимизации правовых эргасистем

Д.А. Ловцов*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия
dal-1206@mail.ru*

Введение. Отсутствие стройной системологии права не позволяет обеспечить научно обоснованную формализацию решения основных теоретических проблем правопонимания и правоприменения. Разработка соответствующего формально-теоретического аппарата возможна на основе продуктивной системологической концепции. Обоснование такой концепции базируется на исследовании философских оснований и основополагающих системологических принципов (целостности, динамического равновесия, обратной связи и др.) и применении логико-лингвистических методов проблемно-ориентированного системного подхода.

Теоретические основы. Методы. Концептуально-логическое моделирование правовых эргасистем, системный анализ и разработка теоретико-прикладных основ технологии двухуровневого правового регулирования; обобщение и модификация частных научных результатов автора, опубликованных в 2000–2019 гг. в авторских научных работах и учебных изданиях.

Результаты исследования. Обоснован современный концептуальный вариант комплексного «информационно-кибернетически-синергетического» подхода («ИКС»-подхода) как общей методологии анализа и оптимизации правовых эргасистем, характеризующийся обоснованной трехкомпонентной совокупностью методологических принципов исследования, соответствующей трехаспектной физической природе исследуемых сложных систем правового регулирования как эргатических систем; уточнена концептуально-логическая модель правовой эргасистемы с учетом фундаментального принципа обратной связи; эксплицирован закон необходимого разнообразия У.Р. Эшби и обоснованы соответствующие условия эффективной технологии двухуровневого (нормативного и индивидуального) правового регулирования; определены базовые понятия и методологические принципы современной системологии правового регулирования; обоснована функциональная организация инвариантного контура рационального регулирования.

Обсуждение и заключение. Разработанный концептуальный объектно-ориентированный вариант комплексного «ИКС»-подхода к анализу и оптимизации правовых эргасистем представляет собой методологическую основу разработки адекватного формально-теоретического аппарата системологии правового регулирования, который позволит формализовать решение основных теоретических проблем правопонимания и правоприменения, а также разработать и внедрить специальные информационно-правовые технологии, базирующиеся на концепции информационно-функциональных баз данных и знаний, что обеспечит повышение информационной эффективности систем правового регулирования общественных отношений как информационно-кибернетических систем с учетом субъективной организующей деятельности людей и объективных синергетических процессов дезорганизации.

Ключевые слова: комплексный ИКС-подход («информационно-кибернетически-синергетический»), методологические принципы, концепция, правовая эргасистема, концептуально-логическая модель, двухуровневое правовое регулирование, общественные отношения, системология, закон необходимого разнообразия, правовая информация, информационно-правовая технология, инвариантный контур рационального регулирования

Для цитирования: Ловцов Д.А. Современная концепция комплексного «ИКС»-подхода к анализу и оптимизации правовых эргасистем // Правосудие. 2020. Т. 2, № 1. С. 59–81. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.59-81

Modern Conception of Combined “ICS”-approach (“Information, Cybernetic and Synergetic”) for Analysis and Optimization of Legal Ergasystems

Dmitriy A. Lovtsov*

** Russian State University of Justice, Moscow, Russia
For correspondence: dal-1206@mail.ru*

Introduction. The lack of a coherent systemology law does not enable the use of evidence-based formalization to solve the basic theoretical problems of law interpretation and enforcement. The development of an appropriate formal-theoretical apparatus is possible on the basis of a productive systemological concept. The justification of this concept is based on the study of philosophical bases and fundamental principles (integrity, dynamic equilibrium, feedback, etc.) and the use of logical and linguistic methods of problem-oriented system approach.

Theoretical Basis. Methods. The conceptual and logical modeling of legal ergasystems, the systems analysis and resolution of the theory-applied base of technology of two-tier legal regulation; the synthesis and modification of private scientific results of the author published in 2000–2019, with copyright in the author's scientific works and educational publications.

Results. The contemporary conceptual variant of combined “ICS”-approach (“information, cybernetic and synergetic”) as a general methodology of analysis and optimization of legal ergasystems, as characterized by the following conditions: the substantiation of the appropriate three-part set of methodological research principles, corresponding to the triple-aspect physical nature of the study of complex legal systems as ergasystems; the clarification of the conceptual and logical model of the legal ergasystem taking into account the fundamental feedback principle; the definition of the law of necessary diversity of William R. Ashby is justified and corresponding conditions of realize of effective technology of two-level (normative and individual) legal regulation; the definition of basic concepts and methodological principles of modern systemology of legal regulation; the justification of the functional organization of the Invariant Rational Control Loop.

Discussion and Conclusion. A developed conceptual object-oriented version of combined “ICS”-approach for analysis and optimization of legal ergasystems is a methodological basis for the development of a working formal-theoretical apparatus of legal regulation systemology. This will formalize the decisions of the main theoretical problems of law interpretation and enforcement, as well as developing and implementing special information and legal technologies based on the concept of information and functional databases and knowledge. This will in turn ensure the information increases the effectiveness of the system of legal regulation of public relations as an information and cybernetic system subject to the subjective organizing process of human activity and the objective synergetic processes of disorganization.

Keywords: combined “ICS”-approach (“information, cybernetic and synergetic”), methodological principles, conception, legal ergatic system (ergasystem), two-level legal regulation, public relations, systemology, law of necessary diversity, legal information, organization and legal technology, invariant rational control loop

For citation: Lovtsov, D.A., 2020. Modern conception of combined "ICS"-approach ("information, cybernetic and synergetic") for analysis and optimization of legal ergasystems. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 59–81. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.59-81

Введение

В настоящее время не существует стройной системологии права, которая обеспечивала бы эффективную взаимосвязь философии и конкретно-прикладных юридических наук в трехуровневой [Ловцов, Д.А., 2016] системе научных знаний. Вместе с тем для формализации решения основных теоретических проблем правопонимания, в частности таких, как установление пределов и разрешение противоречий правового регулирования общественных отношений, обеспечение и количественная оценка качества и эффективности функционирования правоохранительной системы (включая судебную систему), эффективности правового регулирования и др., необходимо разработать соответствующий формально-теоретический аппарат. Разработка такого аппарата возможна на основе продуктивной *концепции*, представляющей собой упорядоченную совокупность (ансамбль) методологических принципов исследования, учитывающих природу правовой системы и системы правового регулирования общественных отношений в целом. В связи с этим статья посвящена актуальной задаче разработки и обоснования концепции объектно-ориентированного системного – комплексного «информационно-кибернетически-синергетического» («ИКС») подхода.

Теоретические основы. Методы

Путь решения задачи:

1. Концептуально-логическое моделирование правовых эргасистем на основе функционально-логической декомпозиции систем правового регулирования и системный анализ особенностей их функционирования.

2. Разработка комплексного «ИКС»-подхода на основе интеграции методологии *информационного* подхода (при котором эргасистема рассматривается как целенаправленная информационная система), методологии *кибернетического* подхода (при котором эргасистема рассматривается как система управления на уровне информационных процессов и алгоритмов функционирования информационной базы), методологии *синергетического* подхода (при котором эргасистема рассматривается как динамическая самоорганизующаяся система, взаимодействующая со средой) в рамках методологии *системного* подхода (при котором эргасистема рассматривается как сложноорганизованная многоаспектная система) в составе *структурно-математического* (при котором обеспечивается необходимый уровень математизации системных «ИКС»-понятий), *операционного* (при котором в многослойной автоматизированной имитационной модели операции объединяются

математические и логико-лингвистические описания цели, процесса и результатов операции), *ситуационного* (при котором принятие решений осуществляется в динамике в реальном времени функционирования эргасистемы с учетом сложившейся ситуации) подходов.

3. Применение данного варианта «ИКС»-подхода и разработка теоретико-прикладных основ технологии двухуровневого правового регулирования, включая разработку базового инвариантного контура рационального регулирования (функциональная структура эргасистемы), с выявлением его атрибутивных свойств, имеющих методологический характер.

Результаты исследования

1. Модель правовой эргасистемы

Совершенствование правовых эргасистем¹, т. е. сложноорганизованных *систем правового регулирования* (международных, национальных, федеральных, территориальных и др.) общественных отношений, связано в настоящее время с развитием теоретико-прикладной базы информационно-правовой технологии *правового и индивидуального регулирования* [Ершов, В.В., 2018], которое возможно, в частности, на основе проблемной (правовой) ориентации комплексного «информационно-кибернетически-синергетического» подхода («ИКС»-подхода) – системного подхода, в котором внимание акцентируется на его информационном, кибернетическом и синергетическом аспектах, что соответствует ИКС-природе правовых эргасистем [Ловцов, Д.А., 2000, 2009].

Проблемная (правовая) ориентация «ИКС»-подхода основывается на исследовании обоснованной *концептуально-логической модели* системы правового регулирования (правовой эргасистемы).

Правовая эргасистема *конструктивно* представляет собой единое образование множества компонентов и связей, находящихся в сложных отношениях между собой, обладающее новыми свойствами структурной и функциональной *целостности: эмерджентности* (от англ. emergent – внезапно появляющийся, неожиданно возникающий) – появления нового качества в статике и *синергизма* (от греч. synergos – вместе действующий, сотрудничающий) – повышения эффективности в динамике [Богданов, А.А., 1922], не сводящимися к свойствам входящих в это образование компонентов и связей.

¹ Эргатическая система (эргасистема) – сложная человеко-машинная система управления (регулирования) объектами технических, технологических, экономических, экологических, организационных, правовых и других комплексов и отношений, в которой управляющая система (в частности, правовая система, АСУ и др.) содержит человека-оператора (или группу операторов) как главный компонент, характеризующаяся функциональной активностью и функциональным гомеостазисом на множестве функциональных возможностей в условиях динамически изменяющейся внешней среды.

Функционально (по целевому предназначению) правовая эргасистема является сложной открытой, неравновесной (и в силу этого незавершенной) социальной информационно-кибернетической системой, обеспечивающей правовое регулирование общественных отношений, характеризующейся высокой степенью динамичности, неустойчивости и неопределенности.

В связи с этим обобщенную концептуально-логическую модель правовой эргасистемы макроуровня [Ловцов, Д.А., 2016] можно представить (рис. 1) совокупностью трех [Ветютнев, Ю.Ю., 2002] базовых функциональных подсистем, включая *правовую систему* (позитивное право, правовые институты, правовая наука), *правосознание* (индивидуальное, групповое, общественное) и *правоотношения*, и четырех основных информационно-кибернетических контуров целевого регулирования, включая:

- внутренний двухуровневый информационно-кибернетический контур правового двухуровневого (нормативного и индивидуально-го) регулирования, последовательно охватывающий базовые функциональные подсистемы, – *внутреннее* регулирование;
- внешние три информационно-кибернетических контура социально-экономического регулирования – *внешнее* регулирование.

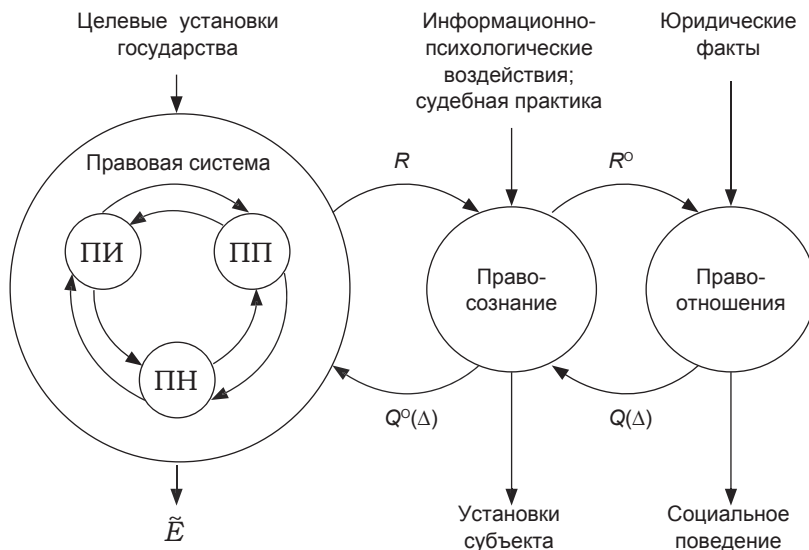


Рис. 1. Концептуально-логическая модель системы правового регулирования

Главная особенность внутреннего двухуровневого контура регулирования состоит в том, что *правосознание*, являющееся самоорганизующимся, латентным, малоустойчивым звеном, осуществляет передачу на

регулируемые объекты (общественные отношения) строго детерминированных управляющих воздействий – нормативных правовых предписаний R .

С учетом современной концепции² интегративного правопонимания [Ершов, В.В., 2018] и системологического принципа обратной связи [Bertalanffy, L. von, 1968] (коррекции³ права в ходе регулирования) основными внешними входными воздействиями базовых функциональных подсистем и их соответствующими выходными «откликами» (результатами) можно считать следующие (см. рис. 1):

- целевые установки государства и соответствующая интегральная оценка \tilde{E} эффективности правового двухуровневого (нормативного и индивидуального) регулирования, характеризующая степень выполнения целевых установок (достижения целей регулирования), – для *правовой системы*;

- правоприменительная практика (правовые позиции судов, разъяснения Пленумов Верховного Суда Российской Федерации, судебные прецеденты права и др.), информационно-психологические воздействия (агитация, пропаганда, инфозомбирование, «25-й кадр», гипноз и др.) государственных и иных структур («независимых» СМИ, «интернациональных» фондов, «культурных реформаторов» народного образования и др.) и сформированные правовые установки (механизмы регуляции деятельности) и интенция (направленность) субъектов – для *правосознания*;

- юридические факты и социальное поведение – для *правоотношений*.

При этом информационно-кибернетическая цепочка *внутреннего* регулирования выглядит следующим образом: «**правовая система** – правовые предписания R (предписывающая⁴ правовая информация) – **правосознание** – осознанные (включая индивидуальные) правовые предписания R^o (правоприменительная правовая информация) – **правоотношения** – осведомляющая (статистическая и др.) правовая информация $Q(\Delta)$ о качестве Δ соблюдения правовых норм и принципов

² Отнесение к праву только принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и международного права, реализующихся в государстве (включая основополагающие принципы и обычаи российского права, национальные правовые акты, правовые договоры; основополагающие принципы и обычаи международного права, международные договоры) [Ершов, В.В., 2018].

³ Конкретизации права путем уточнения и детализации правотворческими органами принципов и норм права и др., а также коррекции нормативного регулирования общественных отношений в результате их индивидуального регулирования с учетом конкретных фактических обстоятельств [Ершов, В.В., 2018].

⁴ Информация о правомерном поведении, выполняющая функцию ограничения разнообразия в поведении своих адресатов (правовой ее делают установленные процедуры принятия, общеобязательность соответствующего понимания, предусмотренные способы использования и др.).

(правовая реализация) – **правосознание** – логически обработанная осведомляющая правовая информация $Q(\Delta)$ – **правовая система**.

«Коррекция» в ходе регулирования в соответствии с принципом обратной связи осуществляется в подсистеме **«правосознание»** посредством, во-первых, конкретизации права в результате уточнения и детализации правотворческими органами принципов, норм права и др., во-вторых, на основе учета содержательной осведомляющей информации о конкретных фактических обстоятельствах и правоприменительной (судебной) практике.

Различие в природе компонентов (подсистем) правовой эргасистемы обуславливает различный уровень проявления синергетических процессов самоорганизации (саморегулирования) [Ветютнев, Ю.Ю., 2002]. Наиболее ярко самоорганизация системы правового регулирования проявляется в таких ее подсистемах, как:

1. *Правосознание*, которое является сложной (латентной, малоустойчивой), тесно связанной с *правовой культурой* (часто достаточно низкой), способной к видоизменению правовой подсистемой, являющейся, кроме того, объектом практически постоянного деструктивного информационно-психологического воздействия средств «информационного оружия» [Лопатин, В.Н., 2014; Ловцов, Д.А. и Сергеев, Н.А., 2001].

2. *Правоведение* (правовая наука), которое, формируясь на основе использования «теоретического правосознания» юристов, в основном определяемого *правовой идеологией*, располагает всеми возможностями для свободного творческого поиска и ведения плюралистической логически аргументированной дискуссии, без которой развитие науки невозможно.

3. *Позитивное право* (совокупность общеобязательных правил поведения, выраженных в системе формальных источников права, включающей нормативные правовые акты, правовые обычаи, судебные прецеденты, международные договоры, внутригосударственные договоры нормативного содержания), в котором самоорганизация наиболее характерна для следующих процессов:

а) правообразования обычаев, т. е. возникновения правовых обычаев естественным (без вмешательства государства) образом – государство лишь обеспечивает уже сложившийся обычай государственным принуждением, например, в Гражданском кодексе Российской Федерации содержатся ссылки на обычаи делового оборота (ст. 5, 309, 311, 312, 314, 315, 316, 406, 421), национальный обычай (ст. 19) и местный обычай (ст. 221, 309);

б) заключения двусторонних международных договоров, регулирующих отношения между субъектами, самостоятельно устанавливающими правила своего взаимодействия (причем часто в условиях «информационно-лингвистической борьбы» [Ловцов, Д.А., 2016], способной привести к негативным хаотическим последствиям);

в) создания судебных прецедентов или выработки судьей или присяжными судебного решения с целью обоснованного выбора (своеобразная *синергетическая бифуркация* (от лат. *bifurcatio* – раздвоение, разветвление) в условиях правовых разногласий сторон одного из альтернативных вариантов на основе внутреннего убеждения посредством *индивидуального судебного регулирования* [Ершов, В.В., 2018].

Кроме того, и в других компонентах и элементах системы правового регулирования возможна самоорганизация, в частности, в *правоотношениях*, поскольку право регламентирует лишь наиболее существенные факторы общественных отношений, оставляя субъектам правоотношений значительную свободу действий, обеспечивая тем самым определенный баланс свободы и минимально необходимых запретов и позитивных требований для защиты интересов субъектов.

В *правовых институтах* (государственные: правотворческие, юрисдикционные, прежде всего правоохранительные, органы; негосударственные: адвокатура, нотариат, профессиональные сообщества юристов, юридические фирмы, третейский суд и др.) элементы самоорганизации характерны, *во-первых*, на этапе создания отдельных новых органов (включая государственные), правовой статус которых с самого начала строго не определен и складывается в процессе их становления, *во-вторых*, на этапе их деятельности (функционирования), как нарушающей правовые ограничения (например, принцип «государственному органу разрешено лишь то, что прямо указано в законе»), так и реализующей дискреционные полномочия (т. е. права должностных лиц принимать решения по *собственному усмотрению*).

Кроме того, в современных исторических условиях наблюдается резкое увеличение синергетических бифуркаций в развитии общественных отношений (включая, в первую очередь, межгосударственные и международные, рыночные и отношения в сфере деятельности органов местного самоуправления). Степень их неопределенности, неустойчивости, неупорядоченности, динамичности значительно возрастает в связи с разрушением существующего миропорядка, обусловленным глобализацией, всеобщей информатизацией, интернационализацией, распадом двухполюсного мира и последовательным формированием взаимозависимого полицентрического мира [Гаджиев, К.С., 2005], непрекращающимся распространением ядерного оружия, возникновением трансграничных корпораций и др. Все это предопределяет невозможность прогнозирования глобального развития и государственно-правового строительства.

В складывающихся условиях возникает проблема формирования адекватной продуктивной концепции правопонимания⁵, базирующей-

⁵ На современном историческом этапе, как правило, в рамках логически очевидной юридической (нравственной, философской) парадигмы правопонимания,

ся на обоснованных и общепризнанных естественно-научных принципах миропонимания и необходимой для создания и развития (рациональной модернизации) эффективных систем правового регулирования. В частности, позволяющей решать такие важные теоретические *проблемы* правопонимания, как обеспечение (повышение) эффективности правового регулирования, разрешение противоречий права, установление пределов правового регулирования и др. [Ершов, В.В., 2018].

В системах правового регулирования синергетические процессы самоорганизации могут привести как к положительным последствиям (например, к повышению целевой (правовой) и технологической эффективности системы и отдельных ее компонентов), так и к негативным (например, к погружению звеньев государственного механизма в состояние синергетического хаоса, который неизбежно приведет к катастрофической гибели общества). Поэтому важно своевременно поддерживать продуктивные процессы самоорганизации и блокировать самопроизвольные процессы дезорганизации как на уровне системы правового регулирования в целом, на котором они проявляются наиболее остро, так и на уровне ее отдельных компонентов (подсистем), на котором их удельный вес, достаточно высокий для правосознания и правопонимания, снижается для правоотношений и наименее низок для правовых норм⁶ и юрисдикционных органов (для которых характерна кибернетическая организация «извне», т. е. внешнее управление).

Сложность, гетерогенность и многоаспектность исторически стремительно развивающегося мира обуславливают сложную организацию разрабатываемых и постоянно совершенствуемых систем правового регулирования как национальных, так и международных.

Создание и совершенствование правовой эргасистемы как целенаправленной информационной системы, с *одной стороны*, связано с определением необходимых предельных возможностей ее функциональных подсистем и элементов, оценки которых целесообразно получить на основе единой *информационной теории сложных систем*, охватывающей систему в целом и базирующейся на принципах комплексного объектно-ориентированного подхода, поскольку система правового регулирования по природе является «информационно-кибернетически-синергетической». Кроме того, в информационных оценках возможен учет неопределенных, качественных и размытых факторов, характерных для систем регулирования (управления).

различающей право и закон (в отличие от противоположной легистской или этатистской парадигмы).

⁶ Своеобразный механизм саморегулирования в подсистеме позитивного права обусловлен наличием специальных норм координирующего характера: коллизионных, дефинитивных и темпоральных, обеспечивающих существование управляющих связей.

С другой стороны, развитие и целевое функционирование правовой эргасистемы как единого целого определяется информационными процессами (технологическими процессами переработки правовой и иной юридически значимой информации), поэтому представляется актуальным ее теоретическое исследование на уровне информационных процессов и алгоритмов функционирования информационной базы эргасистемы, с учетом качества информации различных видов и форм существования и проявления, характерных для правовых эргасистем, а также формальное определение информационного ресурса эргасистемы и возможностей его эффективного использования на основе практически значимых показателей [Lovtsov, D.A., 1995]. Причем, поскольку в задачах правового регулирования наиболее важны качественные (семантические и прагматические) характеристики информации, актуальными представляются исследования и разработка формальных методов обеспечения целевых эффектов правовых эргасистем.

2. Вариант комплексного «ИКС»-подхода

С учетом сказанного разработан и частично апробирован [Ловцов, Д.А. и Сергеев, Н.А., 2001] один (объектно-ориентированный) из возможных конкретных концептуальных вариантов комплексного подхода (рис. 2) к исследованию правовых эргасистем, состоящий в интеграции методологии информационного подхода (при котором эргасистема рассматривается как целенаправленная информационная система), методологии кибернетического подхода (при котором правовая эргасистема рассматривается как система управления на уровне информационных процессов и алгоритмов функционирования информационной базы) с методологией синергетического подхода (при котором правовая эргасистема рассматривается как динамическая самоорганизующаяся система, взаимодействующая со средой) в составе методологии системного подхода (при котором правовая эргасистема рассматривается как сложноорганизованная многоаспектная система).

Философское обоснование интеграции методологии соответствующих информационного, кибернетического и синергетического подходов (аспектов системного подхода) базируется на раскрытии взаимодействия трех фундаментальных философских принципов: *отражения, причинности и развития*, соответственно.

Кроме того, интеграции информационного и синергетического аспектов системного подхода способствует формируемая на их основе общенаучная *энтропийная* концепция. Энтропия (от лат. entropу – поворот, превращение) интерпретируется, в частности, как мера неупорядоченности в термодинамике и тектологии (организационной теории), как мера разнообразия в кибернетике и мера информационной неопределенности в информологии и др. В сложноорганизованных



Рис. 2. Концептуальный вариант комплексного «ИКС»-подхода к исследованию правовых эргасистем

системах, взаимодействующих со средой, энтропийная концепция позволяет исследовать процессы *самоорганизации*, включающие синергетические неравновесные процессы дезорганизации и хаоса (увеличение энтропии) и повышения упорядоченности и организованности (уменьшение энтропии) в результате действия определенного бифуркационного механизма.

Уменьшение общей *энтропии* правовой эргасистемы (согласно известной теореме о минимуме производства энтропии в открытой неравновесной системе [Prigogine, I., 1976]) обуславливает повышение стационарности (постоянство характеристик) ее функционирования во времени.

В свою очередь, интеграции информационного и кибернетического аспектов способствует *целевая концепция*, основная в прикладных правовых исследованиях. Категория цели непосредственно связана с основным понятием кибернетики – управлением (регулированием), поскольку, *во-первых*, данное понятие раскрывается как целенаправленное воздействие управляющей подсистемы («правовая система») на управляемую («правоотношения»), *во-вторых*, достигаемые при этом

цели определяют прагматические характеристики перерабатываемой и используемой пертинентной (от англ. *pertinent* – относящийся к делу, уместный) информации (предписывающей и осведомляющей).

Таким образом, в интегрированный формально-теоретический аппарат комплексного «ИКС»-подхода, т. е. в *системологию правового регулирования*, входят соответствующие основные взаимосвязанные теории, такие как теория формальных языков [Chomsky, N., 1957, 2002] и формальная логика (классическая и неклассическая) – основные теории в информологии; общая теория динамических систем [Осипов, М.Ю., 2006] – основная теория в кибернетике; теория отношений, категорийно-функторная концепция и синергетика [Ветютнев, Ю.Ю., 2002; Венгеров, А.Б., 1993] – основные теории в системологии.

Основными методологическими принципами предлагаемого концептуального варианта комплексного «ИКС»-подхода (см. рис. 2) наряду с базовыми принципами (целостности, сложности и цели) и принципами *модельного описания (формализации)* – структурно-математический (СМ) аспект, *многомодельности* – операционный (О) аспект и *ситуационности* – ситуационный (С) аспект) системного подхода являются соответствующие трем атрибутивным аспектам правовой эргасистемы три группы *профильных принципов*, основные из которых следующие:

1) *информационного аспекта:*

принцип *информационного разнообразия* (имеет место множество видов и качественных форм существования и проявления информации в эргасистеме, для измерения количества которой следует использовать адекватные модели);

принцип *информационного баланса* (требуемое качество правового регулирования обеспечивается при условии строгого превышения суммарного количества осведомляющей информации над количеством управляющей информации);

принцип *информационной ценности* (информационный ресурс эргасистемы следует использовать рациональным способом и только для переработки наиболее ценной и качественной информации, на основе которой действительно возможна выработка оптимальных регулирующих воздействий-предписаний, ведущих к достижению целей регулирования) [Ловцов, Д.А., 2016];

2) *кибернетического аспекта:*

принцип *детерминизма регулирования* (управляющие правовые предписания вырабатываются в результате реализации соответствующих методик, алгоритмов и протоколов оптимизации в конкретной ситуации) [Athans, M. and Falb, P.L., 1966];

принцип *дуальности регулирования* (управляющее воздействие-предписание используется как для приведения объекта к требуемо-

му состоянию, так и для изучения или наблюдения объекта) [Фельдбаум, А.А., 1971];

принцип *гетерогенности регулирования и взаимосвязи* (процессы преобразования информации и выработки управляющих предписаний и процессы передачи информации в эргасистемах не тождественны⁷ и имеют противоположные цели) [Шилейко, А.В., Кочнев, В.Ф. и Химушин, Ф.Ф., 1985];

3) *синергетического аспекта*:

принцип *гомеостатичности* (от греч. homoistatis – состояние динамического равновесия) эргасистемы (в сложных открытых неравновесных системах следует обеспечивать общую направленность синергетических процессов развития от менее упорядоченных к более упорядоченным формам организации) [Prigogine, I., 1976];

принцип *гармонии свободы и ответственности* (хаоса и порядка) составляющих социум *индивидуумов* (необходима своевременная выработка «общечеловеческих» нормативно-ценностных идеалов как перспективных ориентиров-аттракторов (от англ. attractor – притягиватель) общественно-правовой деятельности, например, минимизирующих насилие);

принцип *многовариантности развития* (следует выявлять противоположные факторы кооперации и конкуренции при взаимодействии элементов самоорганизующейся диссипативной (от лат. dissipatio – рассеяние) структуры, обеспечивающие нелинейный («ветвистый») и необратимый характер развития, с целью коррекции последнего).

Данные три группы взаимосвязанных профильных принципов (и соответствующие аспекты системного подхода) ориентируются соответственно на:

исследование иерархии целей (ценностей, потребностей) правовой эргасистемы и информационных процессов их достижения – *информационный аспект*;

обеспечение целевой эффективности правового регулирования – *кибернетический аспект*;

обеспечение технологической эффективности функционирования правовой эргасистемы – *синергетический аспект*.

Каждая группа принципов представляет собой исходную концептуальную модель (парадигму) формальной постановки комплекса соответствующих прагматических профильных задач исследования соответствующей предметной области и их упорядоченного решения с учетом целевого применения эргасистемы и существующих методов исследования.

⁷ Заметим, что известный американский исследователь Н. Винер необоснованно постулировал обратное [Wiener, N., 1948].

Практическая реализация данных методологических принципов анализа и оптимизации правовых эргасистем позволяет обеспечить реализацию фундаментального закона необходимого разнообразия [Ashby, W.R., 1957], информационную сущность которого для правового двухуровневого (нормативного и индивидуального) регулирования можно выразить следующим образом (см. рис. 1):

разнообразие (энтропию $H(z)$) состояний объекта управления (общественных отношений) можно понизить (в результате реализации управляющего воздействия $r \in R$) не более чем на величину количества $I(r, z_0)$ информации в управляющей (правовой) системе об объекте управления, которое равно разнообразию (энтропии $H(r)$) управляющих воздействий (правовых предписаний) за вычетом потери информации $H(r|z_0)$ от неоднозначного управления, т. е.:

$$H(z) \geq H(z_0) - I(r, z_0); I(r, z_0) = H(r) - H(r|z_0),$$

где $r: z_0 \rightarrow z$ – управляющее воздействие, направленное на перевод объекта из текущего состояния $z_0 \in Z$ в требуемое состояние $z \in Z$; $I(r, z_0)$ – количество информации в управляющей системе об объекте управления; R – множество возможных управляющих воздействий (правовых предписаний).

В предельной формулировке закон необходимого разнообразия представляется в виде: *оптимальное* управление объектом достигается при выполнении следующих условий:

1. Соответствия $H(r)$ и $H(z)$, причем $H(r) \geq H(z)$.
2. Строгой однозначности управляющих воздействий и состояний, т. е. когда $H(r|z_0) \rightarrow 0$ (в случае зависимости r, z_0).

Следствием второго условия является *уравнение* информационного баланса:

$$I_0 \geq I_r,$$

где I_0, I_r – количество информации осведомляющей $Q_0(\Delta)$ и управляющей Q_r соответственно; Δ – погрешность достижения цели регулирования.

То есть управление (правовое регулирование) R тем лучше (эффективнее), чем больше разнообразие управляющих воздействий (правовых предписаний) и чем меньше потери от неоднозначности управления. Отсюда прагматическими (для правовой сферы) *следствиями* закона необходимого разнообразия в данной формулировке являются:

– кибернетическое условие *продуктивности* правового двухуровневого (нормативного и индивидуального) регулирования, состоящее в обеспечении превышения разнообразия правовых предписаний над

разнообразием состояний множества регулируемых общественных отношений;

– информационное условие *минимизации потерь* от неоднозначного регулирования, состоящее в обеспечении требования существенного превышения количества *осведомляющей* информации об объекте регулирования над количеством *управляющей* информации, т. е. количеством *предписывающей* информации, которое можно реализовать в управляемом объекте.

Первое условие ориентирует на своевременную, целенаправленную и полномасштабную разработку и обоснование прагматически значительного множества правовых средств и приемов (правовых принципов и норм, фикций, презумпций, субъективных прав и др.), обеспечивая при этом *адекватность* моделей общественных правоотношений – норм права, направленных на упорядочение и стабилизацию общественных отношений; а также – на применение в законодательстве более широких *обобщений* на основе развития *формальной* юридической логики [Нерсисянц, В.С., ред., 2004] (в частности, символической, нечеткой и др.) и на совершенствование *индивидуального* правового регулирования посредством более свободного *толкования*⁸ норм права.

Второе условие (так называемое условие информационного баланса) ориентирует на обеспечение достаточно полной *информированности* законодателя и правоприменителя о состоянии регулируемых общественных отношений – возникающих в социальном взаимодействии политических, экономических, духовных, социальных и других структур (взаимосвязей) в условиях воздействия вредоносной информации и применения так называемого «информационного оружия» [Ловцов, Д.А. и Сергеев, Н.А., 2001], что возможно только на основе многоаспектного, *непрерывного* и конструктивного текущего контроля и *достоверной* логической обработки осведомляющей (контрольной, измерительной, осведомительной, судебно-статистической⁹ и др.) информации.

3. Инвариантный контур правового регулирования

На основе данного варианта комплексного подхода возможна, в частности, разработка формально-логического аппарата – *системологии*

⁸ В условиях отсутствия в России специального закона о толковании права вопрос о рациональных способах толкования является дискуссионным, при этом системный способ представляется наиболее научно обоснованным, что обусловлено наличием множества связей и опосредований у любой нормы права [Ершов, В.В., 2018].

⁹ В частности, представляется необходимым обеспечение высокой достоверности (в первую очередь неискаженности и безошибочности) судебно-статистической информации в процессе ее логической обработки, осуществляемой государственными и ведомственными информационно-аналитическими центрами.

правового регулирования, обеспечивающего как выработку обоснованных требований к организационно-правовому и информационно-техническому обеспечению процесса правового регулирования, так и количественную оценку эффективности и качества последнего.

Исходными понятиями современной системологии правового регулирования являются следующие базовые: «система», «информация», «регулирование», «структура», «качество», «модель», «ситуация», а также их производные («система правового регулирования», «правовая эргасистема», «правовая система», «система права», «система законодательства», «информационно-правовой ресурс», «правовая информация», «информационно-правовой процесс», «информационно-правовая технология», «информационно-правовая структура», «информационно-правовая база», «качество системы правового регулирования», «качество правовой информации» и др.)¹⁰.

При этом исследование целенаправленных иерархических сложных («больших») интегрированных многосвязных правовых эргасистем (см. рис. 1) представляется целесообразным осуществлять на основе концептуально-логического моделирования с применением совокупности *инвариантных* контуров рационального регулирования (рис. 3) [Athans, M. and Falb, P.L., 1966; Фельдбаум, А.А. и Бутковский, А.Г., 1971; Ловцов, Д.А., 2016].

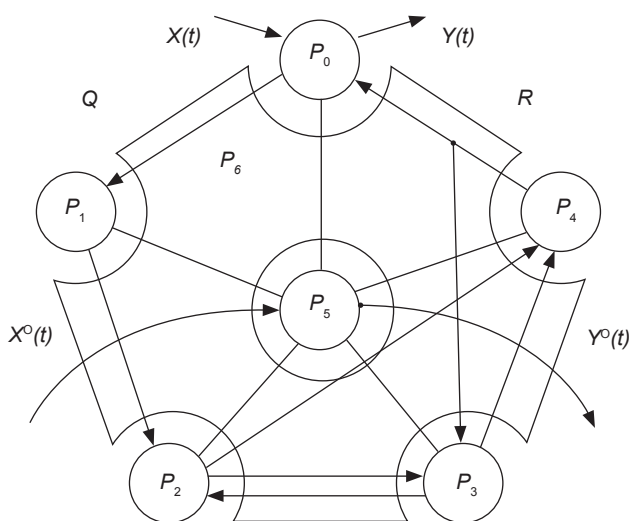


Рис. 3. Инвариантный контур рационального регулирования

¹⁰ Данные общенаучные понятия, приближаясь к философским категориям, интегрируют опыт, накапливаемый в отдельных «ИКС»-теориях, и, по существу, делают этот опыт достоянием всей науки.

Инвариантный контур рационального регулирования (функциональная структура эргасистемы) – структура, элементами которой являются объект P_0 регулирования (управления) любой физической природы (социальной, экономической, технической и др.) и функциональные подсистемы: P_1 – регистрации (измерения) наблюдаемых явлений; P_2 – оценивания (наблюдения) состояния P_0 ; P_3 – идентификации (коррекции модели объекта регулирования) P_0 ; P_4 – принятия регулирующего (управляющего) решения; P_5 – централизованной координации и организационного управления «технологическими» функциональными подсистемами; P_6 – информационного обмена; а связи между элементами – потоки информации, циркулирующей между функционирующими подсистемами (при регулировании объекта P_0).

На объект P_0 и подсистему P_5 в моменты времени t могут поступать входные воздействия: функциональные $R(t)$, внешние целевые $X(t)$ и внешние координирующие $X^0(t)$, на которые возможны соответствующие отклики – выходные воздействия: $Q(\Delta, t)$, $Y(t)$, $Y^0(t)$.

Обоснование данного инвариантного контура рационального регулирования базируется на следующих *фундаментальных принципах* общей теории управления как принципах функционально-логической декомпозиции управляющего объекта (подсистемы) классической концептуальной модели системы управления – «кибернетической системы» [Athans, M. and Falb, P.L., 1966; Фельдбаум, А.А. и Бутковский, А.Г., 1971; Ловцов, Д.А., 2016]:

1. *Принцип дуальности («двойственности») управления* А.А. Фельдбаума.

Управляющее воздействие $R(t)$ следует использовать как для приведения объекта управления к требуемому состоянию $z(t)$, так и для изучения или наблюдения (оценки состояния $z'(t)$) объекта, для чего нужна осведомляющая (контрольно-измерительная) информация $Q(t)$ от объекта управления, т. е.:

$$\begin{array}{c} R(t) \rightarrow z(t), \\ \downarrow \\ z'(t, Q(t)). \end{array}$$

Реализация данного принципа предписывает вычленение в управляющем объекте (органе управления) кибернетической системы функциональной подсистемы P_1 измерения, обеспечивающей сбор и преобразование контрольно-измерительной информации $Q(t)$ от объекта управления в дискретные моменты времени t_i , $i = 1, 2, \dots, k$.

2. *Принцип оптимальности управления* Р. Беллмана.

Текущее управляющее воздействие $R^*(t)$ должно быть оптимальным относительно состояния $z(t)$ объекта управления, возникшего в резуль-

тате предыдущего оптимального (в отношении того же критерия) управляющего воздействия $R^*(t_0)$, т. е. формируется квазиоптимальная линейная последовательность управляющих воздействий (предписаний):

$$R^*(t) = R\{z'[R^*(t_0)]\}, t > t_0.$$

Реализация данного принципа предписывает вычленение в управляющем объекте (органе управления) кибернетической системы функциональной подсистемы P_2 наблюдения, обеспечивающей наилучшую (в некотором смысле) оценку z' состояния объекта управления.

3. Принцип разделения управления и наблюдения Р. Кальмана.

Подсистема P_2 наблюдения должна обеспечить наилучшую (в некотором смысле) оценку $z'(t)$ состояния объекта управления без учета внешних целей управления $X^0(t)$, а достижение заданной цели $X^0(t)$ должна обеспечить функциональная подсистема P_4 выработки управляющих решений в предположении, что состояние $z(t)$ объекта в любой момент времени известно абсолютно точно.

При этом возможны два случая:

- модель управляемого объекта известна априори, оцениванию в подсистеме P_2 наблюдения подлежит лишь текущее состояние $z(t)$ объекта;

- модель управляемого объекта известна частично и требует коррекции (идентификации) в процессе жизнедеятельности (целевого функционирования) объекта.

Реализация данного принципа предписывает, во-первых, вычленение в управляющем объекте (органе управления) кибернетической системы функциональной подсистемы P_4 выработки управляющих решений, учитывающей заданные внешние цели управления $X^0(t)$ объектом, во-вторых, вычленение функциональной подсистемы P_3 идентификации, осуществляющей текущую коррекцию модели объекта управления, для обеспечения подсистемой P_2 наблюдения абсолютно точной оценки $z'(t)$ состояния объекта управления.

4. Принцип централизации управления.

Цели управления $X^0(t)$ устанавливают, распределяя обязанности по исполнителям в многоэшелонной иерархической организационной подсистеме, причем наиболее ответственные решения поручаются верхним, а исполнение решений – нижним эшелонам управления.

Реализация данного принципа предписывает вычленение в управляющем объекте (органе управления) кибернетической системы функциональной подсистемы P_5 централизованной координации и организационного управления подсистемами, координирующей работу всех функциональных подсистем и технологических процессов переработки информации с учетом заданных внешних целей управления $X^0(t)$ объектом.

Атрибутивными свойствами данного инвариантного контура, имеющего *методологический* характер, являются следующие:

1. Определяет функциональную структуру – логическую организацию системы управления сложных динамических объектов (отношений) P_0 , т. е. представляет собой функционально-логическую модель эргасистемы.

2. Определяет диалектическое содержание «жизненного цикла» управляющей подсистемы – *автоматизированной* системы управления, при котором исключение («отмирание») элементов подсистемы P_5 централизованной координации и организационного управления превращает ее в систему *автоматического* управления, высвобождая людей-операторов для решения новых сложных задач; а исключение элементов подсистем P_2 наблюдения и P_3 идентификации приводит опять к ручной переработке информации при управлении новыми сложными динамическими объектами P_0 с еще не формализованными задачами.

3. Определяет организацию модельно-алгоритмического обеспечения эргасистемы, что предоставляет возможность рациональной организации коллективной разработки модельно-алгоритмического обеспечения управления сложными динамическими объектами P_0 с учетом их специфики, определяемой кортежем основных признаков, в частности:

$$Q_i = \langle P, N, T, M, E, R \rangle, \text{ где}$$

P – физическая природа (социальная, экономическая, техническая и др.);

N – назначение;

T – тип;

M – модификация;

E – этап целевого использования;

R – режим.

4. Совокупность инвариантных контуров (в виде овала со стрелкой) рационального управления (регулирования) позволяет легко формировать многоэшелонные (многоуровневые) модели конкретных эргасистем.

Обсуждение и заключение

Таким образом, рассмотрены общетеоретические и формально-логические аспекты современной системологической концепции объектно-ориентированного варианта комплексного «ИКС»-подхода («информационно-кибернетически-синергетического») как общей методологии исследования правовых эргасистем, предназначенной для разработки адекватного формально-теоретического аппарата системологии правового регулирования, который позволит формализовать решение основных теоретических проблем правопонимания.

Реализации рассмотренного концептуального объектно-ориентированного варианта комплексного «ИКС»-подхода в сфере национальной безопасности, в педагогике, в военном деле и в сфере управления [Ловцов, Д.А. и Сергеев, Н.А., 2001] свидетельствуют о его рациональности и эффективности при исследовании ряда сложных систем, включая крупномасштабные эргасистемы, организационные системы, дидактические системы, автоматизированные системы управления сложными динамическими объектами и др.

Поэтому представляется логичным предположить, что применение на практике формально-теоретического аппарата системологии правового регулирования, обобщающего и развивающего результаты общей теории правового регулирования [Ершов, В.В., 2018; Осипов, М.Ю., 2006] и информационной теории эргасистем (сложных систем управления) [Ловцов, Д.А., 2005], позволит разработать и внедрить специальные *информационно-правовые технологии*, базирующиеся на концепции информационно-функциональных баз данных и знаний, что обеспечит повышение информационной эффективности систем правового регулирования как информационно-кибернетических систем с учетом субъективной организующей деятельности людей и объективных синергетических процессов дезорганизации.

Для целенаправленного совершенствования систем правового регулирования, а следовательно, законодательства и правовых институтов, для выработки обоснованных требований к организационно-правовому и информационно-техническому обеспечению процесса правового регулирования общественных отношений необходимо располагать принципиально обоснованным научно-методическим аппаратом достоверной количественной оценки их качества и эффективности в смысле достижения целей, поставленных при их создании и разработке. Это позволит также количественно оценить степень адекватности правовых норм регулируемым общественным отношениям. Без разработки подобных системологических концепций и соответствующих научно-методических средств оценивания не представляется возможным говорить в настоящее время о какой-либо эффективности права в научном смысле.

Список использованной литературы

- Богданов А.А. Тектология – Всеобщая организационная наука. СПб., 1922. (Переиздание: В 2 кн. М. : Экономика, 1989).
- Венгеров А.Б. Синергетика и политика // Общественные науки и современность. 1993. № 4. С. 36–45.
- Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4. С. 64–69.

- Гаджиев К.С. Миропорядок сквозь призму синергетики // Международные процессы. 2005. Т. 3, № 3. С. 124–131.
- Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 316 с.
- Ловцов Д.А. Информационная теория эргасистем: Тезаурус. М. : Наука, 2005. 248 с.
- Ловцов Д.А. Концепция комплексного «ИКС»-подхода к исследованию сложных правозначимых явлений как систем // Философия права. 2009. № 5. С. 40–45.
- Ловцов Д.А. О концепции комплексного подхода // Философские исследования. 2000. № 4. С. 158–174.
- Ловцов Д.А. Системология правового регулирования информационных отношений в инфосфере : моногр. М. : РГУП, 2016. 316 с.
- Ловцов Д.А., Сергеев Н.А. Управление безопасностью эргасистем / под ред. Д.А. Ловцова. М. : РАУ-Университет, 2001. 224 с.
- Лопатин В.Н. Проблемы правовой защиты человека в информационной войне // Информационное право. 2014. № 6. С. 17–24.
- Осипов М.Ю. Правовое регулирование как динамическая система // Право и политика. 2006. № 11. С. 17–31.
- Проблемы общей теории права и государства / под. общ. ред. В.С. Нерсесянца. М. : Норма, 2004. 813 с.
- Фельдбаум А.А., Бутковский А.Г. Методы теории автоматического управления. М. : Наука, 1971. 744 с.
- Шилейко А.В., Кочнев В.Ф., Химушин Ф.Ф. Введение в информационную теорию систем. М. : Радио и связь, 1985. 280 с.
- Ashby W.R. An Introduction to Cybernetics. L. : Chapman & Hall, 1957. 295 p.
- Athans M., Falb P.L. Optimal control: An Introduction to the Theory and its Applications. N. Y. : McGraw-Hill, 1966.
- Bertalanffy L. von. General System Theory: Foundations, Development, Applications. N. Y. : George Braziller, 1968 (revised ed. 1976).
- Chomsky N. Syntactic structures. The Hague : Mouton, 1957 (Перевод: Chomsky N. Syntactic structures. Berlin, N. Y. : De Gruyter Mouton, 2002. 115 p.).
- Lovtsov D.A. Informational Indices of the Efficiency of Control Systems for Complex Dynamic Objects // Automation and Remote Control (USA). 1995. Vol. 55, no 12. Part 2. P. 1824–1829.
- Prigogine I. Introduction to Thermodynamics of Irreversible Processes (3th ed.). N. Y. : John Wiley & Sons, 1976.

Wiener N. Cybernetics: Or Control and Communication in the Animal and the Machine. P. : (Hermann & Cie) & Camb. Mass (MIT press), 1948 (2nd revised ed., 1961).

References

- Ashby, W.R., 1957. *An Introduction to Cybernetics*. London: Chapman & Hall, 1957. (In Eng.)
- Athans, M. and Falb, P.L., 1966. *Optimal control: An Introduction to the Theory and its Applications*. New York: McGraw-Hill. (In Eng.)
- Bertalanffy, L. von., 1968. *General System Theory: Foundations, Development, Applications*. New York: George Braziller (revised ed. 1976). (In Eng.)
- Bogdanov, A.A., 1922. *Tektologiya – Vseobshchaya organizatsionnaya nauka* = [Tectology – Universal organization science]. St. Petersburg (Reprint, 1989: 2 books. Moscow: Ekonomika). (In Russ.)
- Chomsky, N., 1957. *Syntactic structures*. The Hague: Mouton (Reprint: 2002. Berlin, New York: De Gruyter Mouton). (In Eng.)
- Ershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obschestvennykh otnosheniy* = [Legal and individual regulation of public relationship]. Monograph. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Feldbaum, A.A. and Butkovskiy, A.G., 1971. *Metody teorii avtomaticheskogo upravleniya* = [Methods of automated control theory]. Moscow: Nauka. (In Russ.)
- Gadzjiev, K.S., 2005. World order through the prism of synergy. *Mezhdunarodnye protsessy* = [International Processes], 3(3), pp. 124–131. (In Russ.)
- Lopatin, V.N., 2014. Problems of man legal protect in Information War. *Informatsionnoe pravo* = [Information Law], 6, pp. 17–24. (In Russ.)
- Lovtsov, D.A., 2000. About conception of complex approach. *Filosofskie issledovaniya* = [Philosophical Researches], 4, pp. 158–174. (In Russ.)
- Lovtsov, D.A., 1995. Informational Indices of the Efficiency of Control Systems for Complex Dynamic Objects. *Automation and Remote Control (USA)*, 55(12), part 2, pp. 1824–1829. (In Eng.)
- Lovtsov, D.A., 2005. *Informatsionnaya teoriya ergasistem: Tezaurus* = [Information theory of ergasystem: Thesaurus]. Moscow: Nauka. (In Russ.).
- Lovtsov, D.A., 2009. Conception of complex “information-cybernetic and synergies” approach to the study of difficult important phenomena

as systems. *Filosofiya prava* = [Philosophy of Law], 5, pp. 40–45. (In Russ.).

Lovtsov, D.A., 2016. *Sistemologiya pravovogo regulirovaniya informatsionnykh otnoshenij v infosfere* = [Legal management systemology of information relations in information sphere]. Monograph. Moscow: RGUP. (In Russ.)

Lovtsov, D.A. and Sergeev, N.A., 2001. *Upravlenie bezopasnost'yu ergasistem* = [Control of ergasystem security]. Ed. D.A. Lovtsov. Moscow: RAU-Universitet. (In Russ.)

Nersesyants, V.S., ed., 2004. *Problemy obschei teorii prava i gosudarstva* = [Problems of universal theory of law and government]. Moscow: Norma. (In Russ.)

Osipov, M.Yu., 2006. Legal adjusting as dynamic system. *Pravo i politika* = [Law and Politic], 11, pp. 17–31. (In Russ.)

Shilejko, A.V., Kochnev, V.F. and Khimushin, F.F., 1985. *Vvedenie v informatsionnyuyu teoriyu system* = [Introduction to the information theory of system]. Moscow: Radio & Svyaz. (In Russ.)

Prigogine, I., 1976. *Introduction to Thermodynamics of Irreversible Processes*. 3rd ed. New York: John Wiley & Sons. (In Eng.)

Vengerov, A.B., 1993. Synergetic and politic. *Obschestvennye nauki i sovremennost'* = [Social Sciences and Modernity], 4, pp. 36–45. (In Russ.).

Vetutnev, Yu.Yu., 2002. Synergetics in law. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 4, pp. 64–69. (In Russ.)

Wiener, N., 1948. *Cybernetics: Or Control and Communication in the Animal and the Machine*. Paris: (Hermann & Cie) & Camb. Mass (MIT press). (2nd revised ed., 1961).

Информация об авторе / Information about the author:

Ловцов Дмитрий Анатольевич, заведующий кафедрой информационного права, информатики и математики ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, Новочерёмушкинская ул., д. 69), доктор технических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации [**Dmitriy A. Lovtsov**, Head of the Chair of Information Law, Informatics and Mathematics, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Technical), Honored Scientist of the Russian Federation]. E-mail: dal-1206@mail.ru

УДК 343.3

DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.82-98

Международно-правовые основы уголовно-правовой охраны информационно-безопасности

М.А. Ефремова*

** Казанский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Казань, Россия
crimlaw16@gmail.com*

Введение. Одной из составляющих национальной безопасности Российской Федерации является информационная безопасность. В условиях становления информационного общества в Российской Федерации роль информационной составляющей национальной безопасности существенно возросла. Появились новые вызовы и угрозы информационной безопасности Российской Федерации, которые требуют реакции законодателя. Вместе с тем условия глобализации требуют от государств совместных мер для решения такой сложной проблемы, как обеспечение информационной безопасности. Следовательно, обеспечение международной информационной безопасности не может быть достигнуто силами одного государства. Необходимы консолидация усилий и выработка единообразного подхода к решению данного вопроса.

Теоретические основы. Методы. Информационное общество характеризуется высоким уровнем развития информационно-коммуникационных технологий и их использованием практически во всех сферах жизнедеятельности. Становление глобального информационного общества, возросшая роль информации и информационно-коммуникационных технологий стали стимулом для принятия ряда международно-правовых актов в этой сфере. Кроме того, разработан и принят ряд иных руководящих документов, определяющих пути и направления законотворчества и сотрудничества на уровне региональных организаций. В мире осознается отсутствие унифицированного и четкого понятийно-категориального аппарата. Это касается и самого понятия «информационная безопасность», унифицированный подход к пониманию которого на международном уровне отсутствует. В исследовании использованы общенаучные методы (материалистической диалектики) и частнонаучные методы: формально-логический, сравнительно-правовой, историко-правовой.

Результаты исследования. Исследование показало, что на международном уровне не только отсутствует правовой акт, регулирующий вопросы в сфере уголовно-правовой охраны информационной безопасности, но и отсутствует как таковое единое понимание информационной безопасности, основных угроз для нее, возможных совместных мер по их предупреждению и устранению.

Обсуждение и заключение. Так как межгосударственное информационное противоборство будет продолжаться и набирать новые обороты, то назрела острая необходимость принятия международного правового акта, направленного на уголовно-правовую охрану информационной безопасности, содержащего классификацию преступлений против информационной безопасности и рекомендации государствам по криминализации деяний против информационной безопасности в национальном законодательстве.

Ключевые слова: информация, безопасность, информационная безопасность, уголовное право, информационное право, международная информационная безопасность, информационное общество, криминализация, киберпреступность, угрозы

Для цитирования: Ефремова М.А. Международно-правовые основы уголовно-правовой охраны информационной безопасности // Правосудие. 2020. Т. 2, № 1. С. 82–98. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.82-98

International Legal Basis of Criminal Law Protection of Information Security

Marina A. Efremova*

* *Kazan Branch, Russian State University of Justice, Kazan, Russia*
For correspondence: *crimlaw16@gmail.com*

Introduction. One of the components of the national security of the Russian Federation is information security. In the context of the information society in the Russian Federation, the role of the information component of national security has increased significantly. There are new challenges and threats to the information security of the Russian Federation, which require the reaction of the legislator. However, the conditions of globalization require States to take joint measures to address such a complex problem as information security. Consequently, international information security cannot be achieved by a single state. It is necessary to consolidate efforts and develop a uniform approach to this issue.

Theoretical Basis. Methods. The information society is characterized by a high level of development of information and communication technologies and their use in almost all spheres of life. The emergence of the global information society, the increased role of information and information and communication technologies have stimulated the adoption of a number of international legal instruments in this area. In addition, a number of other guidance documents have been developed and adopted that define the ways and directions of law-making and cooperation at the level of regional organizations. Their distinctive feature was the realization of the lack of unified and clear conceptual and categorical apparatus. This also applies to the concept of "information security", a unified approach to the understanding of which is not available at the international level. General scientific methods (materialistic dialectics) and private scientific methods: formal-logical, comparative-legal, historical-legal.

Results. Currently, at the international level, there is not only no legal act regulating issues in the field of criminal law protection of information security, but also there is no common understanding of information security, its main threats of possible joint measures to prevent and eliminate them.

Discussion and Conclusion. As the interstate information confrontation will continue and gain new momentum, there is an urgent need for the adoption of an international legal act aimed at the criminal law protection of information security, containing the classification of crimes against information security and recommendations to States on the criminalization of acts against information security in national legislation.

Keywords: information, security, information security, criminal law, information law, international information security, information society, criminalization, cybercrime, threats

For citation: Efremova, M.A., 2020. International legal basis of criminal law protection of information security. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 82–98. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.82-98

Введение

В разработанной и опубликованной новой редакции Стратегии национальной безопасности Российской Федерации¹ вопросы обеспечения информационной безопасности включены практически во все разделы, посвященные реализации стратегических национальных приоритетов [Oliker, O., 2016]. После этого была утверждена и новая редакция Доктрины информационной безопасности Российской Федерации². В этом

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212.

² URL: <http://www.kremlin.ru/acts/news/53418> (дата обращения: 15.09.2017).

документе не только дана оценка современному состоянию информационной безопасности Российской Федерации, но и определен перечень угроз, а также совокупность средств, способных обеспечить должный уровень защиты информационной безопасности Российской Федерации. Следующим этапом обновления стратегических документов в данной сфере стало утверждение новой Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы³.

Процессы формирования глобального информационного пространства актуализируют вопрос обеспечения международной информационной безопасности. Использование достижений научно-технического прогресса возможно не только в позитивных целях, но и для обеспечения превосходства отдельного государства или государств на международной арене, что влечет появление новой сферы межгосударственного противоборства, которая касается уже не только интересов отдельного государства, но и системы международной безопасности в целом.

Теоретические основы. Методы

В соответствии с Основами государственной политики Российской Федерации в области международной информационной безопасности на период до 2020 года⁴ под международной информационной безопасностью понимается такое состояние глобального информационного пространства, при котором исключены возможности нарушения прав личности, общества и прав государства в информационной сфере, а также деструктивного и противоправного воздействия на элементы национальной критической информационной инфраструктуры. Таким образом, следует отличать безопасность глобального информационного пространства и безопасность информационного пространства на национальном уровне, хотя это деление довольно условно, так как информационное пространство постепенно стирает границы. Безопасность международного информационного пространства, т. е. международная информационная безопасность, зависит от безопасности информационного пространства отдельно взятого государства. Поэтому чрезвычайно важно достигнуть соглашения между государствами по вопросам обеспечения информационной безопасности в международных документах.

В то время как в Российской Федерации категория «информационной безопасности» рассматривается достаточно широко, подавляющему большинству международно-правовых актов присуще «западное» понимание информационной безопасности как синонима кибербезопасности [Зиновьева, Е.С., 2013; Степанов-Егиянц, В.Г., 2016]. Однако кибербезопасность есть не что иное, как составная часть информаци-

³ URL: <http://kremlin.ru/acts/bank/41919/page/1> (дата обращения: 20.09.2017).

⁴ URL: <http://www.scrf.gov.ru/> (дата обращения: 25.05.2015).

онной безопасности, т. е. они соотносятся как часть и целое. Само слово «кибербезопасность» (англ. cybersecurity) образовано слиянием прилагательного «кибер» и существительного «безопасность». В Оксфордском словаре дается следующее определение этого прилагательного: «относящийся к компьютерам, информационным технологиям, виртуальной реальности»⁵. Таким образом, кибербезопасность в самом общем виде можно определить как состояние защищенности киберпространства от противоправных посягательств. В узком понимании этого термина кибербезопасностью следует считать безопасность использования информационно-телекоммуникационных технологий.

Результаты исследования

Отдельные составляющие информационной безопасности все же получили нормативно-правовую регламентацию в международном праве, и прежде всего это касается права на информацию. Еще на первой сессии Генеральной Ассамблеи ООН в Резолюции A/RES/59 (I)⁶ было закреплено положение о том, что право на информацию является основным правом человека и представляет собой критерий всех видов свободы. Свобода информации означает право повсеместно и беспрепятственно собирать, передавать и опубликовывать информационные сведения.

Статья 19 Всеобщей Декларации прав человека ООН 1948 г. закрепила положение о том, что каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их. Это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ⁷. А в ст. 12 установлено, что никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным посягательствам на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции или на его честь и репутацию. Тем самым Декларация провозгласила право на защиту личной информации от неправомерного доступа.

Статья 10 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод⁸ также закрепляет право свободно получать и распростра-

⁵ URL: <http://oxforddictionaries.com/definition/english/cyber?q=cyber> (дата обращения: 30.06.2013).

⁶ A/RES/59 (I) от 14 декабря 1946 г. «Созыв международной Конференции по вопросу о свободе информации». URL: <http://un.org> (дата обращения: 30.06.2013).

⁷ URL: <http://www.un.org/ru/universal-declaration-human-rights/index.html> (дата обращения: 14.10.2014).

⁸ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (заключена в Риме 4 ноября 1950 г.). URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf (дата обращения: 14.01.2015).

нять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны публичных властей и независимо от государственных границ. Статья 8 этой же Конвенции гарантирует право на уважение личной и семейной жизни, жилища и корреспонденции.

В докладе Генеральной Ассамблеи ООН от 16 мая 2011 г.⁹ право на доступ к сети Интернет было отнесено к неотъемлемым правам человека, ограничение доступа к сети Интернет и распространения информации признано нарушением основных прав человека.

18 декабря 2013 г. была принята Резолюция 68/167 «Право на неприкосновенность личной жизни в цифровой век»¹⁰, в которой отмечалось, что быстрые темпы технологического развития позволяют людям во всех регионах мира пользоваться новыми информационными и коммуникационными технологиями и в то же время повышают способность правительств, компаний и физических лиц отслеживать, перехватывать и собирать информацию, что может нарушать или ущемлять права человека, особенно право на неприкосновенность личной жизни, закрепленное в ст. 12 Всеобщей Декларации прав человека и в ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах. Поэтому данный вопрос вызывает все большую озабоченность. Резолюция подтвердила, что те же права, которые человек имеет в офлайновой среде, должны также защищаться и в онлайн-среде, включая право на неприкосновенность личной жизни.

Среди международно-правовых актов, затрагивающих проблемы регулирования информационных ресурсов, прежде всего следует выделить Конвенцию о международном обмене изданиями от 5 декабря 1958 г., согласно тексту которой государства обязуются поощрять и облегчать обмен изданиями как между правительственными органами, так и между неправительственными просветительными научно-техническими или культурными учреждениями, не преследующими коммерческих целей. Конвенция об обмене официальными изданиями и правительственными документами между государствами от 5 декабря 1958 г. определяет порядок обмена официальными изданиями и правительственными документами. При этом в документе оговаривается, что она не распространяется на конфиденциальные документы, служебную корреспонденцию и прочие не преданные гласности документы.

Хотя все вышеперечисленные документы и не касаются вопросов борьбы с преступностью в информационной сфере, трудно переоценить их значение. Они составляют тот базис, на котором строятся международно-правовые основы обеспечения информационной безопасности.

⁹ URL: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (дата обращения: 14.10.2014).

¹⁰ A/RES/68/167 от 21 января 2014 г. «Право на неприкосновенность личной жизни в цифровой век». URL: <http://un.org/> (дата обращения: 14.01.2015).

Так как в большинстве государств понятие информационной безопасности сводится к безопасности киберпространства и информационно-телекоммуникационных технологий, то вполне логично, что большинство международно-правовых актов, регулирующих отношения по обеспечению информационной безопасности, сводится именно к обеспечению безопасности в сфере телекоммуникаций.

К наиболее значимым международным актам в этой сфере следует отнести Резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН 55/63 «Борьба с преступным использованием информационных технологий», в которой отмечается значительный прогресс в разработке и внедрении информационных технологий и телекоммуникационных средств. Кроме того, в Резолюции подчеркивается необходимость предупреждения преступного использования информационных технологий в связи с тем, что технический прогресс создал новые возможности для преступной деятельности, и в частности для преступного использования информационных технологий. Для предупреждения преступного использования информационных технологий в Резолюции был предложен комплекс мер, которые следует учитывать государствам для достижения этой цели. В частности, отмечалось, что государства должны обеспечить, чтобы их законодательство и практика не оставляли возможности тем, кто злоупотребляет информационными технологиями, укрываться где бы то ни было. Им надлежит обмениваться информацией о проблемах, с которыми они сталкиваются в борьбе с преступным использованием информационных технологий и т. д.¹¹

Резолюция 57/239 «Создание глобальной культуры кибербезопасности» посвящена вопросам создания глобальной культуры кибербезопасности. В ней подчеркивается, что кибербезопасность нельзя обеспечить с помощью одной только технологии и что приоритет должен отдаваться планированию кибербезопасности и управлению ее обеспечением во всем обществе. Что эффективная кибербезопасность зависит не только от действий государственных или правоохранительных органов и что она должна достигаться превентивными мерами и пользоваться поддержкой во всем обществе. В приложении к Резолюции говорится, что глобальная культура кибербезопасности требует от своих участников:

- осведомленности, что означает информированность участников о необходимости поддержания безопасности информационных систем и сетей и о возможных мерах, которые они могут принять для повышения безопасности;
- ответственности, что предполагает обеспечение каждым безопасности своих информационных систем и сетей, а также оценку их адекватности конкретным условиям;

¹¹ A/RES/55/63 от 22 января 2001 г. «Борьба с преступным использованием информационных технологий». URL: <http://un.org/> (дата обращения: 14.01.2015).

- реагирования, что подразумевает принятие мер реагирования на нарушение требований безопасности;
- этики, т. е. соблюдения законных интересов других участников;
- демократии, что означает соблюдение, с одной стороны, открытости информации и обеспечения ее конфиденциальности – с другой;
- оценки риска, т. е. периодической оценки новых вызовов и угроз безопасности информации;
- проектирования и внедрения средств обеспечения безопасности;
- управления обеспечением безопасности;
- переоценки принимаемых мер по обеспечению безопасности в условиях появления новых угроз и вызовов¹².

Конвенция Совета Европы «О киберпреступности» 2000 г. впервые рекомендовала странам-участницам включить в национальное законодательство единую систему норм об уголовной ответственности за преступления в сфере киберпространства¹³. Конвенция преследует три главные цели: определяет составы киберпреступлений, содержит рекомендации по унификации соответствующих норм, действующих в разных странах, а также раскрывает юридические процедуры и средства совместной борьбы с подобными преступлениями [Простосердов, М.А., 2016, с. 44].

В статье 1 Конвенции даются понятия компьютерной системы и компьютерных данных. Под компьютерной системой понимается любое устройство или группа взаимосвязанных или смежных устройств, одно или более из которых, действуя в соответствии с программой, осуществляет автоматизированную обработку данных. Компьютерные данные – это любое представление фактов, информации или понятий в форме, подходящей для обработки в компьютерной системе, включая программы, способные заставить компьютерную систему выполнить ту или иную функцию. Конвенция делит преступления на четыре группы и в каждой предусматривает несколько составов преступлений:

1) преступления против конфиденциальности, целостности и доступности компьютерных данных и систем:

- противозаконный доступ;
- противозаконный перехват;
- воздействие на данные;
- воздействие на функционирование системы;
- противозаконное использование устройств;

¹² A/RES/57/239 от 31 января 2003 г. «Создание глобальной культуры кибербезопасности». URL: <http://un.org/> (дата обращения: 14.01.2015).

¹³ Конвенция Совета Европы о киберпреступности от 23 ноября 2001 г. // Международное уголовное право в документах : в 2 т. Т. 1. Казань: Казан. гос. ун-т имени В.И. Ульянова-Ленина, 2005. С. 467–482.

2) правонарушения, связанные с использованием компьютерных средств:

- подлог с использованием компьютерных технологий;
- мошенничество с использованием компьютерных технологий;

3) правонарушения, связанные с содержанием данных:

- преступления, связанные с детской порнографией;

4) правонарушения, связанные с нарушением авторского права и смежных прав.

Нормы Конвенции регулируют решение вопросов в следующих направлениях:

- вопросы уголовно-правового характера.

Конвенция предписывает, что каждая страна должна включить в национальное уголовное законодательство те деяния, перечень которых приведен в Конвенции;

- процессуальные вопросы.

Каждая Сторона принимает законодательные и иные меры, необходимые для того, чтобы ее компетентные органы имели возможность оперативно обеспечивать сохранность конкретных компьютерных данных, включая данные о потоках информации, которые хранятся в компьютерной системе, в частности, когда имеются основания полагать, что эти компьютерные данные особенно подвержены риску утраты или изменения (ст. 16). Каждая Сторона обеспечивает сохранность и раскрытие данных о потоках информации (ст. 17).

В соответствии со ст. 19 каждая Сторона принимает законодательные и иные меры, которые могут потребоваться для предоставления ее компетентным органам полномочий на обыск или иной аналогичный доступ к компьютерным системам или их частям, а также хранящимся в них компьютерным данным; носителям компьютерных данных, на которых могут храниться искомые компьютерные данные на ее территории;

- вопросы международного сотрудничества.

Стороны осуществляют максимально широкое сотрудничество друг с другом в целях проведения расследований или судебного преследования в отношении уголовных преступлений, связанных с компьютерными системами и данными, или сбора доказательств по уголовному преступлению в электронной форме. Стороны на взаимной основе оказывают друг другу по возможности максимально правовую помощь в целях проведения расследований или судебного разбирательства в связи с уголовными преступлениями, связанными с компьютерными системами и данными, или сбора доказательств по уголовному преступлению в электронной форме. В экстренных ситуациях Стороны могут направлять запросы о взаимной помощи или сообщения, связанные с такими запросами, используя оперативные средства связи, включая факсимильную связь или электронную почту, в той мере, в какой та-

кие средства обеспечивают соответствующие уровни безопасности и подтверждение подлинности (включая, если необходимо, использование шифрования), с последующим официальным подтверждением, если того требует запрашиваемая Сторона. Запрашиваемая Сторона принимает такой запрос и отвечает на него с помощью любых аналогичных оперативных средств связи. Любая Сторона может попросить другую Сторону неотложно обеспечить сохранность данных, которые хранятся в компьютерной системе, расположенной на территории другой Стороны, и в отношении которых запрашивающая Сторона намеревается в рамках взаимной помощи направить просьбу об обыске или аналогичных обеспечивающих доступ действиях, о выемке или об аналогичном обеспечении сохранности или разглашении этих данных (ч. 1 ст. 29). В соответствии со ст. 35 каждая Сторона назначает контактный центр, работающий 24 часа в сутки семь дней в неделю (24/7), чтобы обеспечить оказание неотложной помощи в целях расследований или судебных разбирательств уголовных преступлений, имеющих отношение к компьютерным системам и данным, или в целях сбора доказательств в электронной форме по уголовным преступлениям. Такая помощь включает содействие или непосредственное применение таких мер, как: оказание технической консультативной помощи, обеспечение сохранности данных, сбор доказательств, предоставление законной информации и установление нахождения подозреваемых лиц. В то же время контактный центр одной Стороны располагает возможностями для оперативного обмена сообщениями с контактным центром другой Стороны.

Особый интерес вызывает ст. 32, в соответствии с положениями которой Сторона может без согласия другой Стороны:

а) получать доступ к общедоступным (открытому источнику) компьютерным данным независимо от их географического местоположения;

б) получать через компьютерную систему на своей территории доступ к хранящимся на территории другой Стороны компьютерным данным или получать их, если эта Сторона имеет законное и добровольное согласие лица, которое имеет законные полномочия раскрывать эти данные этой Стороне через такую компьютерную систему.

Пункт «б», как справедливо отмечает А.Г. Волеводз, фактически представляет собой норму, регламентирующую не что иное, как обыск в компьютерных сетях (или в среде для хранения компьютерных данных) за рубежом с целью обнаружения и изъятия искомой компьютерной информации. Учитывая архитектуру глобальных компьютерных сетей, в любой стране мира возможно найти конкретного поставщика услуг (провайдера), в распоряжении которого имеются законные технические механизмы доступа к компьютерным данным (как к сведениям о сообщениях, передаваемых по сетям электросвязи, так и к са-

мим сообщениям), хранящимся за границей, или который сам (обладая физическими серверами) хранит компьютерные данные иностранного пользователя. При таких обстоятельствах получение доступа к компьютерной информации на территории иностранного государства будет осуществляться фактически бесконтрольно, с нарушением суверенных прав иностранного государства [Волеводз, А.Г., 2007, с. 23].

15 ноября 2005 г. Президент Российской Федерации соответствующим распоряжением поручил МИД России подписать Конвенцию. В то же время в распоряжении говорится, что Российская Федерация определится в своем участии в Конвенции при условии пересмотра положений рассмотренного выше п. «b» ст. 32. 22 марта 2008 г. Президент подписал новое распоряжение, согласно которому распоряжение от 15 ноября 2005 г. № 557-рп утратило силу. Таким образом, Российская Федерация отказалась ратифицировать Конвенцию.

Одним из немногих документов, направленных на обеспечение международной информационной безопасности, стало подписанное 16 июня 2009 г. в Екатеринбурге межправительственное Соглашение государств – членов Шанхайской организации сотрудничества «О сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности»¹⁴. В Соглашении раскрывается основной перечень угроз международной информационной безопасности, к которым относятся:

- 1) разработка и применение информационного оружия, подготовка и ведение информационной войны;
- 2) информационный терроризм;
- 3) информационная преступность;
- 4) использование доминирующего положения в информационном пространстве в ущерб интересам и безопасности других государств;
- 5) распространение информации, наносящей вред общественно-политической и социально-экономической системам, духовной, нравственной и культурной среде других государств;
- 6) угрозы безопасному, стабильному функционированию глобальных и национальных информационных инфраструктур, имеющие природный и (или) техногенный характер.

В Приложении 1 к Соглашению приводится перечень основных понятий в области обеспечения международной информационной безопасности, а в Приложении 2 – перечень основных видов угроз в области международной информационной безопасности, их источников и признаков. Так, информационная преступность определяется как использование информационных ресурсов и (или) воздействие на них в информационном пространстве в противоправных целях. Источником

¹⁴ URL: <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/SCO-090616-IISAgreementRussian.pdf> (дата обращения: 14.10.2014).

этой угрозы являются лица или организации, осуществляющие неправомерное использование информационных ресурсов или несанкционированное вмешательство в такие ресурсы в преступных целях. Ее признаками являются проникновение в информационные системы для нарушения целостности, доступности и конфиденциальности информации; умышленное изготовление и распространение компьютерных вирусов и других вредоносных программ; осуществление DOS-атак (отказ в обслуживании) и иных негативных воздействий; причинение ущерба информационным ресурсам; нарушение законных прав и свобод граждан в информационной сфере, в том числе права интеллектуальной собственности и неприкосновенности частной жизни; использование информационных ресурсов и методов для совершения таких преступлений, как мошенничество, хищение, вымогательство, контрабанда, незаконная торговля наркотиками, распространение детской порнографии и т. д. И хотя предлагаемое в Соглашении понятие информационной преступности нельзя признать удачным, необходимо сказать, что его подписание имеет важное значение, так как в нем определены основные направления, принципы, формы и механизмы сотрудничества, поименованы основные угрозы международной информационной безопасности.

1 июня 2001 г. в Минске было подписано Соглашение «О сотрудничестве государств – участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации»¹⁵. Цель данного Соглашения – обеспечить эффективную борьбу с преступлениями в сфере компьютерной информации. В качестве уголовно наказуемых признаны следующие деяния, если они совершены умышленно:

осуществление неправомерного доступа к охраняемой законом компьютерной информации, если это деяние повлекло уничтожение, блокирование, модификацию либо копирование информации, нарушение работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети;

создание, использование или распространение вредоносных программ;

нарушение правил эксплуатации ЭВМ, системы ЭВМ или их сети лицом, имеющим доступ к ЭВМ, системе ЭВМ или их сети, повлекшее уничтожение, блокирование или модификацию охраняемой законом информации ЭВМ, если это деяние причинило существенный вред или тяжкие последствия;

незаконное использование программ для ЭВМ и баз данных, являющихся объектами авторского права, а равно присвоение авторства, если это деяние причинило существенный ущерб.

Важно отметить, что только первые три вида деяний из перечисленных в Соглашении отражены в УК РФ (соответственно ст. 272, 273,

¹⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 13. Ст. 1460.

274), четвертый же является новым, и ответственность за него в отдельную статью в УК РФ не выделена.

Данное Соглашение, бесспорно, явилось важным шагом на пути унификации законодательства, которая в настоящее время необходима хотя бы на уровне стран СНГ, а в дальнейшем – и на более высоком уровне. Федеральным законом от 1 октября 2008 г. № 164-ФЗ «О ратификации Соглашения о сотрудничестве государств – участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации»¹⁶ оно было ратифицировано, но с оговоркой. Российская Федерация ратифицировала Соглашение с оговоркой, предусматривающей возможность отказа от исполнения запроса полностью или частично, если его исполнение может нанести ущерб ее суверенитету или безопасности. Оговорка сделана ввиду того, что Соглашение содержит иные правила, чем предусмотренные законодательством Российской Федерации, и подлежит ратификации на основании подп. «а» и «б» п. 1 ст. 15 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации».

Проведенный анализ показывает, что мировое сообщество достаточно давно осознало важность обеспечения информационной безопасности. Однако общего понимания по ряду ключевых вопросов так и не удается достигнуть. Работа в области обеспечения международной и региональной информационной безопасности ведется точно: принимаются акты, затрагивающие лишь отдельные составляющие информационной безопасности. Российская Федерация исходит из того, что в настоящее время назрела необходимость разработки нового универсального документа, который заменил бы Конвенцию Совета Европы о киберпреступности 2001 г. Предполагается, что разработка такой конвенции должна вестись под эгидой ООН. Это позволит, с одной стороны, максимально учесть озабоченность всех стран мира противостоянием новым угрозам, а с другой – придать документу действительно глобальный масштаб, без которого борьба с киберпреступностью не может быть достаточно эффективной.

Советом безопасности Российской Федерации совместно с МИД России был разработан проект Конвенции об обеспечении международной информационной безопасности¹⁷. Проект имеет более широкую сферу применения в отличие от Конвенции Совета Европы. Разработанный же Россией проект направлен на регулирование деятельности государств по обеспечению международной информационной безопасности и сохраняет преемственность с принятыми ранее документами ООН.

¹⁶ URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/182969/#ixzz30dK5xmWq> (дата обращения: 21.05.2014).

¹⁷ URL: <http://www.scrf.gov.ru/documents/6/112.html> (дата обращения: 13.04.2014).

В статье 10 проекта Конвенции отмечается, что государства-участники прилагают усилия по криминализации использования информационных ресурсов и (или) воздействия на них в информационном пространстве в противоправных целях, к которым в том числе относятся неправомерное распространение информации, нарушение конфиденциальности, целостности и доступности информации, а также принимают законодательные и иные меры, необходимые для того, чтобы установить и применить ответственность к лицам за покушение, соучастие, подстрекательство к совершению и совершение криминализированных социально опасных деяний в информационном пространстве.

Несмотря на множество положительных моментов, данный проект не получил поддержки других государств. Главным противником стали США, которые выступают за возможность использования киберпространства в военных целях и в ближайшем будущем намереваются предложить свой проект аналогичного документа.

Обсуждение и заключение

Изложенное позволяет заключить, что на международном уровне не только нет правового акта, регулирующего вопросы в сфере уголовно-правовой охраны информационной безопасности, но и отсутствует как таковое единое понимание информационной безопасности, основных угроз для нее, возможных совместных мер по их предупреждению и устранению. Российские инициативы в этом направлении видятся нам весьма удачными. Не возникает сомнений, что такой акт должен быть принят на уровне ООН. В этом акте следует провести классификацию преступлений против информационной безопасности, а также дать рекомендации государствам по криминализации деяний против информационной безопасности в национальном законодательстве. В то же время отсутствие подобного акта может быть выгодно ряду развитых зарубежных стран, так как это позволяет использовать информационное пространство в политических целях, особенно в нынешних условиях осложнившейся международной политической обстановки. Становление глобального информационного общества без такого документа затруднительно. Межгосударственное информационное противоборство будет продолжаться и набирать новые обороты, поэтому такой международный акт крайне необходим.

Список использованной литературы

Волеводз А.Г. Конвенция о киберпреступности: новации правового регулирования // Правовые вопросы связи. 2007. № 2. С. 17–25.

Ефремова М.А. Уголовно-правовая охрана информационной безопасности. М. : Юрлитинформ, 2018. 312 с.

Зинина У.В. Преступления в сфере компьютерной информации в российском и зарубежном уголовном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 33 с.

Зиновьева Е.С. Международная информационная безопасность. М. : МГИМО-Университет, 2013. 194 с.

Козориз Н.А. О предмете правового регулирования информационной безопасности // Информационное право. 2013. № 4. С. 8–11.

Костенко Н.И. Право международной информационной безопасности. М. : Юрлитинформ, 2019. 464 с.

Лопатин В.Н. Информационная безопасность России : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2000. 433 с.

Лопатин В.Н. Проблемы правовой защиты человека в информационной войне // Информационное право. 2014. № 6. С. 17–25.

Простосердов М.А. Экономические преступления, совершаемые в киберпространстве, и меры противодействия им : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. 232 с.

Степанов-Егиянц В.Г. Методологическое и законодательное обеспечение безопасности компьютерной информации в Российской Федерации: уголовно-правовой аспект : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. 59 с.

Тарасов А.М. Киберугрозы, прогнозы, предложения // Информационное право. 2014. № 3. С. 11–15.

Barlow J.P. A Declaration of Independence of Cyberspace. 1996. URL: www.eff.org/-barlow/Declaration-Final.html (дата обращения: 30.06.2019).

Buchan R., Tsagourias N. Cyber War and International Law // Journal of Conflict & Security Law. 2012. Vol. 17, no. 2. P. 183–186.

Efremova M.A., Agapov P.V. Crimes against information security: international legal aspects of fighting and experience of some states // Journal of Internet Banking and Commerce. 2016. April. Vol. 21, no. S3. P. 34–37.

Facon I. Russia's national security strategy and military doctrine and their implications for the EU: in-depth analysis. Belgium, 2017. URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/578016/EXPO_IDA\(2018\)578016_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/578016/EXPO_IDA(2018)578016_EN.pdf) (дата обращения: 30.06.2019). DOI: 10.2861/635490

Menthe D. Jurisdiction in cyberspace: a theory of international spaces // Michigan Telecommunications and Technology Law Review. 1998. Vol. 4, issue 1. P. 69–103.

Mitrakas A. Information security and law in Europe: Risks checked? // Information & Communications Technology Law. 2006. March. Vol. 15. P. 33–53.

O'Connell M. Cyber Security without Cyber War // Journal of Conflict & Security Law. 2012. Vol. 17, issue 2. P. 187–209.

Oliker O. Unpacking Russia's New National Security Strategy // CSIS Commentary. 2016. January 7. URL: <https://www.csis.org/analyRe-sis/unpacking-russias-new-national-security-strategy> (дата обращения: 30.06.2019).

Wang F.F. Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China. Cambridge, 2010. 276 p.

Wilske S., Schiller T. International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet? // Federal Communications Law Journal. 1997. Vol. 50, issue 1. URL: www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v50 (дата обращения: 30.06.2019).

References

Barlow, J.P., 1996. *A Declaration of Independence of Cyberspace*. Available at: www.eff.org/ru/cyberspace-independence [Accessed 30.06.2019]. (In Eng.)

Buchan, R. and Tsagourias, N., 2012. Cyber war and international law. *Journal of Conflict and Security Law*, 17(2), pp. 183–186. (In Eng.)

Efremova, M.A. and Agapov, P.V., 2016. Crimes against information security: international legal aspects of fighting and experience of some states. *Journal of Internet Banking and Commerce*, April, 21(S3), pp. 34–37. (In Eng.)

Efremova, M.A., 2018. *Ugolovno-pravovaya ohrana informacionnoj bezopasnosti* = [Criminal law protection of information security]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.).

Facon, I., 2017. *Russia's national security strategy and military doctrine and their implications for the EU: in-depth analysis*. Belgium, 2017. Available at https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/578016/EXPO_IDA%282017%29578016_EN.pdf > [Accessed 30 June 2019]. DOI: 10.2861/635490 (In Eng.)

Kostenko, N.I., 2019. *Pravo mezhdunarodnoj informacionnoj bezopasnosti* = [Law of international information security]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.).

Kozoriz, N.L., 2013. On the subject of legal regulation of information security. *Informacionnoe parvo* = Informational Law, 4, pp. 8–11. (In Russ.).

- Lopatin, V.N., 2000. *Informacionnaya bezopasnost' Rossii* = [Information security of Russia]. Dr. Sci. (Law) Thesis. St. Petersburg. (In Russ.)
- Lopatin, V.N., 2014. Problems of legal protection of the person in the information warfare. *Informacionnoe parvo* = [Informational Law], 6, pp. 17–25. (In Russ.)
- Menthe, D., 1998. Jurisdiction in cyberspace: a theory of international spaces. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 4(1), pp. 69–103. (In Eng.)
- Mitrakas, A., 2006. Information security and law in Europe: Risks checked? *Information & Communications Technology Law*, 15 March, pp. 33–53. (In Eng.)
- O'Connell, M., 2012. Cyber Security without Cyber War. *Journal of Conflict & Security Law*, 17(2), pp. 187–209. (In Eng.)
- Oliker, O., 2016. Unpacking Russia's New National Security Strategy. *CSIS Commentary*, January 7. Available at: <<https://www.csis.org/analyResis/unpacking-russias-new-national-security-strategy>> [Accessed 30.06.2019]. (In Eng.)
- Prostoserdiv, M.A., 2016. *Ekonomicheskie prestupleniya, sovershaemye v kiberprostranstve, i mery protivodejstviya im* = [Economic crimes committed in cyberspace and measures to counter them]. Cand. Sci. (Law) Thesis. Moscow. (in Russ.).
- Stepanov-Egiyanc, V.G., 2016. *Metodologicheskoe i zakonodatel'noe obespechenie bezopasnosti komp'yuternoj informacii v Rossijskoj Federacii: ugovovno-pravovoj aspekt* = [Methodological and legislative security of computer information systems in the Russian Federation: criminal-legal aspect]. Abstract of Dr. Sci. (Law) dissertation. Moscow. (In Russ.)
- Tarasov, A.M., 2014. [Cyber threats, forecasts, proposals]. *Informacionnoe parvo* = [Informational Law], 3, pp. 11–15. (In Russ.)
- Volevodz, A.G., 2007. [Convention on cybercrime: innovations in legal regulation]. *Pravovye Voprosy Svyazi* = [Legal Issues of Communication], 2. (In Russ.)
- Wang, F.F., 2010. *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*. Cambridge. (In Eng.)
- Wilske, S. and Schiller, T., 1997. International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet? *Federal Communications Law Journal*, 50(1), art. 5. Available at: <<https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol50/iss1/5>> [Accessed 30.06.2019]. (In Eng.)
- Zinina, U.V., 2007. *Prestupleniya v sfere komp'yuternoj informacii v rossijskom i zarubezhnom ugovovnom prave* = [Crimes in sphere of the

computer information in Russian and foreign criminal law]. Abstract Cand. Sci. (Law) dissertation. Moscow. (In Russ.)

Zinov'eva, E.S., 2013. *Mezhdunarodnaya informacionnaya bezopasnost'* = [International information security]. M.: MGIMO-Universitet. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Ефремова Марина Александровна, профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Казанского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (Россия, 420088, г. Казань, ул. 2-я Азинская, д. 7а), доктор юридических наук, доцент [**Marina A. Efremova**, Professor of Criminal Law Disciplines Department, Kazan Branch, Russian State University of Justice (7a 2nd Azinskaya St., Kazan, 420088, Russia), Dr. Sci. (Law), Associate Professor]. E-mail: crimlaw16@gmail.com

Во втором номере журнала «Правосудие/Justice» за 2019 год была опубликована статья известного ученого доктора юридических наук, профессора В.В. Ершова «Право в контексте парадигмы метамодерна», которая привлекла внимание широкого круга читателей научной новизной, неординарной постановкой и разрешением проблем современного правопонимания. Введенный в научный оборот термин «метамодерн» автор исследовал во взаимосвязи с особенностями и крайностями модернистского и постмодернистского понимания права. В статье отражены современные тенденции в развитии теории и философии права, которые свидетельствуют о необходимости пересмотра устоявшихся правовых понятий и категорий в условиях изменившегося культурно-исторического и идеологического контекста развития и функционирования институтов права и государства. В силу этого и не в последнюю очередь по настоятельной просьбе читателей редакция журнала приняла решение о переводе и публикации статьи профессора В.В. Ершова на английском языке с тем, чтобы ознакомить с ее положениями иностранных ученых и тем самым расширить читательскую аудиторию, вовлечь в дискуссию не только отечественных ученых, но и представителей различных зарубежных научных школ, сложившихся на сегодняшний день в мировой юриспруденции.

UDC 34.01

DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.99-114

Law in the Context of the Metamodern Paradigm

Valentin V. Ershov*

** Russian State University of Justice, Moscow, Russia*

For correspondence: evv@rsuj.ru

Introduction. In 2010, Dutch philosophers introduced the concept of the “metamodern” into scientific circulation. The essence of this concept is the desire of these philosophers to rise above the extremes of modernism and postmodernism, and to explore social phenomena in the unity of their diversity and synthesis. This article, in the context of the metamodern paradigm, attempts to study law in the unity of diversity and the synthesis of various forms of national and international law, and in the single system of homogeneous elements which make it up.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the work is the concept of integrative understanding of law, according to which only homogeneous elements of law are synthesized in

a single system of law. Systemic, historical, logical, comparative and hermeneutical research methods were used.

Results. The article analyzes the controversial, in the opinion of the author, conclusions about the law from the standpoint of both legal positivism and the integration of law, as characterized by the synthesis of diverse social phenomena, right and wrong, including those formulated by G. Hart and R. Dvorkin. The work also shows counterproductive practical results of the adoption of legal norms established by controversial interpretation of law.

Discussion and Conclusion. As a result of the discussion, the author concludes: law in the context of the metamodern paradigm from the perspective of the concept of integral understanding of law, which synthesizes only homogeneous social elements, is expressed primarily in the principles and norms of law contained in a single, multi-level and still-developing system of forms of national and international law, which are implemented in the state.

Keywords: law, paradigm, metamodern, modernism, postmodernism, legal positivism, legal naturalism, wrong, principles of law, legal system, sources and forms of law, gaps in law, integral understanding of law.

For citation: Ershov, V.V., 2020. Law in the context of the metamodern paradigm. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 99–114. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.99-114

Право в контексте парадигмы метамодерна

В.В. Ершов*

* *ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия*
evv@rsuj.ru

Введение. Западные философы ввели в 2010 г. в научный оборот понятие «метамодерн» с целью подняться над крайностями модернизма и постмодернизма, исследовать социальные явления в единстве их многообразия и синтеза. В статье в контексте парадигмы метамодерна сделана попытка исследования права в единстве многообразия и синтеза различных форм национального и международного права, единой системы однородных элементов, ее составляющих.

Теоретические основы. Методы. Теоретическая основа работы – концепция интегративного правопонимания, в соответствии с которой в единой системе права синтезируются только однородные элементы права. Методы исследования – системный, исторический, логический, сравнительный и герменевтический.

Результаты исследования. В статье проанализированы спорные, по мнению ее автора, выводы о праве с позиций как юридического позитивизма, так и интеграционного правопонимания, характеризующегося синтезом разнородных социальных явлений, права и неправа, в том числе сформулированные Г. Хартом и Р. Дворкиным. В работе выявлены контрпродуктивные практические результаты принятия норм права, установленных в соответствии с дискуссионными типами правопонимания.

Обсуждение и заключение. В результате исследования автор пришел к выводу: право в контексте парадигмы метамодерна с позиции концепции интегративного правопонимания, синтезирующей лишь однородные социальные элементы, выражается прежде всего в принципах и нормах права, содержащихся в единой, многоуровневой и развивающейся системе форм национального и международного права, реализуемых в государстве.

Ключевые слова: право, парадигма, метамодерн, модернизм, постмодернизм, юридический позитивизм, юснатурализм, неправо, принципы права, система права, источники и формы права, проблемы в праве, интегративное правопонимание

Для цитирования: Ершов В.В. Право в контексте парадигмы метамодерна // Правосудие. 2020. Т. 2, № 1. С. 99–114. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.99-114

Introduction

On May 16, 2019, Chairman of the Constitutional Court of the Russian Federation V.D. Zorkin spoke at the 9th St. Petersburg International Legal Forum with a lecture entitled “The Law of the Metamodern: A Statement of the Problem”. In his lecture, V.D. Zorkin considered it “...advisable to speculate on pressing legal issues in the context of the metamodern paradigm, **which, apparently, correctly caught some new trends in the philosophical understanding of social phenomenon**”¹ (hereafter – my bold. – V.E.).

The term was launched by a Dutch philosopher Robin van den Akker and a Norwegian media theorist Timotheus Vermeulen in their essay “Notes on Metamodernism”, which was published in “Journal of Aesthetics & Culture” in 2010 [Vermeulen, T. and Akker, R. van den, 2010]. “This is not so far about the theory of metamodern, but rather about the concept, i. e. about the idea containing a certain intention of a new outlook on the world. **The essence of this new outlook... is in the desire to rise above the extremes of modernism and postmodernism and see the world in the unity of its diversity... in the metamodernist approach attracts the idea of synthesis of various types of legal understanding... as special paradigms of thinking**”².

It would seem that the essence of metamodern is a conscious desire to avoid a simplified understanding of the most complex social phenomena, or to explore them in unity and diversity, within a single system.

With this current philosophical approach, law in the context of the metamodern paradigm, in my opinion is objectively characterized by overcoming the artificial extremes and linear approaches of modernism and postmodernism, and providing an objective synthesis of various types of legal understanding, an integrated system of national and international law in the unity of its diversity. At the same time, as a rule, the still prevalent types of legal understanding that existed earlier, are primarily characterized, firstly, by vague notions of law; and secondly, based on theoretically rather unconvincing views on law; and thirdly, based on a synthesis of diverse social phenomena that regulate social relationships, for example, law and morality.

Theoretical Basis. Methods

The assumption made in the introduction can be confirmed by the numerous conclusions of famous and scientists who are still cited. Thus, the Roman lawyer Publius Juventius Celsus wrote: “Law is the art of good and justice” (Jus est ars boni et aequi)³. The first title of the Digest, entitled “De iustitia et

¹ URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=86>

² Ibid.

³ Ibid.

iure” (“On Justice and Law”), contains a quote from the writings of Ulpian, in which the author compares lawyers with priests: we, he says, administer justice and disseminate knowledge of the good and the just, separating the right “from the wrong, distinguishing between the permissible and the unlawful, adhering to a true philosophy, not imaginary”⁴.

According to V.D. Zorkin, “...for many centuries, two fundamentally different approaches to understanding law have been competing in legal thought: legal positivism, which extends moral standards beyond the framework of law, and “jusnaturalism” (the philosophy of natural law), which treats law and morality as essentially unified, mutually complementary phenomena”⁵. I believe that legal positivism is characterized not only by “moving moral norms beyond the framework of law”, and jusnaturalism is not limited to the interpretation of law and morality “as essentially consolidated, mutually complementary phenomena”.

John Austin, who one of the first in the 19th century in a systematic way to have developed the theory of legal positivism, distinguished between the law “as it is” and “as it should be”. “Law as it is”, according to J. Austin, is a positive law established by human authorities (hence the name – posited, given its position). So, according to J. Austin, law is a sovereign’s command. Hence, J. Austin’s theory of law is called “a command theory”. Consequently, J. Austin was looking for a key to understanding law in a simple idea of a sovereign’s order backed by threats [Hart, H.L.A., 1961]. Elaborating on this approach, H. Kelsen wrote, “Legal norms may have any kind of content” [Kelsen, H., 2007, p. 113].

In this regard, legal positivism leaves open a whole series of questions. For instance, can anything else besides “human authorities” be sources of law? If so, which entities and in what form do they develop such law? In my opinion, the answer to this question can only be positive: yes, law can be developed not only by the one subject of law-making, but furthermore, in its various forms. Firstly, law as a regulator of social relations had obviously existed even before the emergence of states, when various types of pre-state “human authorities” were formed. Secondly, other forms of law have objectively existed; the sources of which were not “human authorities”, for example, customs of law and normative legal contracts. In this regard, I think, it is possible to draw the following conclusion: legal positivism is theoretically insufficiently thought-through and open to debate. In addition, it seems that legal positivism is practically rather unproductive, because regulatory acts adopted by the “human authorities” often contain gaps and conflicts which cause numerous problems and lengthy disputes, for example, overcoming gaps by courts and conflicts in regulatory legal acts.

⁴ URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=86>

⁵ Ibid.

“Jusnaturalism” (the philosophy of natural law), “interpreting law and morality as essentially consolidated, mutually complementary phenomena”, is, I think, also theoretically controversial, and practically counterproductive. Firstly, I believe that law and morality are not “essentially unified” social phenomena or regulators of social relations. In my opinion, the most profound and convincing conclusion is made by G.W. Hegel, who distinguished between the categories of “right” and “wrong” (unrecht), including morality. While analyzing the category of “wrong”, G.W. Hegel emphasized, “...right... **proceeds in wrong to become a show, an opposition between the principle of rightness and the particular will as that in which right becomes particularized. In wrong appearance proceeds to become a show. A show is a determinate existence inadequate to the essence, the empty disjunction and positing of the essence, so that in both essence and show the distinction of the one from the other is present as sheer difference. The show, therefore, is the falsity which disappears...**” [Hegel, G.W., 1990, p. 137]. At last, G.W. Hegel comes to the general conclusion: **“Wrong is... the show of the essence, putting itself as self-subsistent”** [Hegel, G.W., 1990, p. 138].

With such a general scientific approach, right and wrong (unrecht) are essentially not uniform, but different regulators of social relations. I believe that it is theoretically reasonable to attribute to wrong such things as justice, individual judicial acts, “legal positions of the courts”, “quasi-right”, “soft” right, “standards”, etc. It is possible, first of all, to single out the following objective signs of wrong – non-legal regulators of public relations:

- optional for an indefinite circle of subjects of legal relations;
- forcibly unrealisable;
- mostly indefinite.

At the same time, right, unlike wrong, is characterized by significantly different objective features:

- obligatory for an indefinite circle of subjects of legal relations;
- forcibly realisable;
- mostly definite.

Therefore, wrong is the appearance of right, untrue right, eroding the right proper, making it more indefinite and forcibly unrealisable. The use of wrong as a regulator of public relations also leads to:

- uncertain law enforcement practice;
- numerous inconclusive judicial acts;
- lengthy time for litigation in courts;
- and most importantly – to numerous violations of the rights and legal interests of subjects of disputed legal relations.

Further, from the standpoint of distinguishing between right and wrong, I would like to analyze the main scientific conclusions of H. Hart and R. Dworkin, since the discussion between supporters of legal positivism and jusnaturalism is known as the dispute between Hart and Dworkin. It is known that Herbert

Hart developed his concept based on criticism of the views of John Austin. In 1961 Hart published his work "The Concept of Law" [Hart, H.L.A., 1961], which many foreign and Russian researchers call the main work of philosophy of law of the 20th century, containing, according to S.V. Moiseev, "a sophisticated version of legal positivism" [Hart, H.L.A., 2007, p. 270].

First of all, Hart criticized a simplified interpretation of law as an order of the sovereign, "The concept of sovereign bestowed with illimitable power – he believes – distorts the character of law... supreme lawmaker... is not beyond law... it is necessary to seek the sovereign behind the limited legal means of the legislature" [Hart, H.L.A., 2007, p. 74–77]. Consequently, unlike J. Austin, Hart was not an advocate of a closed system of law but of an open one.

With this approach, Hart singled out two main areas of criticism of legal positivism. According to the first one, there are some principles of human behaviour with which laws must coincide in order for them to have legal force (Dworkin went along this path). The second approach involves the combination of legal reality and moral value [Hart, H.L.A., 2007, p. 188].

The main idea of Hart is formulated as follows: "Law is a combination of primary and secondary rules... Primary rules relate to actions that individuals should or should not take, secondary rules relate to the primary rights themselves and establish ways in which primary rules can be recognized, introduced, repealed, changed, and by which the fact of their violation can be reliably established" [Hart, H.L.A., 2007, p. 278–280].

The concept of secondary rules developed by Hart contains three varieties of them: recognition rules, rules of change, and adjudication rules. The rules of recognition make it possible to determine what is right in a given society. In the rules of change, legal means are developed to correct their content. The adjudication rules establish the adjudication procedure primarily in difficult cases, during which the judge legislates [Hart, H.L.A., 2007, p. 278–280]. In my opinion, the concept of secondary rules developed by Hart allows us to attribute it to supporters not of "soft" right, but rather of a scientifically debated concept of integration of right and wrong.

Ronald Dworkin was an American and English lawyer, philosopher of law, Hart's disciple and at the same time one of his most consistent and irreconcilable critics. Dworkin's main work "Taking Rights Seriously" is characterized by an attempt to find a theoretical compromise between positivism and the concept of *jusnaturalism*, the third theory of law [Dworkin, R., 1977]. Unlike Hart, Dworkin believes that judges never legislate, but only appeal to general standards of fairness or principles, since law is never incomplete or uncertain. "My approach, Dworkin concludes, will be based on the fact that when lawyers think or argue about legal rights and obligations... they resort to standards that do not function as norms, but act differently as principles, strategies or standards of another kind; positivism presupposes a model system of norms, and its central concept of the only fundamental criterion of law **hides from**

us the important role of standards that are not norms” [Dworkin, R., 2004, p. 45].

It is quite typical that Dworkin defined the categories of “principles”, “standards” and “strategies” very vaguely and theoretically unconvincingly. Thus, Dworkin wrote: “Most often I will use the term ‘principle’ in the most general sense – as a sign of all those standards that are not the norm... but there is also a difference between principles and strategies... I call “strategy” a standard that articulates the need to achieve some goal, usually related to the improvement of some economic, political or social conditions in society... I call a “principle” a standard that should be observed not because it contributes to changing or reducing some economic, political or social situation, but because **it expresses some moral requirements, be it requirements of justice, honesty, etc.**” [Dworkin, R., 2004, p. 45].

In my opinion, firstly, Dworkin’s allocation of such categories as “principles”, “strategies” or “standards” is not convincingly motivated. Secondly, it seems that the principles, rather than the “principles of law” in general, are theoretically more justifiably attributed to one of the types of legal regulators of public relations, rather than to very uncertain “standards”. If there are principles of law, I think there is indeed no gap in law and the court can make a decision referring to the principles of law as a regulator of public relations⁶.

Dworkin primarily saw his task as the need “...to distinguish principles from norms in the most general sense” [Dworkin, R., 2004, p. 46]. I think principles of law and norms of law are indeed different legal regulators of public relations, elements of the system of law. The outstanding conclusion of F. Bacon seems to be quite characteristic: “Principles are the primary and simplest elements from which everything else was formed” [Bacon, F., 1937, p. 22]. I would like to “translate” F. Bacon’s conclusion into the language of law: principles of law are the primary and simplest (abstract) legal regulators of social relations, from which the rules of law, as well as other legal regulators of social relations should be developed (specified) in the first place [Ershov, V.V., 2018, pp. 255–310].

Later on, Dworkin came to a controversial conclusion: “...in complex legal systems... it is impossible to draw a line between legal and moral standards, as positivism insists... some principles should be considered as law... while other principles should not” [Dworkin, R., 2004, p. 76]. I think this conclusion was made by Dworkin from the point of view of the discussion concept of integrative legal understanding, which synthesizes right and wrong, including the principles of law and morality.

Thus, the essence of the “theoretical compromise between positivism and the natural legal concept, the third theory of law” developed by Dworkin, is essentially one of a kind of the scientific discussion concept

⁶ For more details see: [Ershov, V.V., 2018, pp. 241–309].

of integrative legal understanding, which arguably blurs the right, a kind of “measurement” of the right “principles” based on non-legal categories – justice, equality, etc.

In 1994, after Hart’s death, the second edition of his work “The Concept of Law” was published with a new “postscript”, primarily containing a response to criticism of Dworkin. Later on, Hart intended to respond to the criticism of other researchers, but the scientist failed to realize his intention due to his death. In the first part of the postscript, Hart admitted that he did not give enough space, firstly to principles and judicial decision-making in “difficult situations” in the absence of any regulatory prescriptions, or, more precisely, in situations of gaps in regulations; and secondly to the need to distinguish between rules and principles; and finally, to the compatibility of principles and rules of recognition.

In my opinion, Hart was quite close to such conclusions in his work “The Concept of Law”. For example, Hart wrote in 1961: “Although the idea of unity of primary and secondary rules has... advantages and... it would be consistent to treat the existence of this characteristic unity of rules as a sufficient condition for the use of the expression ‘legal system’ – we still did not claim that the word ‘law’ should be defined in these categories” [Hart, H.L., 2007, p. 213]. Hart’s next conclusion seems characteristic: **“...certain rules should not be called actual law because of their extreme moral injustice... The virtue of the idea that we have accepted as central is that it allows us to see the multiple connections between law, coercion and morality as they are”** [Hart, H.L.A., 2007, p. 213]. It is significant that one of Hart’s students, Joseph Raz, in developing his teacher’s concept, suggested that law should not be limited to the rules of recognition, but should be seen as a flexible, open and not fully specific system [Hart, H.L.A., 2007, pp. 289, 295].

Thus, I think that the views expressed by Hart and Dworkin allow us to draw a final conclusion: Hart and Dworkin were not supporters of “soft positivism” and “jusnaturalism”. In general, they shared the same positions (albeit with some nuances) of the scientific discussion concept of the integrative understanding of law, which arguably synthesizes right and wrong, and of various social regulators of public relations. As a result, in practice, the application of such a concept cannot but lead to an increase in the degree of uncertainty of law, unstable, diverse and directly contradictory law enforcement, including judicial practice, lengthy consideration of disputes in courts, inconsistent positions of different courts and even the judicial staff in a single judicial body, and most importantly – to the violation of rights and legal interests of subjects of legal relations.

Results

Continuing the discussion with the above-mentioned scientists, I consider it necessary to briefly express my point of view on the problems raised

in this article⁷. It seems that first of all it is necessary to try to find an answer to the most important question: what should the system of law be like? Open or closed? Legal positivism gives only one answer: in essence, it should be closed, limited by “the sovereign’s orders” (!). Jusnaturalism, on the other hand, considers it to be endlessly open (!). I think that the first and second answers are direct opposites, from the general scientific and theoretical positions – debatable, and practically – counterproductive. In my opinion, figuratively speaking, the “truth”, as always, is somewhere in between.

First of all, from the general scientific point of view, I believe it is necessary to refer to the theory of systems. The Soviet classics of the theory of systems – I.V. Blauberg, V.N. Sadovsky and E.G. Yudin, investigating the theory of systems, distinguished three classes of existing sets of objects: unorganized sets (“summative whole”), unlimited (simply organized systems) and organic systems [Blauberg, I.V., Sadovsky, V.N. and Yudin, E.G., 1970, p. 11]. Simply organized and organic systems have common and special (distinguishing) properties. For example, I.V. Blauberg and E.G. Yudin believed that they were equally “...characterized by the presence of connections between elements and the appearance of new properties in the integral system which are not inherent in the elements separately. Communication, integrity and the stable structure provided by them are the hallmarks of any system” [Blauberg, I.V. and Yudin, E.G., 1973, p. 177]. At the same time, they emphasized that “...if the former is a connection of relatively isolated elements into a known integrity, the latter is a “physically indivisible self-developing whole” [Blauberg, I.V. and Yudin, E.G., 1973, pp. 177, 188].

Analysing Soviet law, S.S. Alekseev, a recognized leader in the science of the Soviet theory of law in the second half of the 20th century, reasonably, I believe, wrote: “Soviet law as a system is such a specific social phenomenon, which should be placed somewhere between ‘simply’ organized and organic systems” [Alexeev, S.S., 1975, p. 16]. Taking into account the objective state of the Russian system of law in the 21st century, I believe it is possible to draw the following conclusion: not only Soviet, but also modern Russian and international law implemented in Russia can be considered within the framework of a single ‘simply’ organized system of domestic (Russian) and international law, characterized by the integrity, connection and sustainable structure of the elements that constitute them.

According to a reasonable opinion of the famous Soviet researcher A.F. Cherdantsev, from the point of view of ontology, the system of law should not include diverse phenomena, or, in my opinion, heterogeneous social phenomena [Cherdantsev, A.F., 1999, p. 203]. From the point of view of ontology, the legal system cannot contain heterogeneous legal and non-legal phenomena, right and wrong. Thus, only homogeneous legal

⁷ This point of view is set out in more detail in my monograph: [Ershov, V.V., 2018].

phenomena, such as different forms of national and international law, can form the legal system.

With the contradictory and highly inconsistent development of a single, in particular, European legal space, the 'simply' organized system of domestic and international law appears to be inevitable, and endless changes will gradually transform it into an organic system of European law. I believe that the future organic system of European law, in the context of the metamodern paradigm, and from the point of view of scientifically grounded concept of integrative legal understanding which synthesise only homogeneous elements of law, will primarily be characterized by principles and norms of law, contained in the unified, multilevel and developing system of forms of national and international law, and realized in the state.

The next most important theoretical and practical problem that I would like to explore in this article is related to the elements of the legal system. The well-known Soviet scientist M.I. Baitin, analyzing it in the most general way, characterized this system as: "...a set of all known legal phenomena..." [Baitin, M.I., 2005, pp. 178, 179]. This position, I think, is based on the widespread view of the French scientist J. Carbonnier: the legal system is a container, a concentration of various legal phenomena [Carbonnier, J., 1986, p. 197].

In my view, elements of the legal system are in reality only legal phenomena – separate forms of national and international law. In modern Russian legal literature, two approaches have been formed to the relationship between the concepts of "sources" and "forms" of law. M.N. Marchenko, one of the recognized contemporary leaders of the Russian legal theory, believes: "The essence of the first of them is a complete identification of the source of law with the form of law, in the reduction of the source of law to the form of law, and vice versa, the form of law to the source of law..." [Marchenko, M.N., 2005, p. 55]. The second approach to addressing the relationship between "sources of law" and "forms of law" is that "...the concepts are considered to be completely incompatible with each other" [Marchenko, M.N., 2005, p. 35].

It seems that, based on historical and etymological arguments, the second approach is theoretically more accurate. I think that on the one hand, it is more convincing to consider the notion of "sources of law" as factors "creating" the law, its beginnings, and what it arises from. For example, the source of Russian normative legal acts the activities of authorized law-making bodies. On the other hand, I believe that the very concept of "forms of law" leads to a conclusion: it is its internal and external expression.

With this theoretical approach, I believe it is theoretically more justified, and in practice more productive to introduce into the scientific circulation the concept of "a system of forms of domestic (national) and international law", consisting of two subsystems – domestic (national) and international law. This system of forms of domestic (national) and international law is characterized by the integrity, sustainable structure, interconnection and

interdependence of its homogeneous elements – forms of domestic (national) and international law. Thus, it can be argued that, firstly, the system of forms of domestic (national) and international law should be open; secondly, it should contain only the homogeneous elements of the law itself – forms of domestic (national) and international law.

The most important question studied by Hart and Dworkin is the nature of the principles of law (“legal principles”, as I think many, including modern scientists, write). Hart and Dworkin unfortunately did not pay due attention to the “principles of law” category in their works. For example, Dworkin wrote: **“More often than not I will use the term ‘principle of law’ in the most general sense as a sign of all those standards that are not the norm ... I call such a standard a principle which should be observed not because it promotes change or preservation of some economic, political or social situation, but because it expresses some demands of justice, honesty, etc.”.**

Firstly, Dworkin did not explore the nature of the principles of law. Secondly, Dworkin defines “principle” as a generic concept as a very vague “standard”. Thirdly, Dworkin explores “principles” that contribute to “changing or preserving some economic, political or social situation” rather than law. Finally, fourthly, according to Dworkin, the “principle” “expresses some moral requirements, be it requirements of justice, honesty, etc.”. Consequently, Dworkin analyses “principles” in general, not the principles of law from a discussion of the general scientific and theoretical position of synthesis of right and wrong.

Unfortunately, the majority of Soviet and contemporary Russian researchers and practitioners, while studying the principles of law, also seem to have come to very uncertain and theoretically controversial conclusions. Thus, N.G. Alexandrov defined “the basic principles of socialist law” as “...provisions expressing a general orientation to the most essential features of the content of legal regulation of public relations” [Alexandrov, N.G., 1957, p. 17]. E.A. Lukasheva, one of the first in the USSR to specifically study the principles of law, took a small step forward, concluding that the principles of law are “...objectively conditioned principles according to which the system of law is built” [Lukasheva, E.A., 1970, p. 21]. Later, S.S. Alekseev took the next step in understanding the principles of law: the principles of law are “...the initial normative and guiding principles expressed in law, characterizing its content, its foundations, the laws of public life enshrined in it. Principles are what permeates the law, reveals its content in the form of initial, cross-cutting “ideas”, main principles, regulations and guidelines” [Alekseev, S.S., 1972, p. 102]. It should be noted that S.S. Alekseev referred the principles of the law to very vague origins which are “the initial normative and guiding principles that fix the regularities of public life” (!) S.S. Alekseev further specified: principles are “normative and guiding regulations”. This led many Soviet and Russian researchers to believe that “norms-principles” might exist. S.S. Alekseev

wrote as well: "...Principles of law mostly act as norms (norms-principles)" [Alexeev, S.S., 1981, p. 103].

V.P. Gribanov, who specialized in civil law, wrote more reasonably: "...the identification of the legal principle (in my opinion, theoretically more precisely than the legal principle. – V.E.) with the rule of law is practically equal to the denial of legal principles in general" [Gribanov, V.P., 1966, p. 12]. The opinion of the pre-revolutionary legal scholar L.A. Tikhomirov also seems to be a surprising insight: "The legislator himself must be guided by something, giving or not giving the person the right or defining any actions as his or her duty" [Tikhomirov, L.A., 1998, p. 569].

Even in ancient times it was emphasized: "The principle is the most important part of everything" (*principium est potissima pars cujuscunque*). In this regard, in the "translation" into the "language of law", I believe it is possible to conclude that the principle of law is the primary element of the legal system. It was not without reason that Aristotle recognized the "principle" in the objective sense as the first value; the matter on the basis of which something exists or will exist⁸. That is why many philosophers came to the conclusion: the principle is a theoretical generalization of the most typical, expressing regularities, which is the basis of something. "Principle is something which contains the foundation of the universal connection of all that is a phenomenon" [Kant, I., 1963, p. 340]. "Principle is... an entity" [Hegel, G.W., 1970, p. 123].

Under such a general scientific approach, it seems that the principles of law are not the "beginnings", "ideas", "provisions", etc., but the objective, actual (operating) legal regulators of social relations, the most important, fundamental and primary elements of a unified, developing and multilevel system of forms of national and international law implemented in the state. Fundamental (general) and special principles of national and/or international law are the foundations of the universal connection of the elements of the system of law forms, "an entity". As a result of the specification of the principles of law, more specific rules of national and international law and more specific law are being developed. Consequently, more expected and uniform law enforcement practices are brought into being. Ultimately, the rights and legal interests of the subjects of legal relations are better protected⁹.

One more significant issue investigated by Hart and Dworkin is related to the consideration of disputes by the court in so-called "difficult situations". What is the legal nature of "difficult situations" and what should the court be guided by in such situations? Subjective judicial discretion? Right? Wrong? Something else? Hart and Dworkin did not provide convincing answers to these and other questions.

⁸ Logical dictionary-guide. M. : Nauka, 1975. P. 477.

⁹ For more details see: [Ershov, V.V., 2018, pp. 255–382].

As is known, Hart defined law as a set of primary and secondary rules. Among the secondary rules, Hart singled out the rules of recognition, change and decision-making. The rules of decision-making establish the procedure for the adoption and legal limits for court decisions primarily in difficult cases, including cases where the court establishes conflicts and gaps in regulations adopted by the sovereign [Hart, H.L.A., 2007, pp. 277–280]. The development of law by the court is based on the basic idea of legal positivism – the establishment of positive law by “human authorities” (posited, given its position), including the court as one of the organs of state power. At the same time, the acceptance of law by the court, firstly, contradicts the doctrine of the division of powers into the legislative, executive and judicial branches generally accepted in the world; secondly, the constitutions of many states that have enshrined this doctrine, including the Russian Constitution.

Dworkin believed that each legal problem can have only one legal solution, since “law is a closed system that leaves no room for judicial discretion. The judge does not create new norms, but only discloses existing ones” [Dworkin, R.M., 1986, p. 225]. However, firstly, as it was revealed above, the right is not a closed system but an open one. Secondly, the right is not limited to the rules of law established by the “sovereign”. Law is primarily expressed in its principles and norms contained in a unified, multi-layered and developing system of forms of national and international law implemented in the state [Ershov, V.V., 2018, pp. 20–107]. Thirdly, social relations, which need, inter alia, legal regulation, are constantly developing. As a result, if the norms of law are not developed in a timely manner by “human authorities” – the sovereign in positive law – then there is a gap only in the normative legal acts and not in law as a whole. In these cases, firstly, a regulatory gap can be overcome, for example, by courts applying existing principles or rules of law contained in other forms of national, and/or international law, implemented in the state. Secondly, the gap has been eliminated by empowered lawmakers through the development of principles or rules of law, for example in other forms of national law.

However, from the standpoint of legal positivism, many scholars refer to the lack of legal norms in “legislation” as a gap in the law. So, V.V. Lazarev writes: a gap “...in law is the total or partial (incompleteness) absence of norms, the necessity of which is conditioned by the development of public relations and the needs for the practical solution of cases, **the basic principles of Soviet legislation**, norms in respect of the creation of which the will of workers is quite clearly expressed in the relevant state or public acts” [Lazarev, V.V., 2010, p. 51].

Traditionally, the works related to gaps in law highlight two ways to overcome them in the process of implementing law: the analogy of legislation and the analogy of law. Thus, V.I. Leushin, I think, also from the point of view of legal positivism, writes: “...with the analogy of law, the principles

perform the regulatory function directly and act as **the sole legal basis for the law enforcement decision**" [Perevalov, V.D., ed., 2005, p. 246].

I am convinced that, from the point of view of scientifically grounded concept of integrative legal understanding differentiating between right and wrong, there is no gap in law if there are principles of law. The gap in law is imaginary. Law, from the point of view of the scientifically grounded concept of integrative legal understanding, differentiating between law and illegality, is first of all expressed in principles and norms of law contained in the unified, multilevel and developing system of forms of national and international law realized in the state. Principles of law are primary and independent regulators of public relations in relation to the norms of law. Therefore, in my opinion, it is theoretically arguable to attribute the principles of law to "norms-principles" or to "legal grounds of an enforcement decision".

Discussion and Conclusion

The study appears to draw several final conclusions.

First: The concept of "difficult cases" is in theory controversial and in practice counterproductive.

Second: The so-called "difficult cases" in practice are primarily characterized, inter alia, by gaps in certain forms of national law, usually in legislation or, more precisely, in normative acts. Gaps in legislation can be overcome, for example, by courts of law by applying principles and rules of law contained in other forms of national and/or international law implemented in the state.

Third: Gaps in law are the absence of principles and norms of law in all forms of national and international law implemented in a state. Gaps in law can be addressed by law-makers in at least one form of national or international law by elaborating on, for example, principles or rules of law. In future, the gap in law becomes imaginary and can be overcome, for example, by the court through individual judicial regulation of disputed legal relations¹⁰.

Fourth: Law, in the context of the metamodern paradigm, from the position of a scientific discussion concept of integrative understanding that synthesizes right and wrong, is expressed in principles and norms of both right and wrong, including morality, contained in a heterogeneous system of both right and wrong forms.

Fifth: Law, in the context of the metamodern paradigm from the perspective of the concept of integrative legal understanding, which synthesizes only homogeneous social elements, is expressed primarily in the principles and norms of law contained in the unified, multilevel and developing system of forms of national and international law implemented in the state.

¹⁰ For more details see: [Ershov, V.V., 2018, pp.383–498].

References

- Aleksandrov, N.G., 1957. [Socialist principles of Soviet law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = [Soviet State and Law], 11, pp. 16–29. (In Russ.)
- Alekseev, S.S., 1972. *Problemy teorii prava: Osnovnye voprosy obshchey teorii sotsialisticheskogo prava* = [Problems of the theory of law: the Main issues of the General theory of socialist law]. Lectures. In 2 vols. Volume 1. Sverdlovsk: Izd-vo Sverdl. yurid. in-ta. (In Russ.)
- Alekseev, S.S., 1975. *Struktura sovetskogo prava* = [The structure of soviet law]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)
- Alekseev, S.S., 1981. *Obshchaya teoriya prava* = [General theory of law]. In 2 vols. Volume 1. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)
- Baytin, M.I., 2005. *Sushchnost' prava (sovremennoe normativnoe pravoponimanie na grani dvukh vekov)* = [Essence of law (modern normative legal understanding on the verge of two centuries)]. Monograph. 2nd ed. Moscow: Izd. dom "Pravo i gosudarstvo". (In Russ.)
- Bakon, F., 1937. *O printsipakh i nachalakh* = [Principles and origins]. Moscow: Sotsekgiz. (In Russ.)
- Blauberg, I.V. and Yudin, E.G., 1973. *Stanovlenie i sushchnost' sistemnogo podkhoda* = [Formation and essence of the system approach]. Moscow: Nauka. (In Russ.)
- Blauberg, I.V., Sadovskiy, V.N. and Yudin, E.G., 1970. [System approach in modern science]. *Problemy metodologii sistemnogo issledovaniya* = [Problems of methodology of systematic research]. Collection of scientific articles. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Cherdantsev, A.F., 1999. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Textbook. Moscow: Yurait. (In Russ.)
- Dworkin, R., 1977. *Taking Rights Seriously*. London: Harvard University Press. (In Eng.)
- Dworkin, R.M., 1986. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press. (In Eng.)
- Dworkin, R., 2004. *O pravakh user'ez* = About Rights Seriously. Moscow: ROSSPEN. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennykh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of social relations.]. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Gribanov, V.P., 1966. [The principles of civil rights]. *Vestnik MGU. Ser.: Pravo* = [Bulletin of MGU. Ser. Law], 3, pp. 10–23. (In Russ.)
- Hart, H.L.A., 1961. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press. (In Eng.)

- Hart, H.L.A., 2007. *Ponyatie prava* = [The concept of law]. Translated form English. E.V. Afonasin and S.V. Moiseev, eds. St. Petersburg: Izd-vo S.-Peterb. un-ta. (In Russ.)
- Hegel, G.W., 1990. *Filosofiya prava* = [Philosophy of law]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Hegel, G.W., 1970. *Nauka logiki* = [Science of logic]. In 3 vols. Volume 1. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Kant, I., 1963. *Sochineniya* = [Works]. In 6 vols. Volume 1. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Karbonnier, J., 1986. *Yuridicheskaya sotsiologiya* = [Legal sociology]. Translated form French by V.A. Tumanov. Moscow: Progress. (In Russ.)
- Kelsen, H., 2007. *General theory of law and state*. Cambridge: The Lawbook Exchange, Ltd. (In Eng.)
- Lazarev, V.V., 2010. *Izbrannye trudy* = [Selected works]. In 3 vols. Volume 2: [Gaps in legislation: establishment, overcoming, elimination]. Moscow: Novaya yustitsiya. (In Russ.)
- Lukasheva, E.A., 1970. [Principles of socialist law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = [Soviet State and Law], 6, pp. 21–29.
- Marchenko, M.N., 2005. *Istochniki prava* = [Sources of law]. Textbook. Moscow: TK Velbi; Prospekt. (In Russ.)
- Perevalov, V.D., ed., 2005. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Tikhomirov, L.A., 1998. *Monarkhicheskaya gosudarstvennost'* = [Monarchic statehood]. Moscow: GUP "Oblizdat"; TOO "Alir". (In Russ.)
- Vermeulen, T. and Akker, R. van den, 2010. Notes on Metamodernism. *Journal of Aesthetics & Culture*, 2, pp. 1–14.

Information about the author / Информация об авторе:

Valentin V. Ershov, Rector of Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Honored Worker of Science of the Russian Federation, Academician of Russian Academy of Natural Sciences [**Ершов Валентин Валентинович**, ректор ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик Российской академии естественных наук]. E-mail: evv@rsuj.ru

Интегративный подход в правопонимании: история зарождения идей и современное состояние

Р.Р. Палеха*

**Центральный филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Воронеж, Россия
paleharr@mail.ru*

Введение. Правопонимание – это наиболее живая, интересная и вместе с тем неопределенная и изменчивая область исследований, которая не только занимает центральное место в общей теории права, но и приобретает все большее значение в отраслевых юридических науках, что связано с ее значительным теоретико-методологическим и прикладным потенциалом, проявляющимся в сферах правотворческой и правоприменительной деятельности.

Таким образом, правопонимание представляет собой исследовательский инструментальный субъекта познания, который позволяет изучать весь спектр правовых и основанных на них государственных явлений в целях получения достоверных знаний о государственно-правовой действительности.

Особый интерес в этой связи представляет интегративный подход в правопонимании, который имеет богатую историю своего становления и развития, позволяет воспринимать право как органически целостное явление, максимально извлекает его регулятивные способности и обеспечивает достижение критериев научного исследования: всесторонности, объективности, историзма.

Материалы и методы. В статье предпринята попытка анализа интегративного подхода в правопонимании с позиции истории зарождения его идей и оценки современного состояния. Итогом изучения научной литературы, обобщения и сопоставления различных точек зрения стало формулирование авторского определения категории «правопонимание» и представление научно обоснованной интегративной теории правопонимания, которая максимально соответствует требованиям времени и обладает существенным регулятивно-охранительным потенциалом.

Результаты исследования. В статье всесторонне рассмотрена категория «правопонимание», представлены различные интегративные теории правопонимания с позиции их зарождения и развития, показано значение современного интегративного подхода в правопонимании, оценены перспективы его дальнейшего развития.

Обсуждение и заключение. Автор приходит к выводу о теоретико-методологической состоятельности и неизбежности интегративного подхода в правопонимании, который выступает в качестве научно обоснованного типа правового мышления, способного к постижению права на подлинно научной основе.

Ключевые слова: право, правопонимание, интегративный подход, правовое мышление, правовая действительность, юридическая наука

Для цитирования: Палеха Р.Р. Интегративный подход в правопонимании: история зарождения идей и современное состояние // Правосудие. 2020. Т. 2, № 1. С. 115–130. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.115-130

Integrative Approach in Law Understanding: the History of the Origin of Ideas and the Current State

Roman R. Palekha*

** Central Branch, Russian State University of Justice, Voronezh, Russia
For correspondence: paleharr@mail.ru*

Introduction. Right understanding is the most live, interesting and, at the same time, the uncertain and changeable area of researches which takes the central place as in the general theory of the right, and gains the increasing value in industry jurisprudence that is connected with its considerable theoretiko-methodological and applied potential which is shown in spheres of law-making and law-enforcement activity.

Thus, right understanding represents research tools of the subject of knowledge which allow to study all range legal and, the based on them, state phenomena for the purpose of obtaining reliable knowledge of state and legal reality.

In this regard integrative approach in right understanding which has rich history of the formation and development is of special interest, allows to perceive the right as integrally complete phenomenon, as much as possible retrieves its regulatory abilities and, provides achievement of criteria of scientific research: comprehensiveness, objectivity, historicism.

Materials and Methods. In article an attempt of the analysis of integrative approach in right understanding from a position of history of origin of his ideas and assessment of the current state is made. A result of studying of scientific literature, generalization and comparison of the different points of view fat formulation of author's determination of category "right understanding" and submission of the evidence-based integrative theory of right understanding which as much as possible conforms to requirements of time and has essential regulatory and guarding potential.

Results. In article the category right understanding is comprehensively considered, different integrative theories of right understanding from a position of their origin and development are submitted, the value of modern integrative approach in right understanding is shown, perspectives of its further development are evaluated.

Discussion and Conclusion. The author comes to the conclusion about the theoretical and methodological consistency and inevitability of the integrative approach in law understanding, which acts as a scientifically grounded type of legal thinking capable of comprehending the law on a truly scientific basis.

Keywords: law, understanding of law, integrative approach, legal thinking, legal validity, legal science

For citation: Paleha, R.R., 2020. Integrative Approach in Law Understanding: the History of the Origin of Ideas and the Current State. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 115–130. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.115-130

Введение

Современная юридическая наука в области правопонимания представляет собой противоречивую картину концептуальных подходов. Отечественные правоведы после длительных дискуссий о природе и сущности права и взаимной критики позитивистской, психологической, социологической теории права, философии права и теории естественного права пришли к компромиссному выводу о том, что плодотворное решение исследуемых проблем может быть найдено на путях интегративного подхода в правопонимании. Данное направление пра-

вовой мысли позволяет рассматривать право в качестве органически целостного явления.

Однако данный подход не является изобретением последних лет. Еще на рубеже XIX и XX вв. отечественные правоведы разработали теорию, получившую название синтетической теории права, которая во многом предвосхитила появление интегративного правопонимания. Ее появление связывают с именами выдающихся юристов Б.А. Кистяковского и А.С. Ященко.

В годы советской власти в отечественной юриспруденции господствовала материалистическая теория понимания сущности права и, как следствие, все остальные концепции, в том числе и синтетическая, оказались за рамками внимания отечественных юристов. Сегодня настало время обратиться к изучению наследия правоведов конца XIX – начала XX в., внесших существенный вклад в теорию права – копилку национального опыта, идеи которых не утратили своей актуальности в наши дни и представляют большой интерес для проведения осуществляемых в настоящее время государственно-правовых преобразований в России. Многие из современных интегративных теорий правопонимания уходят идейными корнями в синтетические учения о праве.

Материалы и методы

Объектом исследования выступают общественные отношения, связанные с зарождением и развитием концептуальных идей, оформившихся в качестве интегративного подхода в правопонимании, начиная с первых синтетических представлений о праве в общественно-политической мысли в России в конце XIX – начале XX в. и до настоящего времени. В представленной работе применялись различные всеобщие, общенаучные и частные научные методы исследования. Среди всеобщих методов особое значение имел диалектический метод, позволивший всесторонне рассмотреть тенденции и направленность правовой мысли России и зарубежной юридической науки. Задействованные общенаучные методы включали в себя анализ, синтез и системный подход.

Результаты исследования

Правопонимание – это сквозная и цементирующая методологическая категория, занимающая центральное место среди проблем общей теории права. В связи с этим С.Н. Кожевников обоснованно указывал: «От того, как понимается право, каково его общее понятие и определение, в конечном счете, зависит решение всех других проблем и вопросов, входящих в предмет теории права» [Кожевников, С.Н., 2004, с. 23].

Что же такое право? И. Кант писал: «Этот вопрос может так же смутить правоведа, как пресловутый вопрос – “Что есть истина?”, обращен-

ный к учителям логики» [Kant, I., 1988, s. 34]. Обращаясь к причинам многообразия подходов к пониманию сущности и социальной природы права, необходимо заметить, что широкий спектр воззрений на понимание права обусловлен: сложностью права, многообразием его проявления в обществе; меняющейся правовой идеологией и характером классовой борьбы; различными исходными философскими и методологическими основаниями познания права [Сырых, В.М., 2012, с. 554].

При таких исходных познавательных позициях становится понятным, что единообразного понимания права не существует, а всеобщее единообразное понимание философско-правовых и иных социальных проблем может быть только искусственным и вынужденным [Лейст, О.Э., 2002, с. 1]. Приведенное наблюдение видится обоснованным, так как сам объект исследования – право является крайне неопределенным, изменчивым, поскольку не может рассматриваться вне социально-исторического контекста. Кроме того, немаловажное значение имеет и субъект познавательной деятельности со своими научными предпочтениями и методологическими установками.

Правопонимание необходимо рассматривать в качестве методологического инструмента познания права, который основан на устойчивых мировоззренческих установках исследователя и направлен на обнаружение сущностных характеристик права.

Под правопониманием необходимо понимать профессиональную научную категорию, широко применяемую в теоретической юриспруденции и указывающую как на сознательно-волевой мыслительный процесс, так и на творческий результат целенаправленной абстрактно-логической деятельности субъекта познания, зависящую от объектно-субъектных характеристик, представленных правом и человеческим сознанием, преследующую цель – получение достоверного знания о праве и раскрытие его сущности [Палеха, Р.Р., 2012, с. 31].

Интегративное правопонимание представляет собой одно из направлений исследования права и типа правопонимания, отличающееся своими особенностями и закономерностями.

Точкой начала использования понятия «интегративное правопонимание» необходимо считать 1947 г.: именно в это время американский профессор Джером Холл предложил это понятие, в котором рассматривал право через объединение позитивного права с юснатуралистическими идеями [Hall, J., 1947].

Интегративное правопонимание с момента его первого научного упоминания до современного периода как в отечественной, так и в зарубежной юридической науке значительно развилось, модифицировалось и приобрело немало идейных сторонников при неизменной определяющей сущности понимания права, основанной на объединении идей юснатурализма с позитивизмом.

В дореволюционный период развития отечественной юридической мысли идеи интегративного подхода были представлены в синтетических теориях права, стремящихся к рассмотрению права в качестве сложного социально-исторического феномена с многоаспектной и противоречивой природой.

Процесс формирования отечественной правовой традиции в XIX в. оказался тесно связан с процессом проникновения европейских философских и социально-политических учений в Россию. Идеи, предложенные немецкими исследователями в области права, такими как И. Кант, Г.В.Ф. Гегель, Р. фон Иеринг, послужили мощной базой для развития правовой мысли в России в XIX в.

Развитие философско-правовой мысли в России в XIX в. происходило весьма динамично. Естественнo-правовая и позитивистская теории права послужили основой формирования социологической теории, из которой, в свою очередь, в конце XIX в. выделилась синтетическая теория права. Особое влияние на этот процесс оказала теория русского религиозного идеализма, предложенная выдающимся отечественным мыслителем В.С. Соловьевым, творчество которого явилось событием для российской культуры второй половины XIX в. и оказало значительное влияние на идеи правоведов и философов.

Истоки синтетических теорий права следует искать в идеях В.С. Соловьева и правоведов, разрабатывавших социологическую теорию права. Концепция В.С. Соловьева сформировалась под воздействием идей немецких философов, особенно И. Канта, А. Шопенгауэра, Ф. Шеллинга. Предлагая определение понятия права, русский мыслитель стоял на позициях кантианства и исходил из того, что право регулирует только внешние, а не все возможные отношения между людьми. В.С. Соловьев, подобно И. Канту, отводил особое место свободе, равенству [Хохлов, С.В., 2009, с. 163]. В.С. Соловьев давал следующие характеристики права: «Право – свобода, обусловленная равенством»; «Право – синтез свободы и равенства» [Соловьев, В.С., 2001, с. 18].

Философская концепция В.С. Соловьева послужила основой для дальнейшего развития синтетических теорий права, подчеркивая неразрывную связь между правом и нравственностью. Выдвинутое им требование системного изучения права как сложного общественного явления дало толчок к дальнейшему развитию правоведения в тесной взаимосвязи с социологией, психологией, политологией и другими общественными науками.

Наиболее весомый вклад в развитие синтетических теорий права внесли русские юристы-исследователи Б.А. Кистяковский и А.С. Яценко.

Изучая право, Б.А. Кистяковский обращал внимание на то, что его понимание возможно только на основе синтеза и целостности знаний

в философии культуры. Данную задачу возможно осуществить только с помощью аналитической и критической проверки и синтеза, который бы объединил разнообразное научное знание, которое дает философия вообще и философия культуры в частности [Кистяковский, Б.А., 1912, с. 60–77]. Дореволюционный исследователь тщательно и всесторонне обосновывал изучение права в четырех научных направлениях: позитивистском, социологическом, психологическом и нормативистском. Причем обязательным условием исследования выступает то, что ни одно из этих направлений не должно являться доминирующим. Все научные направления призваны взаимно дополнять друг друга: именно в этом и есть идея разумного синтеза разнородных представлений о праве, осуществленного в рамках единой синтетической теории права.

А.С. Яценко – другой выдающийся представитель синтетической теории права – сумел выйти за рамки юридического и социологического позитивизма и предложил ряд новых идей как теоретического, так и методологического характера. Так, ученый предложил в рамках синтетической теории права объединить односторонние определения права с целью получения единой исчерпывающей и всесторонней дефиниции. Также несомненной заслугой А.С. Яценко стала его научная концепция равновесия между интересами личной свободы и общественного блага как наиболее важной сущностной характеристики права [Яценко, А.С., 1912, с. 85].

Идеи интегративного правопонимания получили интенсивное развитие и в западной правовой мысли. Так, американский профессор Дж. Холл в работе «От правовой теории к интегративной юриспруденции» последовательно и убедительно обосновал научную состоятельность интегративной методологии, основанной на синтезе идей позитивизма и естественного права, их взаимосвязи, взаимозависимости и совместном действии [Hall, J., 1964].

В этом исследовании Дж. Холл обращает внимание на то, что позитивисты настаивают на соблюдении законов и не одобряют неисполнение актов государственной власти и судебных решений. При этом неисполнение несправедливого закона или решения не является неповиновением, как считают последователи естественной теории. Крайностью юридического позитивизма является такое понимание закона, которое может привести к государственной диктатуре. С другой стороны, естественное право рассматривает право так, что это может привести к утопической анархии. Между ними необходимо найти равновесие. По мнению Дж. Холла, главная заслуга современных позитивистов состоит не в том, что они дали определение позитивного права, отделили его от морали, этики, подзаконных актов, а в том, что они внесли вклад в развитие юридической практики и, как следствие, встали на защиту верховенства права и других ценностей демократического государства [Hall J., 1964].

Следует обратить особое внимание на тот факт, что социальное действие права является центральным элементом изучения в западной юридической науке. С гуманистически-социологической точки зрения позитивное право является своеобразным видом социальной реальности. Это определенное поведение, которое представляет собой слияние правовых идей (норм) с фактами и ценностями.

Социальная реальность права рассматривается как субстрат, из которого извлекаются многие положительные законы государства. Таким образом, определение позитивного права с точки зрения некоего характерного поведения представляет собой синтез характеристик, на которых сделан акцент в доминирующих правовых теориях, а именно: идеях (концепциях, правилах), ценностях и фактах. Многие из законов государства являются логическими продолжениями норм, полученных из законов социальной реальности [Hall J., 1964].

На особо важный характер права как части социальной реальности обратили внимание В.Н. Корнев и М.А. Белова, осуществив перевод и исследование работы современного философа права Германии Артура Кауфмана «Философия права, теория права, правовая догматика». Ученые отмечают, что «право в первом значении этого слова всегда имеет отношение к конкретной ситуации. Нормы права и принципы права есть исключительно “потенциальное право”, или право в его потенции, и правом в полном смысле этого слова они становятся только в случае разрешения конкретной ситуации» [Корнев, В.Н. и Белова, М.А., 2019, с. 14].

Приведенная позиция представляется обоснованной, поскольку обращена к традиции социологического правопонимания, основанной на соединении в реальных сферах общественных отношений правовой нормы или принципа права с конкретным юридическим фактом, что вызывает к жизни новое качество конкретного правового воздействия, являющегося сущностью права.

Современный западный исследователь права И.Б. Флорес в работе «Еще раз о природе права по отношению к правовому рационализму: на пути к интегративной юриспруденции» обращает внимание на то, что юридическая практика и логика должны быть интегрированы в право, а плюралистический методологический подход – в правовую рациональность. По мнению ученого, правовая рациональность состоит из пяти разных уровней. Первый – это лингвистическая рациональность, позволяющая избежать проблем двусмысленности и неопределенности правовых текстов. Второй – это юридически-формальная, или системная, рациональность, обеспечивающая сведение к минимуму юридических коллизий. Третья – это телеологическая рациональность, указывающая на то, что законы и судебные решения должны не только издаваться, но и быть способными к реализации. Четвертый – это

прагматическая рациональность, означающая, что законы и судебные решения являются не только действующими, но и социально и экономически эффективными. Пятый – это этическая рациональность, указывающая, что законы и судебные решения являются справедливыми и не могут не признать несправедливость или нарушение основных принципов и прав, в том числе моральных [Flores, I.B., 2012].

И.Б. Флорес делает акцент на то, что законодатели и судьи должны знать или, по крайней мере, иметь в виду особенности языка, употребления или значения слов; уникальность существующей правовой системы, ее прошлое, настоящее и возможности для развития в будущем; особенности системы функций права, интересов, принципов, целей и правовых ценностей; все аспекты возможных последствий и результатов действия правовых норм и судебных актов; действие каждого принципа, в том числе морального, который определяет сущностные характеристики различных видов юридической практики. Все эти пять различных уровней, сфер или видов важны и ценны. Необходимо, чтобы эти пять различных уровней правовой рациональности, сфер или видов были интегрированы в комплексную, но работоспособную правовую рациональность. Право и правовой рационализм не могут обходиться без морали. Более того, они не будут достаточными без интеграции морали [Flores, I.B., 2012].

В рамках интегративного правового мышления представляют интерес научные воззрения американского профессора Х. Дж. Бермана, которые он изложил в работе «На пути к интегративной юриспруденции: политика, мораль, история». Ученый рассматривает интегративный подход в качестве философии права, которая объединяет в себе три классические научные школы: юридический позитивизм, теорию естественного права и историческую школу [Berman, H.J., 1988]. Х. Дж. Берман указывает, что интеграция трех основных школ философии права сильно пострадала в последние десятилетия в связи с утратой интереса к историческому методу в юридической науке и практике. Судьи все чаще разрывались между так называемым судебным активизмом, который, как правило, подкреплен терминами теории естественного права, и так называемой судебной сдержанностью, которая обычно защищается позитивистской теорией. Западная вера в предопределенность истории встроена в западную концепцию исторической юриспруденции. Это также основа веры в то, что мы сейчас живем в эпоху глобального кризиса, во время глобального выбора, имеющего отношение к охране окружающей среды, сокращению расовых конфликтов, ликвидации голода и, прежде всего, установлению мира между народами [Berman, H.J., 1988].

Современный исследователь Марк ван Хук – профессор права Гентского университета (Бельгия) – подготовил работу «Право как ком-

муникация», в которой с позиции интегративного подхода предложил свое авторское осмысление права. Марк ван Хук развивает мысль о том, что человеческое взаимодействие и коммуникация играют все возрастающую роль в создании и легитимации права, вовлекая разнообразные группы участников в коммуникативный процесс [Хук, М. ван, 2012, с. 2].

Следует признать, что западная юридическая мысль идет по пути признания множественности подходов к пониманию права и не стремится к выработке единого и универсального его понимания [Piaget, J., 1971, p. 540]. Данный подход видится обоснованным, поскольку трудно представить себе единое и всеобъемлющее понимание права, которое объединяло бы все правовые культуры, традиции и эпохи.

В современной российской теории права идеи интегративного правопонимания получили активное развитие как продолжение ранее сформулированных синтетических теорий отечественной правовой мысли и представлены в работах таких ученых, как В.Г. Графский, В.В. Ершов, В.Н. Карташов, В.Н. Корнев, В.В. Лазарев, Р.З. Лившиц, А.В. Поляков, Р.А. Ромашов, В.А. Сапун, И.Л. Честнов, В.М. Шафиров и другие.

Современное интегративное осмысление права одним из первых представил В.В. Лазарев. Ученый предложил «правом» признавать совокупность признаваемых в данном обществе и обеспеченных защитой нормативов равенства и справедливости, регулирующих борьбу и согласование свободных волей в их взаимоотношении друг с другом [Лазарев, В.В., 2001, с. 76].

А.В. Поляков представляет и последовательно отстаивает идеи коммуникативной теории права, которая выступает вариантом интегративного подхода в правопонимании. Исходя из данной теории право – это явление коммуникации и форма коммуникативных связей. В связи с этим А.В. Поляков пишет, что «право невозможно без социальной коммуникации» [Поляков, А.В., 2003, с. 89]. Центральное место в коммуникативной теории права отведено субъекту как генерирующему звену, которое созидает право и обеспечивает его движение и развитие.

И.Л. Честнов в качестве варианта интегративного подхода предложил диалогическую теорию правопонимания, которая должна быть способна, во-первых, к признанию многомерности права. Во-вторых, такая теория должна показать взаимную зависимость объективного права и субъективного. В-третьих, эта теория должна продемонстрировать историческую и социокультурную контекстуальность права [Честнов, И.Л., 2009]. Право необходимо рассматривать, по мысли И.Л. Честнова, через призму его собственных оппозиций (противоречий), в которых и содержится ключ к развитию права.

Реалистический подход Р.А. Ромашова как направление современного интегративного правопонимания предполагает анализ права в кон-

тексте целенаправленной человеческой деятельности [Ромашов, Р.А., 2010]. Основной идеей данной концепции является понимание права в качестве действующей системы норм, оказывающей результативное воздействие на общественные отношения.

Обоснованной представляется позиция Б.Н. Алейникова, который отмечает: «Актуальность исследований правопонимания, пожалуй, у большинства теоретиков права не вызывает сомнений. Думается, что сегодня можно говорить о росте сторонников той позиции, что теоретическая плодотворность и практическая значимость указанных исследований во многом зависят от степени их связи с правотворчеством и правоприменением» [Алейников, Б.Н., 2019, с. 30].

В связи с этим особый интерес вызывает научно обоснованная интегративная теория правопонимания В.В. Ершова, которая отличается значительным практико-ориентированным характером и рассчитана как на теоретиков права, так и на представителей отраслевых юридических наук и, что особо значимо, имеет существенное значение для субъектов правотворческой и правоприменительной деятельности современной России. Так, по мнению В.В. Ершова, «научно обоснованная концепция интегративного понимания права, характеризующаяся ограничением права только онтологически однородными прежде всего принципами и нормами права, содержащимися в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализующимися в государстве, позволяет теоретически убедительно обосновать содержание и сущность права с позиции одной из разновидностей синтетической теории права, эффективно защищать права и правовые интересы граждан, юридических лиц и органов государственной власти, обеспечивать повышение степени определенности права, а также степени стабильности, непротиворечивости, ожидаемости и прозрачности судебной практики» [Ершов, В.В., 2018, с. 106–107].

Следует обратить особое внимание на то, что интегративный подход, несмотря на то, что он характеризуется неоднородностью, выгодно отличается стремлением к применению междисциплинарного (трансдисциплинарного) подхода. Родоначальник трансдисциплинарного подхода Ж. Пиаже отмечал, что необходимо ожидать более высокого этапа – трансдисциплинарного, который не ограничится трансдисциплинарными отношениями, а разместит эти отношения внутри глобальной системы, без строгих границ между дисциплинами [Feuerabend, P.K., 1975].

Важной чертой современного интегративного подхода является созидательный характер формулируемых целей правового воздействия. Так, для современного периода развития российской государственности, связанного с конституционным признанием человека, его прав и свобод высшей ценностью, а России – в качестве демократического и правового государства, характерны цели-средства подчеркнута со-

зидательного характера. Например, в современной правовой доктрине целями-средствами, носящими созидательный характер, необходимо признавать: идеи мира, согласия и добра (Умнова, И.А., 2011); достоинство личности (Корнев, В.Н., 2018, с. 14); безопасность личности (Хатуаев, В.У., 2015); формальное равенство, свободу, справедливость (Нерсисянц, В.С., 2002); социальную солидарность (Эбзеев, Б.С., 2011); легитимность права (Конституции) (Витрук, Н.В., 2008).

Социальная ценность права состоит в его способности брать под свою защиту истинные ценности общества, способные обеспечить его воспроизводство, безопасность и поступательное развитие (для внутригосударственного права), а для международного права – это истинные ценности, способные обеспечить международный мир и безопасность, создать равные условия для уважения интересов всех субъектов международного общения, их суверенитета, традиций, культуры и национальных особенностей.

Исходя из вышеизложенного, представляется возможным заключить, что **интегративный подход в правопонимании следует рассматривать в качестве научно обоснованного, актуального и своевременного типа правового мышления, который имеет очевидные преимущества по сравнению с традиционными подходами в понимании права.**

Обсуждение и заключение

Краткий анализ истории зарождения и развития идей интегративного подхода в правопонимании и его современного состояния позволяют заключить, что данное направление правовой мысли не утратило своей актуальности, является перспективным научным исследованием, со значительным эвристическим и прикладным потенциалом.

Современный интегративный подход к пониманию права как в отечественной, так и в зарубежной юридической науке демонстрирует свою мировоззренческую и методологическую неоднородность. Он представлен различными учениями, имеет разнообразные философские и методологические основания понимания природы права и, что особо ценно, воспринимает право как сложное и органически целостное явление во всем его многообразии и противоречии, социально-исторической изменчивости, как неизменный синтез двух его взаимодополняющих начал: позитивистского и естественно-правового (юснатуралистического), выступающий стержневой и определяющей его природу характеристикой. Именно интегративный подход в правопонимании позволяет всесторонне и объективно воспринимать многосоставную природу права, избегая узкого и одномерного ее понимания, оформляя целостное представление о ней на подлинно научной основе.

Список использованной литературы

- Алейников Б.Н. Кодекс профессиональной этики адвоката: проблемы правопонимания, правотворчества и правоприменения // Государство и право. 2019. № 7. С. 29–38.
- Витрук Н.В. О социально-правовой сущности и легитимности Конституции Российской Федерации 1993 года // Российское правосудие. 2008. № 2. С. 4–12.
- Ершов В.В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 628 с.
- Кистяковский Б.А. Проблема и задача социально-научного познания // Вопросы философии и психологии. 1912. Кн. 112. С. 60–77.
- Кожевников С.Н. Понимание права: разные теоретические аспекты // Юрист. 2004. № 11. С. 20–24.
- Корнев В.Н. Интегративная природа Конституции России // Российское правосудие. 2018. № 12. С. 14.
- Корнев В.Н., Белова М.А. Понимающая философия права Артура Кауфмана // Государство и право. 2019. № 5. С. 14–17.
- Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории философии права. М. : ИКД «Зерцало-М», 2002, 288 с.
- Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства : учебник для вузов. М. : Норма, 2002. 552 с.
- Палеха Р.Р. Категория «правопонимание» и ее теоретико-методологический потенциал // Вестник Воронежского государственного университета. Сер. Право. 2012. № 1 (12). С. 24–31.
- Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. С. 89.
- Ромашов Р.А. Реалистический позитивизм как тип интегративного правопонимания // Теоретические и практические проблемы правопонимания : материалы III Междунар. науч. конф., состоявшейся 22–24 апр. 2008 г. в Российской академии правосудия / под ред. В.М. Сырых и М.А. Заниной ; 2-е изд. М. : РАП, 2010. С. 92–99.
- Соловьев В. С. Право и нравственность. Минск : Харвест ; М. : АСТ, 2001. 192 с.
- Сырых В.М. Теория государства и права : учебник для вузов. 6-е изд., перераб. и доп. М. : Юстицинформ, 2012. 704 с.
- Теория государства и права : учебник / под ред. проф. В.В. Лазарева. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Право и закон, 2001. 520 с.
- Умнова И.А. Право мира: Философское и правовое измерения : моногр. М. : ИНИОН, 2011. 180 с.

Хатуаев В.У., Шулекин А.В. Понятие и сущность безопасности личности // Регион: системы, экономика, управление. 2015. № 2. С. 287–291.

Хохлов С.В. Взгляды И. Канта на проблему взаимосвязи морали и права как источник философских воззрений В.С. Соловьева // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2009. № 97. С. 161–165.

Хук М. ван. Право как коммуникация / пер. с англ. М.В. Антонова и А.В. Полякова. СПб. : Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та : Университетский изд. консорциум, 2012. 288 с.

Честнов И.Л. Критерии современности правопонимания: современна ли интегративная концепция права? // Философия права в России: история и современность : матер. третьих философ.-правов. чтений памяти акад. В.С. Нерсисянца / отв. ред. В.Г. Графский. М. : Норма, 2009. С. 254–262.

Эбзеев Б.С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. М. : Норма, 2011. 384 с.

Яценко А.С. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. Юрьев : тип. К. Маттисена, 1912. 841 с.

Berman H.J. Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History // California Law Review. 1988. Vol. 76, issue 4. P. 779–801.

Feyerabend P.K. Against method. Outline of an anarchistic theory of knowledge. London: New Left Books, 1975. 339 p.

Flores I.B. The Problem About the Nature of Law vis-à-vis Legal Rationality Revisited: Towards an Integrative Jurisprudence // Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper. 2012. No. 12-160. P. 1–37.

Hall J. From Legal Theory to Integrative Jurisprudence // University of Cincinnati Law Review. 1964. Vol. 33, no. 2. P. 153–205.

Hall J. Integrative Jurisprudence // Interpretation of Modern Legal Philosophies. N. Y., 1947. P. 332–325.

Kant I. Rechtslehre: Schriften zur Rechtsphilosophie. Berlin : Akademie Verlag, 1988. 668 s.

Piaget J. Méthodologie des Relations Interdisciplinaires // Archives de Philosophie. 1971. Vol. 34. P. 539–549.

References

- Aleynikov, B.N., 2019. [Code of professional ethics of a lawyer: problems of legal understanding, law-making and law enforcement]. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 7, pp. 29–38. (In Russ.)
- Berman, H.J., 1988. Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History. *California Law Review*, 76(4), pp. 779–801. (In Eng.)
- Chestnov, I.L., 2009. [Criteria of modernity of the right of understanding: is the integrative concept of law modern?]. *Filosofiya prava v Rossii: istoriya i sovremennost': Materialy tret'ikh filosofsko-pravovykh chteniy pamyati akad. V.S. Nersesyantsa* = [Philosophy of law in Russia: history and modernity: Proceedings of the third philosophical and legal readings in memory of the Acad. V.S. Nersesyants]. Ed. V.G. Grafskiy. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Ebzeev, B.S., 2011. *Lichnost' i gosudarstvo v Rossii: vzaimnaya otvetstvennost' i konstitutsionnye obyazannosti* = [Personality and State in Russia: Mutual Responsibility and Constitutional Obligations]. Moscow: Norma. (In Russ.)
- Ershov, V.V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennykh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of social relations.]. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Feyerabend, P.K., 1975. Against method. Outline of an anarchistic theory of knowledge. London. (In Eng.)
- Flores, I.B., 2012. The problem about the nature of law vis-à-vis legal rationality revisited: towards an integrative jurisprudence. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, 12-160, pp. 1–37. (In Eng.)
- Hall, J., 1947. Integrative Jurisprudence. *Interpretation of Modern Legal Philosophies*. New York. Pp. 332–355. (In Eng.)
- Hall, J., 1964. From legal theory to integrative jurisprudence. *University of Cincinnati Law Review*, 33(2), pp. 153–205. (In Eng.)
- Hook, M. van., 2012. *Pravo kak kommunikatsiya* = [Law as Communication]. St. Petersburg: Izd. dom S.-Peterb. gos. un-ta; Universitetskiy izd. konsortsium. (In Russ.).
- Kant, I., 1988. *Rechtslehre: Schriften zur Rechtsphilosophie*. Berlin : Akademie Verlag. (In Germ.)
- Khatuaev, V.U. and Shulekin, A.V. 2015. [Concept and essence of personal security]. *Region: sistemy, ekonomika, upravlenie* = [Region: systems, economy, management], 2, pp. 287–291. (In Russ.)
- Khokhlov, S.V., 2009. [I. Kant's Views on the problem of the relationship between morality and law as a source of V.S. Solovyov's philosophical

views]. *Izvestiya Rossiyskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo universiteta im. A.I. Gertsena* = [Bulletin of the A. I. Herzen Russian State Pedagogical University], 97, pp. 161–165. (In Russ.)

Kistyakovskiy, B.A., 1912. [Problem and task of social and scientific knowledge]. *Voprosy filosofii i psikhologii* = [Questions of Philosophy and Psychology], 112, pp. 60–77. (In Russ.)

Kornev, V.N. and Belova, M.A., 2019. Understanding philosophy of law by Arthur Kaufman. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 5, pp. 14–17. (In Russ.)

Kornev, V.N., 2018. Integrative Nature of the Russian Constitution. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 2, p. 5–15. (In Russ.)

Kozhevnikov, S.N., 2004. Understanding of law: different theoretical aspects. *Yurist* = [Lawyer], 11, pp. 20–24. (In Russ.)

Lazarev, V.V., ed., 2001. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of State and Law]. Textbook. Moscow: Pravo i zakon. (In Russ.)

Leist, O.E., 2002. *Sushchnost' prava. Problemy teorii filosofii prava* = [Essence of Law. Problems of law theory and philosophy]. Moscow: Zertsalo-M. (In Russ.)

Nersesyantz, V.S., 2002. General theory of law and state. Moscow: Norma. (In Russ.)

Palekha, R.R., 2012. Category “right of understanding” and its theoretical and methodological potential. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser.: Pravo* = [Journal of the Voronezh State University. Series: Law], 1, pp. 24–31. (In Russ.)

Piaget, J., 1971. Méthodologie des Relations Interdisciplinaires. *Archives de Philosophie*, 34, pp. 539–549. (In Fr.)

Polyakov, A.V., 2003. *Obshchaya teoriya prava: fenomenologo-kommunikativnyy podkhod* = [General theory of law: phenomenal-communicative approach]. Course of lectures. St. Petersburg: Yurid. tsentr Press. (In Russ.)

Romashov, R.A., 2010. [Realist positivism as a type of integrative right of understanding]. *Teoreticheskie i prakticheskie problemy pravoponimaniya* = [Theoretical and practical problems of legal understanding. Proceedings of the III International scientific conference held on April 22–24, 2008 at the Russian Academy of Justice]. Moscow: RAP. Pp. 92–99. (In Russ.)

Solov'ev, V.S., 2001. *Pravo i npravstvennost'* = [Law and morality]. Minsk: Kharvest; Moscow: AST. (In Russ.)

Syrykh, V.M., 2012. *Teoriya gosudarstva i prava* = [Theory of state and law]. Textbook for universities. Moscow: Yustitsinform. (In Russ.)

Umnova, I.A., 2011. *Pravo mira: Filosofskoe i pravovoe izmereniya* = [Law of the World: Philosophical and Legal Dimensions]. Monograph. Moscow: INION. (In Russ.)

Vitruk, N.V., 2008. On the Social and Legal Essence and Legitimacy of the 1993 Constitution of the Russian Federation. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 2, pp. 4–12. (In Russ.)

Yashchenko, A.S., 1912. *Teoriya federalizma. Opyt sinteticheskoy teorii prava i gosudarstva* = [Theory of federalism. Experience of synthetic theory of law and state]. Moscow: Tip. K. Mattisena. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Палеха Роман Робертович, доцент кафедры теории и истории права и государства Центрального филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (394006, Россия, г. Воронеж, ул. 20-летия Октября, д. 95), кандидат юридических наук, доцент [Roman R. Palekha, Associate Professor of the Theory and History of the Law and State Department, Central Branch, Russian State University of Justice (95 20-letiya Oktjabrja St., Voronezh, 394006, Russia), Cand. Sci. (Law), Associate Professor]. E-mail: paleharr@mail.ru

Цифровые права – новые горизонты или юридический тупик

А.А. Арямов*, Е.О. Ружева, А.А. Чигак*****

* ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Москва, Россия

** ФГБОУ ВО РЭУ имени Г.В. Плеханова, г. Москва, Россия

*** Министерство финансов Российской Федерации, г. Москва, Россия

aaryamov65@yandex.ru, reo82@mail.ru, a.chigak@mail.ru

Введение. 2019 год в отечественном правовом пространстве позиционируется как период глобальной юридической реформы, как прорыв в нормативном регулировании перспективных общественных отношений. Инструментом регулирования функционирования «цифрового общества» декларируется институт «цифрового права». Является ли данная реформа в действительности юридической революцией (как это подается в научной периодике) или «косметическим ремонтом» находящегося в аварийном состоянии здания отечественного частного права?

Теоретические основы. Методы. Проведенное авторами исследование основывается на отечественных доктринальных источниках, раскрывающих содержание и специфику нормативного регулирования оборота цифровых активов, а также на теоретических разработках зарубежных юристов и экономистов, посвященных нюансам правового регулирования эмиссии и оборота криптовалюты. В данной статье авторы на основании системного, логического и юридического анализа отечественного нормативного материала, а также на базе компаративистского исследования передового зарубежного опыта правового регулирования оборота цифровых активов проанализировали текущую реформу отечественного гражданского и инвестиционного права, проходящую на основе принятых федеральных законов от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ и от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ, которыми введено в юридический оборот новое понятие «цифровое право».

Результаты исследования. Проведенный авторами научный анализ позволил выявить серьезные пробелы и коллизии в российском праве, а также определить перспективные направления развития правового регулирования оборота цифровых активов. Реформа отечественного гражданского и инвестиционного права, заключающаяся в введении в юридический оборот нового института «цифровые права», в целом не достигла объявленных целей и научных ожиданий.

Обсуждение и заключение. В настоящей статье анализируется новое юридическое понятие «цифровые права» и их оборот в контексте их частноправового регулирования и публично-правовой охраны, определения их места и роли в системе отечественного права в целом; данные вопросы до настоящего времени еще не были предметом научного анализа в отечественной юриспруденции. Предложенный авторами способ решения выявленных проблем – базирование методики правового регулирования оборота цифровых активов на принципе анонимности одного из участников регулируемого отношения, по аналогии с избирательным правом (и отказ от попыток тотального контроля за указанной деятельностью этих субъектов), является новым как для отечественного, так и для зарубежного правоведения.

Ключевые слова: цифровые права, утилитарные цифровые права, цифровые активы, цифровые ресурсы, криптовалюта, блокчейн, биткоин, оборот, правовое регулирование,

механизм правового регулирования, пробел в праве, перспективные направления реформы правового регулирования

Для цитирования: Арямов А.А., Руева Е.О., Чигак А.А. Цифровые права – новые горизонты или юридический тупик // Правосудие. 2020. Том 2, № 1. С. 131–149. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.131-149

Digital Rights – New Horizons or a Legal Impasse

Andrey A. Aryamov*, Evgenia O. Rueva,
Alena A. Chigak*****

* *Russian State University of Justice, Moscow, Russia*

** *Plekhanov Russian University of Economics, Moscow, Russia*

*** *Ministry of Finance of the Russian Federation, Moscow, Russia*

*For correspondence: aaryamov65@yandex.ru, reo82@mail.ru,
a.chigak@mail.ru*

Introduction. 2019 in the domestic legal space is positioned as a period of global legal reform, as a breakthrough in the regulatory regulation of promising public relations. The instrument of regulation of the functioning of the “digital society” is declared to be the institution of “digital law” introduced into legal circulation (doctrinal, law enforcement...). Is this reform really a legal revolution (as it is presented in scientific periodicals) or a “cosmetic repair” of the building of domestic private law, which is in disrepair?

Theoretical Basis. Methods. The study conducted by the authors is based on domestic doctrinal sources that reveal the content and specifics of regulatory regulation of digital assets turnover, as well as on the theoretical developments of foreign lawyers and economists devoted to the nuances of legal regulation of the issue and turnover of cryptocurrency.

In this article the authors on the basis of systematic, logical and legal analysis of national normative material, but also on the basis of the comparative study the best foreign experience of legal regulation of the turnover of digital assets reviewed current reform of the national civil and investment law occurring as a result of adoption of Federal law No. 34-FZ of March 18, 2019 and No. 259-FZ of August 2, 2019, which entered into legal turnover of the new concept of “digital law”. First of all, doctrinal sources – the works of foreign lawyers specializing in the study of problems of regulation of cryptocurrency turnover-are subjected to comparative analysis.

Results. The scientific analysis Carried out by the authors allowed to reveal serious gaps and conflicts in the Russian law, and also to define perspective directions of development of legal regulation of turnover of digital assets. The reform of the domestic civil and investment law, which consists in the introduction of a new Institute of “digital rights” into legal circulation, has not generally achieved the declared goals and scientific expectations. At its core, the analyzed reform, declared as a breakthrough of domestic jurisprudence, the consolidation of a new type of civil law objects-digital rights, and the construction on their basis of revolutionary principles of investment in the Russian economy, is only a unification of traditional legal material; moreover, the unification is unsuccessful, conflicting with a large volume of regulations both in the field of investment law and in the field of information law.

Discussion and Conclusion. This article demonstrates the analysis of the new legal concept of “digital rights” and their turnover in the context of their private legal regulation and public legal protection, determining their place and role in the system of domestic law in General; these issues have not yet been the subject of scientific analysis in domestic jurisprudence. The method of solving the identified problems proposed by the authors-basing the methodology of legal regulation of digital assets turnover on the principle of anonymity of one of the participants of the regulated relationship, by analogy with the electoral law (and refusal of attempts of total control over the specified activities of these subjects), is new for both domestic and foreign jurisprudence. The main attraction for users of information and telecommunication databases, is based on the

phenomenon of blockchain (in addition to guarantee absolute consistency of building structures) is the ability to ensure anonymity of certain subjects of these relations; this is an objective reality, the attempt of the legislator to ban or ignore this trend is doomed to ineffectiveness; the state should take these "rules of the game" and build their policies in this segment of public relations with them.

Keywords: digital rights, utilitarian digital rights, digital assets, digital resources, cryptocurrency, blockchain, bitcoin, turnover, legal regulation, mechanism of legal regulation, gap in law, perspective directions of reform of legal regulation

For citation: Aryamov, A.A., Rueva, E.O. and Chigak, A.A., 2020. Digital Rights – New Horizons or a Legal Impasse. *Pravosucie = Justice*, 2(1), pp. 131–149. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.131-149

Введение

Федеральным законом от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ ст. 128 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) «Объекты гражданских прав» была существенно реформирована: получил нормативное закрепление новый объект гражданских прав – цифровое право. В юридической научной периодике это явление позиционируется как прорыв, как революция в глобальной реформе нормативного регулирования общественных отношений, складывающихся в сфере функционирования так называемого «цифрового общества». Но так ли это на самом деле? Не является ли такая юридическая ревизия своеобразным «косметическим ремонтом» здания отечественной цивилистики, давно уже находящимся в «аварийном состоянии»?

Теоретические основы. Методы

Очевидно, что как только в гражданско-правовом обороте появляется какое-либо новое благо, то оно неизбежно становится привлекательным, в том числе и для лиц, преследующих преступные цели. Объекты гражданских прав рано или поздно, но неизбежно становятся объектами преступных посягательств, а следовательно, превращаются в объекты уголовно-правовой охраны (данный тезис вполне соответствует традиционным требованиям корреспондируемости частных/регулятивных и публичных/охранительных отраслей права). Уголовное право охраняет те отношения, которые получили регулирование в рамках (в данном случае) гражданского права, причем в том виде и форме, в которых их урегулировали цивилисты. Таким образом, обозначенные в настоящей работе проблемы носят отнюдь не узко частноправовой характер – они являются системными и в равной мере затрагивают и публично-правовой сегмент отечественного правового пространства. В предлагаемой вниманию читателей статье предпринята попытка сформулировать векторы правопонимания нового цивилистического явления в призме восприятия их в качестве возможных объектов преступных посягательств.

Прежде всего следует отметить, что очевидная тавтология и алогизм: объект права – право – это не вина авторов настоящей работы, это пример «эталонности» юридической техники отечественного законодателя при формировании цивилистической нормативной базы. Налицо юридическая фикция (говорим об очевидно несуществующем как о существующем) – вполне распространенный и эффективный элемент гражданско-правового инструментария.

В соответствии с текстом ст. 128 ГК РФ к категории «иного имущества» отнесены в том числе и имущественные права (своеобразная фикция: очевидно, что предмет не может быть тождественен праву на него, что объектами гражданских прав не могут быть сами права – вещь в себе, но законодатель посчитал возможным в данном случае при правовом описании объектов гражданского права использовать фикционный инструментарий); а к числу имущественных прав наряду с безналичными денежными средствами и ценными бумагами отнесены теперь и «цифровые права». Введена в оборот (научный, правоприменительный и т. д.) новая юридическая категория, которая (с точки зрения буквы закона) отлична от результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации (интеллектуальной собственности); а также от нематериальных благ.

Изложенное позволяет генерировать ряд парадоксальных выводов (демонстрирующих уровень юридической техники отечественного законодателя):

а) цифровые права не являются результатом интеллектуальной деятельности (с точки зрения законодателя они появляются либо как природные явления сами по себе, либо в силу исключительно физической деятельности человека);

б) цифровые права автономны от интеллектуальной собственности и средств индивидуализации (т. е. уникальный цифровой код, который и является сущностью, например, криптовалюты, – это не средство индивидуализации);

в) если цифровые права не могут быть отнесены к нематериальным благам, то, следовательно, они материальны (философия соотношения материального и идеального в мире поднялась на недостижимые и с трудом понимаемые высоты).

Проблемам правопонимания природы цифровых активов, специфики нормативного регулирования их оборота, юридического реагирования на риски, формирующиеся в обозначенном сегменте общественной деятельности, в последнее время посвящен достаточно приличный массив научных публикаций, в том числе и монографического характера [Арямов, А.А., Грачева, Ю.В., Чучаев, А.И., Маликов, С.В., 2019а, 2019б и др.]. К сожалению, авторы законопроектов (проекты, ставшие в настоящее время действующими законами) исходили из своих особых

представлений об объектах правового регулирования (обороте цифровых активов), не в полной мере соответствующих современному уровню юридической науки.

Благодаря упомянутому Федеральному закону от 18 марта 2019 г. № 34 Гражданский кодекс Российской Федерации обогатился ст. 141.1 «Цифровые права», содержание которой отличается гиперblankетностью: «Цифровыми правами признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам». То есть цифровым правом является то, что законом определено в качестве цифрового права, оно существует по правилам информационной системы, требования к которой, в свою очередь, также установлены законом.

В режиме корреспондирующих ссылок справочная поисковая система «КонсультантПлюс» сделала единственную отсылку к Федеральному закону от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Данный Закон вступил в силу с 1 января 2020 г. А упомянутая выше ст. 141.1 ГК РФ вступила в силу с 1 октября 2018 г., что неизбежно порождает проблемы с юридическими последствиями оборота цифровых прав в период с 1 октября 2018 г. по 1 января 2020 г.

Кроме того, данный Закон имеет сферой своего регулирования лишь отдельные сегменты инвестиционной деятельности. Таким образом, природа цифровых прав, специфика их возникновения и оборота ограничивается прокрустовым ложем инвестиционных отношений. Огромный пласт цифровизации экономической, политической, общественной жизни, основанный в том числе на феномене блокчейн, по формальным основаниям не может быть отнесен к цифровым правам и выпадает из сферы рассматриваемого правового регулирования.

Также следует отметить, что изменения, внесенные в Федеральный закон от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе», не позволяют отнести цифровые права к средствам платежа, что ставит под вопрос само существование инвестиционных отношений с привлечением/оборотом цифровых прав. Более того, в силу подп. 2 ч. 1 ст. 2 Федерального закона № 259-ФЗ цифровые права – не средство расчета (платежа), а объект приобретения за наличные или безналичные денежные средства (т. е. выступают в качестве обычного товара; являются не средством расчета за товар, а товаром, который сам нуждается в оплате). Основная (и даже единственная) функция всего множества криптовалют – это быть средством платежа, а если в этом им отказано, то утрачивается смысл правового регулирования их оборота.

Как следствие, они неизбежно переместятся в неправовую сферу и там будут выполнять свою миссию независимо от воли законодателя; государству же остается оформить запрет на оборот криптовалюты на своей территории (но обращаются-то они в виртуальном пространстве без жесткой привязки к национальной территории) и организовать борьбу с этим объективно существующим явлением. Эта миссия криптовалюты в теневом секторе экономики неизбежно превращается в функцию фальшивомонетничества, способную серьезно подорвать даже самую устойчивую экономическую систему.

В соответствии с Федеральным законом от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ в юридический оборот вводится понятие, несколько отличное от употребляемого в Гражданском кодексе (цифрового права), – «утилитарное цифровое право». Тожественно ли это понятие просто «цифровому праву», однозначно ответить сложно. И если в ст. 128 ГК РФ законодатель использует понятия «ценная бумага» и «цифровое право» как равнопорядковые – как разновидности имущественных прав, то рассматриваемый Закон рассматривает соотношение этих понятий иначе: ценная бумага (безноминальное цифровое свидетельство – ст. 8) удостоверяет утилитарное цифровое право (т. е. они соотносятся друг по отношению к другу как документарная форма и юридическое содержание одного явления).

Часть 2 ст. 1 Закона № 259-ФЗ содержит примечательную оговорку, согласно которой действие данного нормативного правового акта не распространяется «на отношения, возникающие в связи с инвестированием способами, не предусмотренными настоящим Федеральным законом», т. е. предполагается возможность функционирования иных инвестиционных схем, не исключающих оборот цифровых прав, правовая природа и содержание которых теряются в сумраке неизведанного.

В статье 8 Федерального закона № 259-ФЗ предпринята попытка дать дефиницию понятия «утилитарное цифровое право», отличающуюся высочайшим уровнем тавтологичности (ч. 3 ст. 8): «права, предусмотренные частью 1 настоящей статьи (а там предусмотрены именно утилитарные цифровые права. – *Авт.*), признаются утилитарными цифровыми правами, если они изначально возникли в качестве цифрового права, на основании договора о приобретении утилитарного цифрового права, заключенного с использованием инвестиционной платформы».

Часть 1 ст. 8 Федерального закона № 259-ФЗ содержит перечень утилитарных цифровых прав: право требовать передачи вещи, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и (или) прав использования результатов интеллектуальной деятельности, выполнения работ и (или) оказания услуг. Данный перечень является исчерпывающим, и хоть в цивилистике не запрещен метод аналогии закона, возможность расширительного толкования этого перечня просматривается с трудом.

Таким образом, все содержание унитарных цифровых прав (в контексте Федерального закона № 259-ФЗ) сводится только к праву требования и исключительно в рамках обязательственного права. А статья 141.1 ГК РФ устанавливает лишь, что цифровые права могут быть не только обязательственными, но и иными. Вопрос о том, что можно отнести к иным «необязательственным» цифровым правам, остается открытым. Единственной особенностью утилитарного цифрового права является то, что его приобретение и дальнейший оборот осуществляются на инвестиционной платформе в системе «Интернет». Более того, согласно ч. 2 ст. 8 рассматриваемого Закона № 259-ФЗ сфера оборота утилитарных цифровых прав ограничена запретом: к ним не могут относиться права, переход которых подлежит государственной регистрации или нотариальному удостоверению.

Одним из ключевых участников отношений в сфере оборота утилитарных цифровых прав является оператор инвестиционной платформы. Более того, он определяет правила функционирования инвестиционной платформы (своеобразный локальный «правотворец»), ведет реестр перехода цифровых прав, оформляет цифровые свидетельства на такое право. Участие клиента в такой инвестиционной деятельности осуществляется на основании договора присоединения, т. е. имеет место весьма жесткая привязка клиента к оператору инвестиционной платформы.

В то же время согласно ч. 1 ст. 141.1 ГК РФ оборот цифрового права осуществляется без обращения к третьему лицу. С позиции общей теории обязательственного права при уступке права требования есть цедент и цессионарий (1-я и 2-я стороны участников сделки), любой другой участник сделки является третьей стороной. Налицо грубейшее нарушение корреспондирующих связей между нормами различных правовых актов при наличии бланкетной диспозиции нормы одного из них.

Изложенное позволяет полагать, что вся масштабная реформа цивилистики в части ввода в оборот понятия утилитарного цифрового права соответствует разделу обязательственного права «Перемена лиц в обязательстве», а именно – уступке права требования. Даже закрепленное в ч. 6 ст. 8 Закона № 259-ФЗ требование неизменности цифрового права – это старое доброе положение цивилистики о том, что при цессии право уступается в неизменном виде. Оцифровка же документооборота и размещение ведения реестра перехода прав в глобальной системе «Интернет» несколько не соответствуют статусу задекларированной масштабной реформы гражданского и финансового права, а также не соответствуют современному состоянию вызовов в цифровом мире.

Слабым утешением может быть предположение, что понятие «цифровое право», закрепленное в ст. 128 и 141.1 ГК РФ, является общим по отношению к частному случаю – «утилитарному цифровому праву» (описанному в Федеральном законе № 259-ФЗ от 2 августа 2019 г.) и

рассчитано на дальнейшее развитие правовой реформы: помимо утилитарных могут быть иные цифровые права, которые пока нормативно не прописаны, но к регулированию которых можно будет обратиться в будущем (своего рода запас на всякий случай). Но даже такой допуск не в состоянии нивелировать все названные проблемы.

Ожидалось, что введенные в гражданско-правовой оборот цифровые права (как объект гражданских прав) хоть как-то будут корреспондировать родовому объекту преступного посягательства, определенному главой 28 УК РФ «Преступления в сфере компьютерной информации», однако этого не произошло. В рамках зарождающихся отраслей «Информационное право» и «Инвестиционное право» на сегодняшний день принят существенный объем нормативных актов, с которыми диссонируют обновленная редакция ст. 128 и вновь принятая ст. 14.1 ГК РФ. К таковым нормативным правовым актам прежде всего следует отнести:

- Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (ред. от 18 марта 2019 г.), в котором дается определение и раскрывается содержание таких самостоятельных понятий, как информация, документированная информация, электронный документ, оператор информационной системы, владелец сайта, провайдер хостинга, обладатель информации, информационная система, информационно-телекоммуникационная сеть и т. д., с которыми диссонирует содержание понятий цифровое право, инвестиционная платформа, оператор инвестиционной платформы, закрепленных в Федеральном законе № 259-ФЗ. Базовым принципом правового регулирования отношений в сфере информации, информационных технологий и защиты информации (ст. 3 Федерального закона № 149-ФЗ) является свобода поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом. Как с ним сочетается установленная Федеральным законом № 259-ФЗ закрытость инвестиционной платформы? И если ст. 5 Закона № 149-ФЗ закрепляет в качестве объекта правового регулирования информацию: «Информация может являться объектом публичных, гражданских и иных правовых отношений», то ст. 128 и 141.1 ГК РФ, закрепляющие в качестве объекта гражданского права цифровые права, должны соответствовать данному положению.

- Указ Президента Российской Федерации от 5 декабря 2016 г. № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации»: нормативное регулирование деятельности оператора инвестиционной платформы не отражает основных принципов Доктрины информационной безопасности Российской Федерации; даже статус такой платформы не определен: можно ее отнести к категории критической информационной инфраструктуры или нет? О соответствии требованиям рассматриваемой Доктрины (в области противо-

действия рискам в кредитно-финансовой системе) положений Федерального закона № 259-ФЗ говорить не приходится. Одной из главных угроз информационной безопасности (п. 18 рассматриваемой Доктрины) обозначена проблема асистемности/некомплексности регулирования информационных процессов. Исследуемая реформа гражданского и инвестиционного законодательства – весьма яркая иллюстрация формирования такого риска. В соответствии с п. 33 указанной Доктрины «организационную основу системы обеспечения информационной безопасности составляет Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации».

- Указ Президента Российской Федерации от 17 марта 2008 г. № 351 «О мерах по обеспечению информационной безопасности Российской Федерации при использовании информационно-телекоммуникационных сетей международного информационного обмена» (ред. от 22 мая 2015 г.). Деятельность оператора инвестиционной платформы осуществляется в сфере международной единой информационной системы «Интернет»; однако при этом абсолютно не определены маркеры соответствия такой безопасности информационно-телекоммуникационных сетей международного информационного обмена.

- Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (ред. от 25 декабря 2018 г.). В соответствии со ст. 3 данного Закона «объектами капитальных вложений в Российской Федерации являются находящиеся в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности различные виды вновь создаваемого и (или) модернизируемого имущества», в связи с чем положения ст. 128 и 141.1 ГК РФ, а также Федерального закона № 259-ФЗ должны соответствовать данному Закону. Однако в действительности присутствует иное: правовым основанием инвестиционной деятельности признается инвестиционный проект, под которым понимается «обоснование экономической целесообразности, объема и сроков осуществления капитальных вложений, в том числе необходимая проектная документация, разработанная в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также описание практических действий по осуществлению инвестиций (бизнес-план)».

Регламентационные положения рассматриваемого Федерального закона № 259-ФЗ не предусматривают правовой ниши для предоставления, анализа, согласования и правовых последствий утверждения такого бизнес-плана. Инвестиционная платформа функционирует как бы автономно от предоставления, утверждения и реализации бизнес-плана. Тем более Федеральный закон № 259-ФЗ не предусматривает дифференциации инвестиционных проектов на общий и приоритетный (что является нормативно обязательным в силу ст. 1 Федерального закона № 39-ФЗ). Так-

же Федеральным законом № 259-ФЗ «обнуляются» такие значимые для инвестиционной деятельности понятия, как срок окупаемости инвестиционного проекта, совокупная налоговая нагрузка и т. д. В соответствии со ст. 4 Федерального закона № 39-ФЗ в перечне субъектов инвестиционной деятельности вообще не предусмотрен оператор инвестиционной платформы (данным понятием оперирует Федеральный закон № 259-ФЗ). Права инвестора и обязанности субъектов инвестиционной деятельности определяются ст. 6–7 Федерального закона № 39-ФЗ, но они не соответствуют правам оператора инвестиционной платформы, закрепленным Федеральным законом № 259-ФЗ. Более того, в регламентируемых ст. 8 Федерального закона № 39-ФЗ отношениях между субъектами инвестиционной деятельности вообще нет места оператору инвестиционной платформы, предусмотренному Федеральным законом № 259-ФЗ. Статья 16 Федерального закона № 39-ФЗ регламентирует защиту инвестиционных вложений, в систему которой не «вписывается» защита вложений в сегменте инвестиционной платформы, предусмотренной Федеральным законом № 259-ФЗ. Статья 17 Федерального закона № 39-ФЗ регламентирует ответственность субъектов инвестиционной деятельности, в системе которой нет места ответственности оператора инвестиционной платформы, статус которого закреплен Федеральным законом № 259-ФЗ. И естественно, в системе общественных отношений, регулируемых Федеральным законом № 259-ФЗ, нет места регулированию инвестиционной деятельности органами местного самоуправления и муниципальным гарантиям, предусмотренными главами 5 и 6 Федерального закона № 39-ФЗ.

• Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» (ред. от 26 июля 2017 г.). Статья 1 этого Закона закрепляет положение о том, что «инвестирование в создание и воспроизводство основных фондов осуществляется в форме капитальных вложений», что абсолютно не соответствует положениям Федерального закона № 259-ФЗ, который не ограничивает процесс развития основных фондов капитальными вложениями. Также отсутствуют и корреспондирующие связи в сфере определения субъектов инвестиционной деятельности (см. положения двух сравниваемых законов). Права инвесторов и обязанности субъектов инвестиционной деятельности, отношения между субъектами инвестиционной деятельности, экспертиза инвестиционных проектов, защита инвестиций и их гарантии, ответственность субъектов инвестиционной деятельности, а также порядок прекращения и приостановления инвестиционной деятельности (ст. 5, 6, 7, 13, 15, 16, 17 Закона № 1488-1) не соответствуют статусу оператора инвестиционной платформы, предусмотренному Федеральным законом № 259-ФЗ

• Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (ред. от 31 мая 2018 г.). В рассматриваемых законах (ст. 141.1 и 128 ГК РФ и Федеральный закон № 259-ФЗ) абсолютно не отражена специфика иностранных инвести-

ций в экономику Российской Федерации. В Федеральном законе № 259-ФЗ не учтен статус иностранного инвестора, специфика дифференциации иностранных инвестиций на общие и прямые, а инвестиционных проектов – на общие и приоритетные; феномен реинвестирования вообще воспринимается как инородный субстрат.

- Федеральный закон от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» (с изм. и доп., вступ. в силу с 1 февраля 2018 г.) (ред. от 31 декабря 2017 г.). В аспекте соотношения с Федеральным законом № 259-ФЗ наблюдается полный пробел: последний вообще «не видит» такого юридического феномена, как инвестиционный фонд, и, естественно, не корреспондирует свои положения со статусом данного субъекта инвестиционной деятельности.

- Федеральный закон от 5 марта 1999 г. № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг» (ред. от 3 июля 2016 г.). В части сравнения текстов федеральных законов № 259-ФЗ и № 46-ФЗ становится очевидным, что законодатель в процессе принятия первого нормативного правового акта вообще не учитывал специфику формирования рынка ценных бумаг и инвестиций в данный сектор экономики.

- Федеральный закон от 28 ноября 2011 г. N 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» (ред. от 21 июля 2014 г.). Про инвестиционное товарищество в контексте настоящего исследования говорить не приходится в принципе...

Результаты исследования

Складывается впечатление, что авторы анализируемой правовой реформы вообще не были знакомы с перечисленными нормативными правовыми актами (по крайней мере, из паспорта законопроекта, пояснительных записок к нему, как и из содержания самого Закона, этого не видно).

Изложенное позволяет сделать вывод: опасения, что задекларированный новый объект гражданских прав формирует риск возникновения новой формы преступного посягательства (посягательства на цифровые права в том виде, в каком они урегулированы гражданским законодательством), не оправдались. В очередной раз «гора родила мышь». В силу очевидной «сумбурности» правовой реформы новый объект уголовно-правовой охраны так и не возник.

Обсуждение и заключение

На наш взгляд, представляет интерес опыт наших зарубежных коллег в попытке оптимизации правопонимания наиболее агрессивного проявления оборота цифровых активов – операции с криптовалютой. В качестве основы анализа можно принять публикации авторитетного скандинавского профессора Кристиана Рюекерта [Rueckert, С., 2019].

Из-за большого (и постоянно растущего) [CoinMarketCap: Cryptocurrency Market Capitalizations, 2018] числа так называемых «криптовалютных» систем с различными технологическими характеристиками термин «криптовалюта» определить нелегко [Virtual Currency Scheme, 2012, p. 13.]. Спектр возможностей классификации такой же широкий, как пространство технологического проектирования [Bonneau, J., Miller, A., Clark, B., et al., 2015, pp. 104–121] для «криптовалют». В целях оптимизации ведения научной дискуссии для целей данной статьи термин «криптовалюта» относится только к схемам со следующими свойствами:

- децентрализованная организация,
- управляемость сетевым протоколом,
- использование криптографии как средства для обеспечения безопасности транзакций,
- открытая бухгалтерская книга, которая документирует состояние и историю системы.

Популярный биткоин может служить эталонным примером для этих валют, поскольку это самая популярная криптовалюта с самым широким признанием и самой большой рыночной капитализацией на сегодняшний день [Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2012]. Перечисленные свойства можно применить к другим криптовалютам, смоделированным по аналогии с биткоином (например, «alt-coins» или Litecoin). Они могут в принципе обобщать схемы с различными свойствами или их комбинациями. Необходимо иметь в виду, что в ходе конкретных исследований надо корректировать эти требования применительно к каждому случаю.

Общепринято, что базовые, естественные основные субъективные права защищают определенные действия человека от произвольного вмешательства со стороны государства. Например, свобода электро-связи (ст. 7 CFR, 8 ECHR) защищает любую форму нераскрытой связи между физическими и юридическими лицами от вмешательства со стороны какого-либо государственного органа. Чтобы сослаться на конкретное основное право, рассматриваемое поведение должно быть связано с конкретными объектами. Например, поведение подпадает под действие права собственности только в том случае, если оно связано с объектом, который соответствует определению «собственности». Следовательно, чтобы ответить на вопрос о том, какие фундаментальные права применяются к поведению, связанному с владением, распоряжением и использованием биткоинами или использованием систем, аналогичным биткоину, необходимо понять, какие правовые характеристики имеют биткоины как объект гражданских прав, какие виды поведения имеют место при обороте биткоинов, в чем отличие биткоина от иных объектов гражданских прав, и прежде всего от денег (наличных и безналичных), движимого имущества и «электронных средств плате-

жа». Ограничимся обзором наиболее важных, юридически значимых свойств, поскольку большинство читателей уже обладают (базовыми) знаниями о технологии операций с биткоином. Если требуется дополнительная информация, существуют специальные статьи, посвященные технической перспективе [Burge, M.E., 2016; Guadamuz, A. and Marsden, C., 2015; Boehme, R., Christin, N., Edelman, B., et al., 2015; Christopher, C.M., 2014].

Прежде всего необходимо отметить, что система биткоина не работает как традиционные валютные системы. В реальных валютных системах правительство:

- допускает определенное экономико-правовое явление как средство платежа на своей территории;
- совершает эмиссию определенных средств платежа;
- обеспечивает такую эмиссию очевидными ценностями (обеспечение ликвидности);
- обеспечивает безопасность оборота этих средств платежа от производного внешнего вмешательства;
- на основании оборота таких средств платежа осуществляет свою бюджетную политику.

Все ветви государственной власти принимают участие в такой деятельности (при этом разные государственные органы несут ответственность за разные меры в разных правовых системах). Поэтому термин «правительство» условно отнесем ко всем органам власти, которые несут ответственность за меры, касающиеся регулирования, предотвращения и судебного преследования в контексте оборота криптовалют. При обращении денежных знаков и иных легальных средств платежа центральные банки и частные банковские учреждения функционируют в качестве центральных административных и контрольно-координирующих единиц. Напротив, в системе биткоин добровольцы (т. е. пользователи, которые запускают процедуру майнинга криптовалюты) предоставляют вычислительную мощность одноранговой сети, которая запускает программу (протокол биткоин) для отслеживания баланса учетных записей всех пользователей. Биткоин – это, по сути, трек транзакций между несколькими открытыми ключами в блокчейне [Boehme, R., Christin, N., Edelman, B., et al., 2015]. Следовательно, «хранение» биткоинов означает управление открытым ключом (адрес биткоина), который получил последнюю записанную транзакцию.

Пользователь биткоинов осуществляет управление открытым ключом, обладая соответствующим закрытым ключом. Каждая транзакция хранится в общедоступной распределенной книге, называемой «блокчейн». Последняя может просматриваться не только участниками одноранговой сети, но и всеми, кто использует аналитические инструменты блокчейна в Интернете, такие как www.blockchain.info. Добавление бло-

ка данных (который содержит транзакции пользователей) в блокчейн называется майнингом. Биткоин-майнеры – это пользователи, которые предоставляют ресурсы своего процессора для процесса майнинга [Burge, M.E., 2016; Christopher, C.M., 2014; Luu, J. and Imwinkelried, E., 2016]. Успешный майнер получает вознаграждение от вновь добытых биткойнов (помимо комиссионных за транзакции, предлагаемых сторонами транзакции [Boehme, R., Christin, N., Edelman, B., et al., 2015], чтобы мотивировать пользователей предоставлять вычислительную мощность для работы сети [Christopher, C.M., 2014; Luu, J. and Imwinkelried, E., 2016]). Даже если блокчейн общедоступен, участники сети биткоин остаются известны (если они решат так поступить) под псевдонимами [Guadamuz, A. and Marsden, C., 2015]. Это возможно потому, что каждый клиент может создать бесконечное количество уникальных и независимых открытых ключей [Christopher, C.M., 2014]. Таким образом, ни один пользователь не идентифицируется как административная единица (в отличие от открытия банковского счета). Анонимность операций максимальна. Обычно только владелец закрытого ключа знает, с кем связан связанный открытый ключ. Кроме того, посредством вышеупомянутого процесса майнинга человек может получать биткоины, превращая реальную валюту в биткоины на специализированных биржевых рынках (также наоборот) [Middlebrook, S. and Hughes, S., 2014], в биткоин-банкоматах (не наоборот) [Genesis Bitcoin ATM, 2018] и на интернет-платформах, таких как localbitcoins.com или bitcoin-treff.de.

Из-за технологических особенностей криптовалют правительства различных стран не только сталкиваются с препятствиями. Эти особенности могут быть использованы при регулировании. Должны найти решение проблемы отсутствия централизованных административных рычагов управления, практикуемых современным менеджментом. Стандартные системы Знай-Своего-Потребителя (KYC) в данном случае не будут работать, так как пользователям не нужно идентифицировать себя при открытии счета [Moeser, M., Boehme, R. and Breuker, D., 2013]. Кроме того, псевдоним владельца криптовалюты препятствует любой концепции, которая зависит, например, от знания личности пользователя, как того требует надзор со стороны правоохранительных органов [Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2012, p. 406].

Если государство имеет намерение создать оптимальный процесс оборота цифровых активов, и прежде всего криптовалюты, оно должно научиться выстраивать свою политику в условиях анонимности потенциальных клиентов: любые попытки выстраивания властных отношений, основанных на дешифровке персоналий (посредством выстраивания различного рода инвестиционных платформ и ведения различного рода реестров), заведомо обречены на неудачу. Полагаем, что конструирование механизма правового регулирования оборота цифровых

активов должно базироваться на принципе признания государством анонимности своих контрагентов. Таков подход к юридической регламентации общественных отношений не нов: за эталон можно принять прекрасно отработанный в теории, законодательстве и правоприменительной практике во всех демократических обществах на всех уровнях процесс реализации гражданами своего активного избирательного права (яркий пример публично-правового взаимодействия государства и гражданина при анонимности последнего).

Вместе с тем новые регулирующие подходы дает публичная запись транзакций. Так, по сравнению с возвратом выведенных из обращения денежных средств, например, посредством складирования многомиллиардных запасов наличных денежных знаков, для чего использовались операции с криптовалютой (дела миллиардеров Захарченко, Черкашина и т. д.), можно выделить и обесценить биткойны путем внесения в черный список транзакций [Christopher, C.M., 2014; Boehme, R., Grzywotz, J., Pesch, P., et al., 2017]. То же относится и к прибыли от других незаконных действий, таких как незаконный оборот наркотиков и оружия [Boehme, R., Grzywotz, J., Pesch, P., et al., 2017]. Каждый отдельный биткойн возможно отследить до его источника: даже если несколько биткойнов хранятся в одном и том же кошельке пользователя (точнее, в нем хранятся закрытые ключи) или даже если несколько биткойнов связаны с одним и тем же открытым ключом, каждый биткойн в кошельке или связанный с открытым ключом различим благодаря своей прослеживаемой и уникальной истории. Это очень важно для законодателей и правоприменителей. Следовательно, в отличие от классических банковских систем, выходные данные одной транзакции по криптовалюте в любое время отделены друг от друга и поэтому могут быть внесены в черный список без «отравления» всех биткойнов, связанных с соответствующим открытым ключом [Moeser, M., Boehme, R., Breuker, D., 2013; Boehme, R., Grzywotz, J., Pesch, P., et al., 2017].

Изложенное позволяет заключить, что финансовая политика государства должна основываться не на запрете тех или иных операций с цифровыми активами (прежде всего с криптовалютой). Запрет объективно существующих явлений (особенно если они носят экстерриториально-виртуальный характер) – откровенно бесперспективное занятие. Государство должно использовать уникальные возможности блокчейна для оптимизации своей финансово-бюджетной политики, принять новые правила игры и, использовав свои публичные преимущества, обеспечить себе доминирующее положение во вновь открывшемся пространстве. А отечественный опыт реформы цивилистики с изданием федеральных законов № 34-ФЗ и № 259-ФЗ целесообразно воспринять как этап (пусть и не очень удачный) в создании эффективного механизма регламентирования оборота цифровых активов.

Благодарности:

Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16158».

Список использованной литературы

- Арямов А.А., Грачева Ю.В., Чучаев А.И., Маликов С.В. Цифровые активы: правопонимание и правовое регулирование их оборота : науч.-практ. пособие. М. : Контракт, 2019а.
- Арямов А.А., Грачева Ю.В., Чучаев А.И., Маликов С.В. Дигитална имовина као предмет правне регулације (Digital assesas on object legal regulation) // Економика, Ниш. 2019b. № 2. С. 1–13.
- Арямов А.А., Грачева Ю.В., Чучаев А.И., Маликов С.В. Цифровые активы как экономический фактор: целесообразность, возможности и пределы правового регулирования // Research and Innovation Collection of scientific articles. N. Y., 2019с. Р. 123–133.
- Арямов А.А., Грачева Ю.В., Чучаев А.И. и др. Девиации в цифровом мире: уголовно-правовое измерение : науч.-практ. пособие. Ч. 1. М. : Контракт, 2019а.
- Арямов А.А., Грачева Ю.В., Чучаев А.И. и др. Налогообложение оборота цифровых активов // Азиатско-Тихоокеанский регион: экономика, политика, право. 2019b. № 1. С. 96–129.
- Boehme R., Grzywotz J., Pesch P., et al. Bitcoin and Alt-Coin Crime Prevention. Erlangen: BITCRIME Project, 2017.
- Boehme R., Christin N., Edelman B. et al. Bitcoin: economics, technology, and governance // J Econ Perspect. 2015. Vol. 29. P. 213–238.
- Bonneau J., Miller A.C. et al. SoK: research perspectives and challenges for Bitcoin and cryptocurrencies // 2015 IEEE Symposium on Security and Privacy. Piscataway, NJ : IEEE Computer Society Conference Publishing Services, 2015. P. 104–121.
- Burge M.E. Apple pay, bitcoin, and consumers: the ABCs of future public payment law // Hastings LJ. 2016. Vol. 67. P. 1493–1549.
- Charter of Fundamental Rights of the European Union // Official Journal of the European Communities. 2012. С. 326. P. 391–407.
- Christopher C.M. Whack-A-Mole: why prosecuting digital currency exchanges won't stop online money laundering // Lewis Clark Law Rev. 2014. Vol. 18. P. 1–36.
- CoinMarketCap: Cryptocurrency Market Capitalizations. URL: <https://coinmarketcap.com/> (дата обращения: 21.08.2018).

Genesis Bitcoin ATM. URL: <https://bitcoinatm.com/> (дата обращения: 29.08.2018).

Guadamuz A., Marsden C. Blockchains and bitcoin: regulatory responses to cryptocurrencies // First Monday. 2015. URL: <http://firstmonday.org/article/view/6198/5163> (дата обращения: 27.05.2019).

Killias M., Aebi M.F., Kuhn A. *Precis de criminology*. Berne, 2012. P. 635.

Luu J., Imwinkelried E.J. The challenge of Bitcoin pseudo-anonymity to computer forensics // Criminal Law Bulletin, 2016. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2671921 (дата обращения: 27.05.2019).

Middlebrook S., Hughes S. Regulating cryptocurrencies in the United States: current issues and future directions // Wm Mitchell L Rev. 2014. Vol. 40. P. 813–848.

Moeser M., Boehme R., Breuker D. An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem // Proceedings of the APWG E-Crime Researchers Summit. Anti-Phishing Working Group, Inc., 2013. P. 1–14.

Rueckert C. Cryptocurrencies and fundamental rights // Journal of Cybersecurity. 2019. Vol. 5, issue 1, tyz004. URL: <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyz004>. Опубликовано: 20.06.2019. Online ISSN 2057-2093; Print ISSN 2057-2085.

Virtual Currency Scheme. Frankfurt a.M. : European Central Bank, 2012. 53 p.

References

Arjamov, A.A., Gracheva, Ju.V., Chuchaev, A.I. and Malikov, S.V., 2019a. *Cifrovye aktivy: pravoponimanie i pravovoe regulirovanie ih oborota* = [Digital assets: legal understanding and legal regulation of their turnover]. Scientific and practical guide M.: Kontrakt. (In Russ.)

Arjamov, A.A., Gracheva, Ju.V., Chuchaev, A.I. and Malikov, S.V., 2019b. Digital assesas on object legal regulation. *Ekonomika* = [Economy], Nish, 2, pp. 1–13. (In Serb.)

Arjamov, A.A., Gracheva, Ju.V., Chuchaev, A.I. and Malikov, S.V., 2019c. Digital assets as an economic factor: feasibility, opportunities and limits of legal regulation. *Research and Innovation Collection of scientific articles*. New York. Pp. 123–133. (In Russ.)

Arjamov, A.A., Gracheva, Ju.V., Chuchaev, A.I., et al., 2019a. *Deviatsii v tsifrovom mire: ugodovno-pravovoe izmerenie* = [Deviations in the digital world: criminal and legal dimension]. Scientific and practical guide. Vol. 1. Moscow: Kontrakt. (In Russ.)

- Arjamov, A.A., Gracheva, Ju.V., Chuchayev, A.I., et al., 2019b. Taxation of digital asset turnover. *Aziatsko-Tihookeanskiy region: jekonomika, politika, pravo* = [Asia-Pacific Region: Economy, Politic, Law], 1, pp. 96–129. (In Russ.)
- Boehme, R., Christin, N., Edelman, B., et al., 2015. Bitcoin: economics, technology, and governance. *J Econ Perspect*, 29, pp. 213–238. (In Eng.)
- Boehme, R., Grzywotz, J., Pesch, P., et al., 2017. *Bitcoin and Alt-Coin Crime Prevention*. Erlangen: BITCRIME Project. (In Eng.)
- Bonneau, J., Miller, A.C., et al., 2015. SoK: research perspectives and challenges for Bitcoin and cryptocurrencies. *2015 IEEE Symposium on Security and Privacy*. Piscataway, NJ: IEEE Computer Society Conference Publishing Services. Pp. 104–121. (In Eng.)
- Burge, M.E., 2016. Apple pay, bitcoin, and consumers: the ABCs of future public payment law. *Hastings LJ*, 67, pp. 1493–1549. (In Eng.)
- Charter of Fundamental Rights of the European Union. 2012. *Official Journal of the European Communities*. C. 326, pp. 391–407. (In Eng.)
- Christopher, C.M., 2014. Whack-A-Mole: why prosecuting digital currency exchanges won't stop online money laundering. *Lewis Clark Law Rev*, 18, pp. 1–36. (In Eng.)
- CoinMarketCap: Cryptocurrency Market Capitalizations*, 2018. Available at: <<https://coinmarketcap.com/>> [Accessed 21 August 2018]. (In Eng.)
- Genesis Bitcoin ATM*, 2018. Available at: <<https://bitcoinatm.com/>> [Accessed 29 August 2018]. (In Eng.)
- Guadamuz, A. and Marsden, C., 2015. Blockchains and bitcoin: regulatory responses to cryptocurrencies. *First Monday*. Available at: <<http://firstmonday.org/article/view/6198/5163>> [Accessed 27 May 2019]. (In Eng.)
- Killias, M., Aebi, M.F. and Kuhn, A., 2012. *Precis de criminology*. Berne. P. 635. (In Eng.)
- Luu, J. and Imwinkelried, E.J., 2016. The challenge of Bitcoin pseudo-anonymity to computer forensics. *Criminal Law Bulletin*. Available at: <[press.http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2671921](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2671921)> [Accessed 27 May 2019]. (In Eng.)
- Middlebrook, S. and Hughes, S., 2014. Regulating cryptocurrencies in the United States: current issues and future directions. *Wm Mitchell L Rev*, 40, pp. 813–848. (In Eng.)
- Moeser, M., Boehme, R. and Breuker, D., 2013. An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem. *Proceedings of the APWG E-Crime Researchers Summit*. Anti-Phishing Working Group, Inc. Pp. 1–14. (In Eng.)

Rueckert, C., 2019. Cryptocurrencies and fundamental rights. *Journal of Cybersecurity*, 5(1), tyz004. Available at: <<https://doi.org/10.1093/cybsec/tyz004>>. Published: 20 June 2019. Online ISSN 2057-2093; Print ISSN 2057-2085. (In Eng.)

Virtual Currency Scheme. Frankfurt a.M.: European Central Bank, 2012. (In Eng.)

Заявленный вклад авторов:

Арямов Андрей Анатольевич – научное руководство, юридический анализ нормативных правовых актов.

Руева Евгения Олеговна – сбор и систематизация данных; анализ и обобщение результатов исследования.

Чигак Алена Андреевна – перевод и обзор иностранной литературы по исследуемой проблеме.

Информация об авторах / Information about the authors:

Арямов Андрей Анатольевич, профессор кафедры уголовного права ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, Москва, ул. Новочерёмушкинская, д. 69), доктор юридических наук, профессор [**Andrey A. Aryamov**, Professor of Criminal Law Department, Russian State University of Justice (69, Novocheremuskinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor]. E-mail: aaryamov65@yandex.ru

Руева Евгения Олеговна, доцент кафедры уголовного права и процесса ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г.В. Плеханова» (115093, Россия, Москва, Стремянный пер., д. 36), кандидат юридических наук, доцент [**Evgenia O. Rueva**, Associate Professor of Criminal Law and Process Department, Plekhanov Russian University of Economics (36 Stremyannyu per., Moscow, 115093, Russia), Cand. Sci. (Law), Associate Professor]. E-mail: reo82@mail.ru

Чигак Алена Андреевна, главный специалист-эксперт отдела судебно-претензионной работы и правового обеспечения бюджетной политики в отраслях социальной сферы и государственного управления Правового департамента Министерства финансов Российской Федерации (109097, Россия, Москва, ул. Ильинка, д. 9) [**Alena A. Chigak**, Chief Specialist-Expert of Division of Judicial and Claim Work and Legal Support of Budget Policy in the Social Sphere and Public Administration of the Legal Department of the Ministry of Finance of the Russian Federation (9 Il'inka St., Moscow, 109097, Russia)]. E-mail: a.chigak@mail.ru

Проблема определения правовых понятий с «открытой текстурой»

В.В. Оглезнев*

** Западно-Сибирский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Томск, Россия
ogleznev82@mail.ru*

Введение. В статье исследуются проблемы, связанные с определением правовых понятий, обладающих свойством «открытой текстуры». В качестве введения в исследуемую проблематику рассматриваются природа и значение «открытой текстуры», понимаемой в качестве особой разновидности неопределенности в том виде, в котором она была сформулирована в работах австрийского лингвистического философа Фридриха Вайсмана и британского философа права Герберта Харта.

Теоретические основы. Методы. Показано, что в интерпретации Харта «открытая текстура» проявляется у правовых понятий в пограничных случаях их употребления, когда значение понятия становится нечетким, неясным, неопределенным и у нас уже нет уверенности в его применимости. Такие случаи следует отличать от ясных, когда подобного рода сомнений не возникает. В качестве методологической основы исследования выступает тезис Харта о том, что при употреблении у правовых понятий обнаруживаются «ядровое» и «полутеневое» значения. «Ядровое» значение указывает на набор определенных условий, при наличии которых употребление термина является ясным, в то время как «полутеневое» значение отсылает к условиям, при наличии которых употребление термина неясно. «Открытая текстура» в этом смысле является неустранимым свойством правовых понятий.

Результаты исследования. Основным результатом проведенного исследования является утверждение, что «открытую текстуру» как неустранимое свойство правовых понятий можно элиминировать посредством корректировки определения. Показано, что наиболее подходящим способом определения правовых понятий с «открытой текстурой» может быть определение в употреблении, или контекстуальное определение, широко применяемое в аналитической философии.

Ключевые слова: определение, неопределенность, открытая текстура, правовые понятия, юридический язык

Для цитирования: Оглезнев В.В. Проблема определения правовых понятий с «открытой текстурой» // Правосудие. 2020. Т. 2, № 1. С. 150–161. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.150-161

The Problem of Definition of Legal Concepts with “Open Texture”

Vitaly V. Ogleznev

West Siberian Branch, Russian State University of Justice, Tomsk, Russia
For correspondence: ogleznev82@mail.ru

Introduction: The article discusses the problems associated with the definition of legal concepts which have the feature of “open texture”. The introduction presents the nature and meaning of “open texture”, which is understood as a special kind of indeterminacy. Such concepts are considered in the form in which they were postulated in the works of the Austrian linguistic philosopher Friedrich Waismann and the British legal philosopher Herbert Hart.

Theoretical Basis. Methods. It is contested that, in Hart’s interpretation, “open texture” appears in legal concepts in borderline cases, when the meaning of the term of “concept” becomes indeterminate, unclear, uncertain, and we do not know whether or not it should be applied. Such cases should be distinguished from clear-cut cases where such doubt does not arise.

The methodological basis of the study is Hart’s thesis stating that legal concepts have “core” and “penumbra” of meaning. The “core” meaning indicates a set of certain conditions, in which the use of the term “concept” is clear, while a “penumbra” meaning refers to conditions in which the its use becomes less clear. “Open texture” in this case, is an irreducible feature of legal concepts.

Results. The main result of the study is the assertion that “open texture” as an irreducible feature of legal concepts, can be disproved by changing its definition. It is shown that the most appropriate kind of definition of open-textured legal concepts is the definition or contextual definition, widely used in analytical philosophy.

Keywords: definition, indeterminacy, open texture, legal concepts, legal language

For citation: Ogleznev, V.V., 2020. The Problem of Definition of Legal Concepts with “Open Texture”. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 150–161. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.150-161

Введение

В повседневной и научной деятельности мы естественным образом стремимся к ясности наших рассуждений, т. е. к тому, чтобы используемые нами понятия по возможности однозначно передавали информацию об окружающем мире. Стремление к ясности при таком подходе становится критерием осмысленности и в некотором смысле – строгости рассуждения. Но чтобы этого добиться, надо каким-то образом установить или уточнить связь языкового выражения с тем, что оно обозначает как знак языка, надо выделить то, что должно быть предметным значением данного языкового выражения. Для этого следует обратиться к такому необходимому элементу познавательного и коммуникативного процесса, как определение. Действительно, в определении мы приписываем смысл термину и тем самым характеризуем предметы (определяем предметы), т. е. указываем характеристики предметов, которые термин обозначает или должен обозначать [Войшвилло, Е.К. и Дегтярев, М.Г., 2001, с. 249]. При помощи определения мы придаем строго фиксированный смысл языковым выражениям (терминам языка) [Бочаров, В.А. и Маркин, В.И., 2008, с. 423]. Таким образом, определение независимо

от целей и способов его введения не только имеет важную познавательную сторону, поскольку с его помощью познающий субъект получает и передает информацию об окружающем мире, но и играет большую методологическую роль с точки зрения анализа связей теоретических терминов с практической деятельностью [Попа, К., 1976, с. 12].

Тема определений была основательно разработана еще древнегреческими философами (прежде всего Платоном и Аристотелем), а также средневековыми схоластами, однако в окончательном виде она была сформулирована лишь в конце XIX – начале XX в. в работах по логике и философии науки. Наибольшее значение определение приобрело в формализованных теориях и формальных системах, где требования строгости и полноты рассуждения играют главенствующую роль в производстве выводов и заключений. В логике был даже разработан «такой раздел, как теория определений, который изучает компоненты, присутствующие в явной форме (или подразумеваемые) в любом более или менее законченном рассуждении, в любой концепции или теории» [Горский, Д.П., 1974, с. 3–4]. А поскольку определение всегда осуществляется в рамках некоторого языка, поэтому «сосредоточенность на языке в вопросах построения аргументов и первостепенное значение аргументов для развития философии делают природу значения и характер определений особенно важными» [Fetzer, J.H., 1991, p. 3]. Однако среди философов и даже среди логиков нет полного согласия в том, что такое определение и какие эпистемологические задачи оно должно решать. Либо определение должно фиксировать онтологические структуры и объекты, существующие независимо от познающего субъекта (то, что принято называть реальными определениями), либо в определении фиксируется исключительно термин как материальный объект, как носитель значения, а не само его значение, либо определение – это операция, раскрывающая смысл термина или понятия во взаимосвязи с другими терминами или понятиями (то, что принято называть номинальными определениями) [Попа, К., 1976, с. 9–10]. Почему для одних типов дискурса пригодными оказываются одни виды определений, а для других – другие? Почему определения, имеющие широкое хождение в точных науках, например в математике или физике, неприменимы в гуманитарных науках?

Теоретические основы. Методы

Возможные ответы на эти вопросы, по-видимому, должны ориентироваться на то, что, несмотря на постулируемую универсальность отдельных видов определения, их использование помимо всего прочего должно учитывать также контекст употребления понятий или терминов. Контекстуальная обусловленность значения терминов, таким образом, имеет решающее значение и позволяет учесть не только их семантическую специфику, но и их онтологические характеристики. Наиболее

подходящим для демонстрации этой точки зрения примером является определение правовых понятий, когда простые на первый взгляд понятия оказываются сложным по содержанию комплексом, во многом основанным на практике их употребления в правотворческой и правоприменительной деятельности. Это надо учитывать, поскольку характер определяемых понятий может существенно повлиять на тип и даже на возможность их определения. Майкл Бэйлз, например, предлагает отличать правовые понятия от дескриптивных понятий, заимствованных из обыденного языка, несмотря на то что сделать это довольно сложно. При этом сами правовые понятия следует, по его мнению, разделять на конкретные и абстрактные. Например, понятия «договор», «собственность», «прямой умысел» и «убийство» относятся к конкретным, а «право» и «обязанность» – к абстрактным [Bayles, M.D., 1991, p. 255]. Конкретные правовые понятия обычно определяются посредством традиционного метода определения через ближайший род и видовое отличие (*Definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*). Но этот метод не применим к абстрактным правовым понятиям, поскольку они не имеют общего рода и являются *sui generis*. Этот особый характер абстрактных правовых понятий, по мнению одного из ведущих современных философов права Г.Л.А. Харта, заключается в их «открытой текстуре», т. е. в их свойстве становиться неопределенными в пограничных (нестандартных) случаях употребления. «Открытая текстура» таких понятий обуславливает необходимость поиска релевантного способа их определения. Харт был одним из первых, кто обратился к исследованию природы и значения «открытой текстуры» для правовых понятий, а также к тому, как «открытая текстура» влияет на их определение [Bix, B.H., 1991; Bunikowski, D., 2016; Schauer, F., 2013; Касаткин, С.Н., 2010; Оглезнев, В.В., 2016].

Важность рассмотрения этого вопроса, по замечанию Харта, связана еще и с тем, что «одним из результатов собственно аналитической юриспруденции во все возрастающей степени была и остается демонстрация “открытой текстуры” или смутности периферии понятий, используемых в повседневной жизни права и там, где правовые правила, включающие такие понятия, не способны предопределить единственность решения в отдельных случаях» [Харт, Г.Л.А., 2017, с. 141]. Идея Харта в общем виде заключалась в том, что для того, чтобы решить, применимо ли правило в определенной ситуации, следует установить границы значения общего термина, присутствующего в этом правиле. Например, применение правила «Использование средств передвижения в парке запрещено» (*No vehicles in the park*), как правило, зависит от того, является ли с точки зрения данного правила определенный объект «средством передвижения» [Оглезнев, В.В., 2016, с. 237–238]. В ясных или стандартных случаях, отмечает Харт, «общие нормы не нуждаются в интерпретации <...> признание примеров выглядит беспроблемным (или автоматическим), <...> существует общее согласие в суждении относительно применимости классифициру-

ющих терминов» [Харт, Г.Л.А., 2007, с. 130]. В пограничных или нестандартных случаях уже не так ясно, подлежит ли применению общий термин: «Существуют доводы и за, и против использования общего термина, но нет никакой устойчивой договоренности или соглашения, которое определяло бы его использование» [Харт, Г.Л.А., 2007, с. 130–131]. Такие термины характеризуются двойственностью значения: с одной стороны, у них обнаруживается так называемое «ядровое» значение, которое указывает на набор определенных условий, при наличии которых употребление термина является ясным, а с другой стороны – «полутеневое» значение, которое отсылает к условиям, при наличии которых употребление термина неясно. Оказывается, что определить значение термина в так называемых пограничных случаях его употребления весьма проблематично. Как раз именно то, что правила в пограничных случаях становятся неопределенными, Харт и называет «открытой текстурой» правил (и языка в целом) [Харт, Г.Л.А., 2007, с. 131]. Основная проблема здесь заключается в том, что если в своем ядре понятие четко определено, то, когда мыдвигаемся от центра к периферии, его границы становятся нечеткими, неясными, неопределенными. Мы не уверены в стабильности значения такого понятия, как это имеет место, например, в стандартном случае его употребления. Понятие «средство передвижения» в обычном контексте представляется вполне ясным, но стоит нам поместить его в правило «Использование средств передвижения в парке запрещено», как оно становится неясным и неопределенным: мы не знаем, включаются ли в объем этого понятия помимо стандартного случая автомобиля роликовые коньки, детская коляска, скейтборды и проч. Поэтому правило, содержащее подобного рода понятия, становится неопределенным (или имеющим «открытую текстуру»), т. е. нестабильность значения понятия приводит к нестабильности правила, в котором это понятие содержится.

Харт, как известно, позаимствовал идею «открытой текстуры» у своего оксфордского коллеги лингвистического философа Фридриха Вайсмана, который использовал эту идею в качестве аргумента против феноменалистской позиции о сводимости высказываний о материальных объектах к высказываниям о чувственных данных, с одной стороны, и против верификационизма в целом, с другой стороны [Waismann, F., 1960; Оглезнев, В.В. и Суровцев, В.А., 2018]. Вслед за Вайсманом, который считал «открытую текстуру» фундаментальным свойством большинства эмпирических понятий, Харт приписывает это свойство и понятиям юридического языка, что вызвало в научной литературе множество вопросов [Lyons, D., 1999; Schauer, F., 2013]. Изменилась ли эта идея после заимствования? Одинаковым ли образом Харт и Вайсман понимали идею «открытой текстуры»? Возможно ли применить идею «открытой текстуры» к неэмпирическим понятиям? Мы оставим в стороне ответы на эти вопросы и сосредоточимся на проблеме определения правовых понятий с «открытой текстурой».

Результаты исследования

Вайсман считал, что именно «открытая текстура» мешает нам окончательно верифицировать большинство эмпирических утверждений: «Возьмем любое высказывание о материальном объекте. Термины, которые в нем встречаются, не являются исчерпывающими; это означает, что мы не можем предвидеть все возможные случаи, в которых они должны использоваться; всегда остается возможность, хотя и слабая, что мы не учли того или иного, что может иметь отношение к их использованию; и это означает, что мы не можем предвидеть все возможные обстоятельства, при которых высказывание истинно или ложно» [Waismann, F., 1960, pp. 120–121]. То, что мы не можем окончательно верифицировать или полностью определить такие термины, напрямую связано, согласно Вайсману, с их «открытой текстурой».

Вайсман исходил из того, что термин определяется, когда описывается ситуация, в которой он должен использоваться. Но можем ли мы исчерпывающим образом описать все ситуации возможного использования термина? Ответ Вайсмана отрицательный, потому что «мы никогда на самом деле не сможем исключить возможность возникновения какого-либо непредвиденного фактора, и потому мы не можем быть уверены в том, что включили в определение все, что необходимо, и, следовательно, процесс определения и уточнения идеи будет продолжаться бесконечно» [Waismann, F., 1960, p. 122]. Определение термина с «открытой текстурой» неизбежно будет неполным, т. е. оно не будет охватывать все случаи его использования. Из этого Вайсман делает свой главный вывод: «Неполнота нашей верификации укоренена в неполноте определения привлекаемых терминов, а неполнота определения укоренена в неполноте эмпирического описания» [Waismann, F., 1960, p. 123]. В этом смысле определение понятия будет неполным и незавершенным. Конечно, проект лингвистического антиредукционизма Вайсмана был ориентирован на анализ эмпирических понятий и высказываний. Харт же показал, что идею «открытой текстуры» можно эксплицировать и в других типах дискурса, в частности в юридическом, где эта идея получает новое звучание и интерпретацию.

«Открытая текстура» правовых понятий в теории Харта связана с неопределенностью права. Эта связь состоит в следующем. Харт считал, что право является неопределенным, потому что неопределенными являются и правила, из которых право состоит, и понятия, которые оно содержит, включая понятие самого права. И у правил, и у понятий есть область применения. Неопределенность в таком случае заключается в том, что у нас нет подтверждения того, применимо ли данное высказывание или правило к определенным ситуациям. Аргумент Харта о неопределенности основан на том, что применение правил, понятий или выражений является частично неопределенным из-за такого их эпистемологического недостатка, как потенциальная неуверенность относи-

тельно применимости этого понятия, выражения или правила. Поэтому следует различать ясные основные случаи, когда правило, содержащее подобные термины, явно применимо, и сложные случаи, когда есть основания и для утверждения, и для отрицания его применимости. Это связано, в первую очередь, с тем, что мы не можем предвидеть всех обстоятельств и учесть все возможные ситуации применимости правовых понятий: «Законодатели – это люди, и они не могут иметь столько знаний обо всех возможных сочетаниях обстоятельств, которые может преподнести будущее» [Харт, Г.Л.А., 2007, с. 132]. Таким образом, отношения сходства с образцами или стандартами определяют правильное применение правила или термина. Как верно отмечает Николас Ставропулос, семантическая концепция Харта основана на «понимании понятий как сводимых к фактам использования, к последовательному применению термина, к процедурам установления того, что термин применяется, или, в более общем смысле, к условиям его применения» [Stavropoulos, N., 2001, p. 91].

Вот здесь и возникает проблема определения, потому что «определение, как предполагает это слово, – это, в первую очередь, вопрос проведения границ или различения между одним типом вещей и другим, что язык фиксирует отдельным словом» [Харт, Г.Л.А., 2007, с. 21]. Однако «какими бы сложными ни были наши определения, мы не можем сделать их настолько точными, чтобы они ограничивали определяемые понятия во всех возможных направлениях и чтобы мы могли окончательно сказать, что понятие либо применимо к конкретному случаю, либо нет» [Hart, H.L.A., 1983, p. 275]. Как и Вайсман, Харт также приходит к выводу, что полное определение понятия не может быть выполнено.

Но если мы не можем определить (эмпирические или правовые) понятия окончательным образом из-за их открытой текстуры, то как мы тогда будем их использовать? Ведь сколько бы мы ни пытались определить понятие, открытую текстуру мы устранить не можем. Любой предмет, относительно которого мы образуем понятие, обладает бесконечным множеством свойств, и всегда можно найти такой предмет, который не подпадает под наше понятие, но который следовало бы туда отнести. Поэтому мы корректируем определение, расширяя содержание понятия за счет добавления дополнительных признаков. Первое, по мнению Харта, с чего следует начать при определении общего термина с точки зрения правила, так это обратиться к изображению, примеру или определенной ситуации, на которые правило направлено [Vix, B.H., 1991, p. 54].

Например, понятие «средство передвижения», обладая открытой текстурой, является неопределенным в том смысле, что, какие бы новые квалифицирующие признаки мы ни добавляли, мы не сможем завершить определение. На определенном этапе мы можем элиминировать неопределенность, установив более точные правила употребления понятия – считать средством передвижения техническое устройство

для перевозки людей и/или грузов, производящее шум и загрязняющее воздух. Через какое-то время могут появиться средства передвижения, не соответствующие этим правилам, но подпадающие под это понятие и приводящие к новой неопределенности. Всегда можно найти такой контекст, где определение, какое бы мы ни дали, этому контексту соответствовать не будет, а это свидетельствует об «открытой текстуре» любого (эмпирического или правового) понятия. Контекст употребления здесь имеет решающее значение, т. е. при появлении нового контекста мы вынуждены корректировать наше определение относительно этого контекста. Возможно, именно этот факт Вайсман имел в виду, когда говорил, что «определения открытых терминов *всегда* являются корректируемыми» [Waismann, F., 1960, p. 120]. Это не означает, что мы нашли окончательное определение, лишь пришли к тому, что у нас появляется «приемлемое понятие, если с его помощью достигается поставленная цель» [Waismann, F., 1977, p. 223].

Харт, как и Вайсман, под определением понимает способ описания того, как термин употребляется. Суть подхода Харта заключается в том, что вместо определения отдельного термина необходимо рассмотреть высказывание, где соответствующее языковое выражение играет характерную для себя роль и разъясняется, «во-первых, посредством спецификации условий, при которых все высказывание истинно, и, во-вторых, посредством того, как данное выражение употребляется для того, чтобы получить заключение на основании правил в конкретном случае» [Hart, H.L.A., 1954, p. 49]. При таком подходе вопрос полноты или завершенности определения не возникает; мы проясняем значение понятия или термина с «открытой текстурой» через анализ пропозициональных форм, в которых определяемое языковое выражение используется. Этот подход имеет весьма близкое сходство с методом, распространенным среди философов-аналитиков и логиков (хотя в неявном виде его можно обнаружить уже в работах Бентама [Bentham, J., 1843; Hart, H.L.A., 1982]), а именно с методом «определения в употреблении» (*definition in use*), или контекстуального определения, на что Харт сам так или иначе указывает [Hart, H.L.A., 1954, p. 48; Hart, H.L.A., 1983, pp. 34, 89–91, 272–274, 288; Харт, Г.Л.А., 2007, с. 21–25; Харт, Г.Л.А., 2017, с. 146–148, 158]. Вот как работу этого метода описывает современник и коллега Харта британский аналитический философ Альфред Айер: «Мы определяем символ *в употреблении* (курсив мой. – В.О.), не утверждая его синонимичность с некоторыми другими символами, но показывая, как предложения, в которых он значимо встречается, можно перевести в эквивалентные предложения, которые не содержат ни сам *дефиниендум*, ни какой-либо из его синонимов» [Айер, А.Дж., 2010, с. 85]. Иными словами, данный метод заключается в том, что языковое выражение должно анализироваться только в рамках контекста его употребления, где контекст демонстрирует, что обособленное от него языковое выражение само по себе не выполняет де-

нотативную функцию. «Открытая текстура» понятия при таком подходе не устраняется, но корректируется его определение.

Однако «открытая текстура» правовых понятий должна рассматриваться не как недостаток, скорее как преимущество в том смысле, что она позволяет разумно истолковать правила в тот момент, когда они применяются в ситуациях и проблемных случаях, которые их создатели не предвидели или не могли предвидеть [Vix, В.Н., 1991, р. 65], и позволяет выйти из области «полутени» на более «освещенную территорию». Харт не разработал специальной семантической теории или особой теории значения, которая была бы применима к анализу правовых понятий, на что, в частности, обращает внимание Гордон Бейкер [Baker, G.P., 1977, pp. 43–44]. По-видимому, Харт придерживался конвенционалистской трактовки значения, согласно которой утверждается существование специфических intersubjective сущностей, которые порождаются в рамках того или иного социокультурного, исторического, лингвистического сообщества. Значением с точки зрения конвенционализма выступает некая промежуточная сущность, не относящаяся ни к психическому, ни к физическому миру. Харту этого было вполне достаточно, чтобы обосновать особый семантический характер правовых понятий и их неизбежную «открытую текстуру».

Благодарности:

Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-00119а «Неопределенность и “открытая текстура” юридического языка».

Список использованной литературы

- Айер А.Дж. Язык, истина и логика / пер. с англ. Н.А. Тарабанова. М. : Канон+, 2010.
- Бочаров В.А., Маркин В.И. Введение в логику. М. : ИД «Форум», 2008.
- Войшвилло Е.К., Дегтярев М.Г. Логика. М. : Владос-Пресс, 2001.
- Горский Д.П. Определение: логико-методологические проблемы. М. : Мысль, 1974.
- Касаткин С.Н. «Открытая структура» юридического языка в концепции Герберта А.А. Харта // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Сер.: Юридические науки. 2010. № 2. С. 193–198.
- Оглезнев В.В. «Открытая текстура» юридического языка // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2016. № 2 (34). С. 237–244.

Оглезнев В.В., Суровцев В.А. Фридрих Вайсман о многоуровневой структуре языка и проблемах редукционизма // Эпистемология и философия науки. 2018. № 4 (55). С. 206–218.

Попа К. Теория определения. М. : Прогресс, 1976.

Харт Г.Л.А. Понятие права / пер. с англ. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007.

Харт Г.Л.А. Философия и язык права / сост. и пер. с англ. В.В. Оглезнева и В.А. Суровцева. М. : Канон+, 2017.

Baker G.P. Defeasibility and meaning // Law, Morality, and Society : Essays in Honor of H.L.A. Hart / Eds. P.M.S. Hacker and J. Raz. Oxford : Clarendon Press, 1977. P. 26–57.

Bayles M.D. Definitions in law // Definitions and Definability: Philosophical Perspectives / Eds. J.H. Fetzer, D. Shatz, G. Schlesinger. Springer, 1991. P. 251–268.

Bentham J. Essay on logic // The Works of Jeremy Bentham. Vol. 8. / Ed. J. Bowring. Edinburgh, 1843. P. 212–294.

Bix B.H. H.L.A. Hart and the “open texture of language” // Law and Philosophy. 1991. Vol. 1 (10). P. 51–72.

Bunikowski D. The origins of open texture in language and legal philosophies in Oxford and Cambridge // Rechtstheorie. 2016. Vol. 47. P. 1–24.

Fetzer J.H. Aspects of the theory of definition // Definitions and Definability: Philosophical Perspectives / Eds. J.H. Fetzer, D. Shatz, G. Schlesinger. Springer, 1991. P. 3–20.

Hart H.L.A. Definition and theory in jurisprudence Law // Quarterly Review. 1954. Vol. 70. P. 37–60.

Hart H.L.A. Essay on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory. Oxford : Clarendon Press, 1982.

Hart H.L.A. Essays in jurisprudence and philosophy. Oxford : Clarendon Press, 1983.

Lyons D. Open texture and the possibility of legal interpretation // Law and Philosophy. 1999. N 5 (18). P. 297–309.

Schauer F. On the open texture of law // Grazer Philosophische Studien. 2013. Vol. 87. P. 197–215.

Stavropoulos N. “Hart’s semantics” in Hart’s Postscript : Essays on the Postscript to The Concept of Law / Ed. J. Coleman. Oxford : University Press, 2001. P. 59–98.

Waismann F. Philosophical papers. Dordrecht : D. Reidel, 1977.

Waismann F. Verifiability // Logic and Language: First Edition / Ed. A. Flew. Oxford : Basil Blackwell, 1960. P. 117–144.

References

- Ayer, A.J., 2010. *Yazyk, istina i logika* = [Language, Truth, and Logic]. Translated from English by N.A. Tarabanov. Moscow: Kanon+. (In Russ.)
- Baker, G.P., 1977. Defeasibility and meaning. In: P.M.S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society. Essays in Honor of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press. Pp. 26–57. (In Eng.)
- Bayles, M.D., 1991. Definitions in law. In: J.H. Fetzer, D. Shatz and G. Schlesinger, eds. *Definitions and Definability: Philosophical Perspectives*. Netherlands: Springer. Pp. 251–268. (In Eng.)
- Bentham, J., 1843. Essay on logic. In: J. Bowring, ed. *The Works of Jeremy Bentham*. Volume 8. Edinburgh. Pp. 212–294. (In Eng.)
- Bix, B.H., 1991. H.L.A. Hart and the open texture of language. *Law and Philosophy*, 1(10), pp. 51–72. (In Eng.)
- Bocharov, V.A. and Markin, V.I. *Vvedenie v logiku* = [Introduction to logic]. Moscow: Forum. (In Russ.)
- Bunikowski, D., 2016. The origins of open texture in language and legal philosophies in Oxford and Cambridge. *Rechtstheorie*, 47, pp. 1–24. (In Eng.)
- Fetzer, J.H., 1991. Aspects of the theory of definition. In: J.H. Fetzer, D. Shatz and G. Schlesinger, eds. *Definitions and Definability: Philosophical Perspectives*. Netherlands: Springer. Pp. 3–20. (In Eng.)
- Gorskiy, D.P., 1974. *Opredelenie: logiko-metodologicheskie problemy* = [Definition: Logical and methodological problems]. Moscow: Mysl'. (In Russ.)
- Hart, H.L.A., 1954. Definition and theory in jurisprudence. *Law Quarterly Review*, 70, pp. 37–60. (In Eng.)
- Hart, H.L.A., 1982. *Essay on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press. (In Eng.)
- Hart, H.L.A., 1983. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press. (In Eng.)
- Hart, H.L.A., 2017. *Filosofiya i yazyk prava* = [Philosophy and language of law]. Compilers and translated from English V.V. Ogleznev and V.A. Surovtsev. Moscow: Kanon+. (In Russ.)
- Hart, H.L.A., 2007. *Ponyatie prava* = [The concept of law]. Translated from English E.V. Afonasin and S.V. Moiseev. St. Petersburg: Izd-vo S.-Peterb. un-ta. (In Russ.)
- Kasatkin, S.N., 2010. The “open texture” of legal language in the concertion of Herbert L.A. Hart. *Vektor nauki Tol'yattinskogo gosudarstvennogo universiteta. Ser.: Yuridicheskie nauki* = [Vector of

- science of Togliatti State University. Series: Legal science], 2, pp. 193–198. (In Russ.)
- Lyons, D., 1999. Open texture and the possibility of legal interpretation. *Law and Philosophy*, 5(18), pp. 297–309. (In Eng.)
- Popa, K., 1976. *Teoriya opredeleniya* = [Theory of definition]. Moscow: Progress. (In Russ.)
- Ogleznev, V.V., 2016. [“Open texture” of legal language]. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Filosofiya. Sotsiologiya. Politologiya*. = Tomsk State University Journal of Philosophy, Sociology and Political Science, 2(34), pp. 237–244. (In Russ.)
- Ogleznev, V.V. and Surovtsev, V.A., 2018. [Friedrich Waismann on many-level-structure of language and problems of reductionism]. *Epistemology & Philosophy of Science*, 55(4), pp. 206–218. (In Russ.)
- Schauer, F., 2013. On the open texture of law. *Grazer Philosophische Studien*, 87, pp. 197–215. (In Eng.)
- Stavropoulos, N., 2001. Hart’s semantics. In: J. Coleman, ed. *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford University Press. Pp. 59–98. (In Eng.)
- Voyshvillo, E.K. and Degtyarev, M.G., 2001. *Logika* = [Logic]. Moscow: Vlosos-Press. (In Russ.)
- Waismann, F., 1977. *Philosophical papers*. Dordrecht: D. Reidel, 1977. (In Eng.)
- Waismann, F., 1960. Verifiability. In: A. Flew, ed. *Logic and Language*: 1st ed. Oxford: Basil Blackwell. Pp. 117–144. (In Eng.)

Информация об авторе / Information about the author:

Оглезнев Виталий Васильевич, профессор кафедры теории и истории права и государства Западно-Сибирского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (634050, Россия, г. Томск, пл. Ленина, д. 2), доктор философских наук, доцент [**Vitaly V. Ogleznev**, Professor of Theory and History of Law and the State Department, West Siberian Branch, Russian State University of Justice (2 Lenina Sqr, Tomsk, 634050, Russia), Dr. Sci. (Philosophy), Associate Professor]. E-mail: ogleznev82@mail.ru

Квалификационные ошибки: природа, закономерности, виды, последствия

В.К. Андрианов*

** ФГБОУВО «Российский государственный университет
правосудия», г. Москва, Россия
andrianov_vk@mail.ru*

Введение. Необходимость исследования квалификационных ошибок обусловлена тем, что это не случайное, а вполне закономерное явление. Следует понимать, что любая деятельность человека, особенно связанная с познанием, несет в себе риск ошибки («*erga humanum est*» – «человеку свойственно ошибаться»). Поэтому с социальной точки зрения вполне закономерно, что квалификационные ошибки совершались в прошлом, имеют место в настоящем и, к сожалению, неизбежны в будущем. С другой стороны, поскольку сами ошибки, их причины и последствия поддаются типизации, есть основание говорить и о свойственных им специфических закономерностях.

Кроме того, в российской научной литературе достаточно большое внимание уделяется изучению таких родовых понятий, как «правовая ошибка», «правоприменительная ошибка», «следственная ошибка», «судебная ошибка», дающих общую характеристику квалификационных ошибок, а также анализу применения конкретных уголовно-правовых институтов и норм, дающих непосредственную характеристику квалификационных ошибок. Этого нельзя сказать о видовой характеристике квалификационных ошибок.

Теоретические основы. Методы. Важную роль в процессе исследования темы сыграли работы по проблемам квалификации преступлений, а также труды в области теории права, посвященные правоприменительным ошибкам. Основу методологии составили принципы диалектического метода познания, общенаучные (анализ, синтез, индукция, дедукция, классификация, описание) и частнонаучные (сравнительно-правовой, социологический, системно-структурный, формально-логический) методы исследования.

Результаты исследования. Раскрыты признаки, характеризующие квалификационные ошибки, на основе анализа и обобщения судебной практики проведена подробная систематизация квалификационных ошибок, а также выделены и классифицированы их правовые и социальные последствия.

Обсуждение и заключение. Результаты исследования могут способствовать развитию общетеоретических представлений о юридических, правоприменительных, следственных и судебных ошибках, обогащают учение о квалификации преступлений и квалификационных ошибках, создают основу для совершенствования правоприменительной практики.

Ключевые слова: правоприменительная ошибка, правосудие, применение уголовного законодательства, квалификация преступлений, эффективность уголовного права

Для цитирования: Андрианов В.К. Квалификационные ошибки: природа, закономерности, виды, последствия // Правосудие. 2020. Т. 2, № 1. С. 162–188. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.162-188

Qualification Errors: Nature, Patterns, Types, Consequences

Vladimir K. Andrianov*

** Russian State University of Justice, Moscow, Russia*

For correspondence: andrianov_vk@mail.ru

Introduction. The need to study qualification errors is based on the fact that they are not accidental at all, but a completely natural phenomenon. It should be understood that any human activity, especially one related to cognition, carries with it the risk of error ("errare humanum est" – "to err is human"). Therefore, from a social point of view, it is quite natural that qualification errors were made in the past, take place in the present and, unfortunately, are inevitable in the future. On the other hand, since the errors themselves, and their causes and consequences, can be typified and categorised, there is a good reason to talk about their specific laws.

In addition, in Russian scientific literature, quite a lot of attention is paid to the study of such generic concepts as "legal error", "law enforcement error", "investigative error", "judicial error", all of which provide a general description of qualification errors, as well as an analysis of the application of specific criminal law institutions and norms that directly characterize qualification errors. This can not be said about the specific characteristics of qualification errors.

Theoretical Basis. Methods. The theoretical basis of the study was the work on the problems of qualification of crimes, as well as work in the field of legal theory, dedicated to law enforcement errors.

The methodological basis was the principles of the dialectical method of knowledge, general science (analysis, synthesis, induction, deduction, classification, description) and "chastnonauchnogo" (comparative legal, sociological, system-structural, formal-logical) methods.

Results. The article reveals the signs characterizing qualification errors, based on the analysis and generalization of judicial practice. Their detailed systematization is carried out, and the legal and social consequences of qualification errors are highlighted and classified.

Discussion and Conclusion. The significance of the study lies in the fact that its results can contribute to the development of general theoretical ideas about the legal, law enforcement, investigative and judicial errors, enrich the teaching of qualification of crimes and qualifying error, and create a basis for improving enforcement.

Keywords: law enforcement error, justice, application of criminal law, qualification of crimes, the effectiveness of criminal law

For citation: Andrianov, V.K., 2020. Qualification errors: nature, patterns, types, consequences. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 162–188. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.162-188

Введение

«При всей объективной необходимости и значимости правового регулирования общественных отношений в процессе регулирования общественных отношений, – подчеркивает профессор В.В. Ершов, – только правовое регулирование общественных отношений в силу многочисленных объективных и субъективных причин не является самодостаточным, эффективным и единственным регулятором общественных отношений; с необходимостью требует его дополнения, в частности, индивидуальным регулированием фактически сложившихся правоотношений. Как представляется, правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений являются парными категориями, способными эффективно регулировать общественные отношения только совместно» [Ершов, В.В.,

2018, с. 18]. Закономерной связью этих явлений объясняется важность правильного применения норм права к жизни, безошибочного их распространения на те или иные жизненные случаи. В зависимости от правильности индивидуальное поднормативное регулирование способно или обогатить нормативное в праве, либо исказить его, способствовать или препятствовать достижению целей правового регулирования. В этой связи, как верно полагает профессор В.Н. Корнев, судебное решение может быть либо истинным, либо ложным [Корнев, В.Н., 2014].

Учитывая специфику предмета уголовного права, правильное проведение в жизнь уголовно-правовых норм имеет особое значение. При этом недопущение ошибок при квалификации преступлений – одна из ключевых задач применения уголовно-правовых норм.

Теоретические основы

Поскольку понятие «квалификационные ошибки» является частью таких более общих понятий, как «ошибки» [Новицкая, И.В. и Вакалова, А.Е., 2016, с. 788], «правовые (юридические) ошибки» [Лисюткин, А.Б., 2002, с. 19], «правоприменительные ошибки» [Вопленко, Н.Н., 1981, с. 41], «следственные» [Назаров, А.Д., 2000, с. 14] и «судебные ошибки» [Голубева, М.А., 2009, с. 7], то, следовательно, оно включает в своем содержании не только специфические черты, обусловленные особенностями процесса квалификации преступлений, но и признаки этих родовых понятий. В этой связи важную методологическую роль в процессе исследования темы играют не только работы по проблемам квалификации преступлений, но и труды в области теории права, посвященные юридическим и правоприменительным ошибкам.

Результаты исследования

Природа квалификационных ошибок. К сожалению, формат настоящей статьи не позволяет раскрыть через анализ вышеуказанных общих понятий, а также через соотношения категории «правоприменительные ошибки» с иными правовыми явлениями родовую сущность квалификационных ошибок, поэтому ограничимся их видовой характеристикой.

В уголовно-правовой литературе видовая характеристика квалификационных ошибок дается, как правило, в сжатой форме дефиниции [Кузнецова, Н.Ф., 2007, с. 18], что в полной мере не позволяет раскрыть их природу. На наш взгляд, она должна быть дополнена описанием признаков этого понятия.

Можно выделить следующие признаки, характеризующие исследуемый вид ошибки:

1) компетентность. Субъектами квалификационных ошибок всегда выступают компетентные должностные лица, наделенные полномочи-

ями осуществлять квалификацию уголовно-правовых деяний (дознатель, следователь, прокурор, судья);

2) персонифицированность субъекта квалификационной ошибки. Квалификация преступлений есть деятельность уполномоченных на то должностных лиц, поэтому квалификационная ошибка всегда носит персонифицированный характер, отождествляющий ее с конкретным субъектом, осуществляющим уголовно-правовую оценку, в результате которой допущена ошибка, независимо от единоличного или коллегиального рассмотрения дел;

3) формализованность (официальность). Ошибка в квалификации преступлений означает, что она допущена компетентным субъектом правоприменения в результате официальной уголовно-правовой оценки деяния и получила внешнюю форму выражения в определенном процессуальном документе;

4) правовое содержание. Рассматриваемая ошибка заключается в нарушении требований уголовного закона, правовых предписаний других нормативных актов, связанных с вопросами квалификации преступлений, руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации, его устоявшихся правовых позиций по конкретным делам, а также доктринальных рекомендаций, выражающих правила квалификации;

5) социально-психологический механизм. Как правило, ошибки имеют непреднамеренный характер, обусловлены недостатком юридических знаний и опыта. Поэтому правоприменители с небольшим стажем работы, до трех – пяти лет, допускают наибольшее число квалификационных ошибок [Кузнецов, В.В., 2004, с. 47];

6) причинность. Как справедливо полагает В.В. Ершов, «судебные ошибки могут быть связаны не только с собственными ошибками, допускаемыми судьями, но также и ошибками, обусловленными прежде всего качеством российского и международного права» [Ершов, В.В., 2014]. В литературе верно отмечается закономерность, характеризующая природу квалификационных ошибок: их можно трактовать и как закономерный результат неправильности действий субъектов правоприменения, и как несовершенства уголовного законодательства [Макаров, Р.В., 2016, с. 46];

7) адресатами квалификационных ошибок выступают лицо, действия которого квалифицируются, и потерпевший.

8) юридическая фиксация (официальное подтверждение вышестоящего органа). Наличие ошибки подтверждается процессуальным актом компетентного органа или должностного лица, в котором констатируется допущенная квалификационная ошибка. Вместе с тем возможны латентные квалификационные ошибки, пропущенные в порядке пересмотра дела вышестоящей инстанцией или вызванные отсутствием обжалования принятого решения;

9) последствия. Вызывают негативные социальные и правовые последствия в виде необоснованного осуждения или оправдания, а также назначения несоразмерного содеянному вида или размера наказания.

В зарубежной доктрине проблема ошибок изучается на уровне как общетеоретических работ, в которых дается общая характеристика ошибок в применении права и судебных ошибок [Muntean, V., 2017], так и отраслевых работ, где рассматриваются особенности квалификационных ошибок, их виды и последствия [Walker, S., 2019; Lando, H. and Mungan, M.C., 2018; Murray, J., 2017; Weisbord, R.K. and Thomas III, G.C., 2016; Mungan, M.C., 2015]. Преобладание работ отраслевого характера объясняется тем, что американские и английские юристы более скептически относятся к абстрактному осмыслению юридической действительности.

Классификация ошибок в квалификации преступлений. Как верно пишет В.В. Колосовский, «квалификационные ошибки нуждаются в выработке строгой классификации, которая позволит более тщательно их выявлять, а также наметить социально-правовые меры по минимизации квалификационных ошибок» [Колосовский В.В., 2011, с. 112–113]. Но этим значение их классификации не исчерпывается.

Классификация ошибок в квалификации преступлений представляет собой важный инструмент понимания их природы и механизма возникновения. Она имеет весьма существенную научную и практическую ценность.

Классификация ошибок в квалификации выступает прежде всего *средством их систематизации*. Проведение классификации позволяет, с одной стороны, связать в единую систему все частные проявления ошибок в квалификации преступлений, а с другой стороны, последовательно изучить каждый их вид.

Кроме того, научная классификация выполняет *объяснительную функцию*. Определяя место той или иной квалификационной ошибки в системе классификации правоприменительных ошибок, мы тем самым распространяем на нее определенные юридические характеристики (признаки) данного класса юридических ошибок, устанавливаем механизм совершения ошибочного правоприменительного действия, последствия допущения ошибки, способы выявления и устранения ошибок компетентным субъектом.

Классификация квалификационных ошибок выполняет также *статистическую функцию*. Различая множество разновидностей квалификационных ошибок, она служит средством, позволяющим регистрировать распространенность и динамику тех или иных квалификационных ошибок в следственной и судебной практике. Это позволяет отмечать увеличение или уменьшение числа квалификационных ошибок применительно к тем или иным уголовно-правовым институтам, преступлениям, субъектам квалификации и т. д.

Классификация ошибок в квалификации преступлений несет важную *практическую функцию*: она позволяет понять их специфику, что, в свою очередь, является основой для выработки и осуществления адекватных видам ошибок мер по их выявлению, устранению и предупреждению.

Классификация правоприменительных ошибок выполняет и *научно-образовательную функцию*. Она используется и в науке, в юридическом образовании. Например, в процессе повышения квалификации судей на базе Российского государственного университета правосудия (РГУП) она позволяет акцентировать их внимание на ситуациях, вызывающих наибольшие сложности в судебной практике. Классификация ошибок необходима и для социологических исследований в области применения уголовного права, познания причин их совершения и выработки мер для снижения уровня такого рода ошибок и, следовательно, для повышения эффективности деятельности судебной власти.

В научной литературе предпринимались неоднократные попытки классификации как правоприменительных ошибок в целом [Русских, В.В., 1998, с. 30–40; Карташов, В.Н., 1992, с. 52–58; и др.], так и квалификационных ошибок в частности [Сабитов, Р.А., 2001, с. 107; Маритчак, Т.М., 2003, с. 9; Колосовский, В.В., 2006а, С. 28; и др.].

По нашему мнению, *классификацию ошибок в квалификации преступлений, имеющую уголовно-правовое значение, с учетом обобщения судебной практики, можно представить в следующем виде.*

1. В зависимости от уголовно-правового института, неправильное применение норм которого вызвало квалификационную ошибку, их можно подразделить на:

- 1) квалификационные ошибки в применении норм института уголовного закона¹;
- 2) квалификационные ошибки в применении норм института преступления².

¹ См., например: Обзор практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2013 г. Определение № 87-Д13-1 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 2; Обзор практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2014 г. Определение № 71-Д13-13 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 10; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 17 апреля 2013 г. № 18-Д13-29 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 11.

² См., например: Постановление президиума Пермского краевого суда от 22 июля 2016 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 4; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 22 апреля 2015 г. № 51-УД15-1 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 7.

В данную подгруппу квалификационных ошибок следует также отнести ошибки³, связанные с решением вопроса отграничения преступлений от административных деликтов [Пудовочкин, Ю.Е. и Пикуров, Н.И., ред., 2017];

3) квалификационные ошибки в применении норм института уголовной ответственности⁴;

4) квалификационные ошибки в применении норм института множественности преступлений⁵.

Как показывает анализ судебной практики, в рамках применения данного института значительное число ошибок допускается в связи с решением вопроса отграничения единых сложных преступлений от совокупности преступлений⁶. Не случайно данная проблема была избрана в качестве предмета разработки коллективом отдела уголовно-правовых исследований РГУП [Пудовочкин, Ю.Е., 2016а];

5) квалификационные ошибки в применении норм института стадий совершения преступления⁷;

6) квалификационные ошибки в применении норм института соучастия в преступлении⁸.

³ См., например: Постановление президиума Красноярского краевого суда от 14 февраля 2017 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 7.

⁴ См., например: Постановление президиума Иркутского областного суда от 13 ноября 2017 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 5.

⁵ См., например: Обзор практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2014 г. Определение № 5-Д13-65 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 10.

⁶ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2017). Определение № 83-АПУ17-2 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 5; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2017). Определение № 38-АПУ17-2 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 9; Апелляционный приговор Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2015 г. № 30-АПУ15-16 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 1; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (2016). Определение № 78-УД16-10 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 10.

⁷ См., например: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 16 января 2014 г. № 9-Д13-55 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 11.

⁸ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за II квартал 2013 г. Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации № 107-П12 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 1; Обзор практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за второе полугодие 2013 г. Определение № 48-АПУ13-12СП // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 6.

Данная разновидность ошибок также была предметом специального исследования научных сотрудников РГУП [Пудовочкин, Ю.Е., 2019].

Как показывает анализ судебной практики, ошибки при квалификации преступлений по правилам ответственности соучастников имеют значительную распространенность, особенно это касается применения норм, регламентирующих формы соучастия⁹;

7) квалификационные ошибки в применении норм института обстоятельств, исключающих преступность деяния¹⁰;

8) квалификационные ошибки в применении норм институтов Особенной части уголовного права Российской Федерации (например, института преступлений против жизни и здоровья личности, института преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы личности и т. д.)¹¹.

Значительный объем квалификационных ошибок в судебно-следственной практике по уголовным делам традиционно допускается в процессе применения норм Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ) в связи с неправильным вменением признаков как основного, так и квалифицированного составов преступлений. О широкой распространенности ошибок при установлении криминообразующих и квалифицирующих признаков преступлений свидетельствует тот факт, что практически ни один обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации не обходится без примеров подобных ошибок.

Как показывает анализ судебной практики, наиболее распространенными являются ошибки при уголовно-правовой оценке квалифицирующих признаков составов преступлений против жизни и здоровья (в частности, убийства), а также хищений. Не случайно разъяснению этих признаков посвящен значительный объем содержания соответствующих постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации.

⁹ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за IV квартал 2013 г. Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации № 235-П13 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 9; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2015 г. № 127-АПУ15-10 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 8.

¹⁰ См., например: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 25 ноября 2013 г. № 33-Д13-6 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 8.

¹¹ См.: Апелляционный приговор Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 28 сентября 2017 г. № 45-АПУ17-18 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 2. С. 58.

II. В зависимости от элементов и признаков (конструктивных или квалифицирующих) состава преступления, затронутых квалификационной ошибкой, их можно подразделить на:

1. Квалификационные ошибки в объекте преступления.

а) квалификационные ошибки в оценке объекта¹²;

б) квалификационные ошибки в оценке предмета¹³;

Как показывает проведенный нами анализ уголовных дел, распространенность квалификационных ошибок, допущенных при определении предмета и объекта преступления, составляет в среднем 3 процента от их общего числа. Примерно такие же цифры приводят и другие авторы [Кливер, И.Я., 1979, с. 10; Колосовский, В.В., 2011, с. 113].

Ошибки при определении объекта и предмета часто взаимообусловлены и допускаются одновременно. Поэтому правильное определение объекта преступления во многом зависит от верного установления его предмета¹⁴.

2. Квалификационные ошибки в объективной стороне преступления.

а) квалификационные ошибки в оценке общественно опасного деяния¹⁵;

б) квалификационные ошибки в оценке общественно опасных последствий¹⁶;

в) квалификационные ошибки в оценке причинной связи¹⁷;

¹² См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за IV квартал 2012 г. Определение № 41-Д12-44 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 6.

¹³ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за IV квартал 2013 г. Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации № 221-П13ПР // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 9.

¹⁴ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за III квартал 2000 г. Определение Военной коллегии № 6н-520/99 по делу Пархоменко и др. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2001. № 4.

¹⁵ См., например: Обзор практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2014 г. Определение № 30-АПУ14-1 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 10.

¹⁶ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за IV квартал 2013 г. Определение № 45-Д13-32 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 9.

¹⁷ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2015). Определение № 13-УД15-1 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 3.

г) квалификационные ошибки в оценке факультативных признаков объективной стороны преступления (способ, орудия, средства, место, время и обстановка совершения преступления)¹⁸.

Как показывает анализ судебной практики, доля квалификационных ошибок, допущенных при определении признаков объективной стороны преступления, составляет примерно 50 процентов от их общего числа. Сопоставимые цифры приводят и другие авторы [Колосовский, В.В., 2011, с. 120].

Значительная часть такого рода ошибок допускается при установлении способа преступления, особенно это касается квалификации составов кражи, грабежа и разбоя, а также посягательств на жизнь граждан.

3. Квалификационные ошибки в субъективной стороне преступления.

а) квалификационные ошибки в оценке вины¹⁹;

б) квалификационные ошибки в оценке мотивов и целей²⁰.

По нашим подсчетам, примерно 30 процентов квалификационных ошибок приходится на долю ошибок, допущенных при определении признаков субъективной стороны преступлений. Сопоставимые цифры приводят и другие авторы [Кливер, И.Я., 1979, с. 10; Колосовский, В.В., 2011, с. 133]. По распространенности таких ошибок

¹⁸ См., например: Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 18 октября 2017 г. № 170-П17 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 5; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 18 мая 2017 г. № 5-УД17-34 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 11; Постановление президиума Хабаровского краевого суда от 8 февраля 2016 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 9; Определение № 49-АПУ14-49 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 5.

¹⁹ См., например: Апелляционный приговор Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 21 апреля 2016 г. № 49-АПУ16-5 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 12; Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации № 1-ПК14С // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 11.

²⁰ См., например: Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 29 марта 2017 г. № 27-П17 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 8; Определение № 69-УД15-11. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2015) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 3; Апелляционный приговор Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 1 июля 2015 г. № 72-АПУ15-22 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 10; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за III квартал 2013 г. Определение № 41-Д13-35 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 5; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 14 сентября 2017 г. № 18-УД17-23 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 8.

среди различных составов преступлений на первом месте – корыстные преступления против собственности, далее – преступления против жизни и здоровья и преступления в сфере незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов.

4. Квалификационные ошибки при определении субъекта преступления:

а) квалификационные ошибки в оценке общих признаков субъекта преступления²¹;

б) квалификационные ошибки в оценке признаков специального субъекта²².

Разумеется, ошибки при определении признаков специального субъекта, предусмотренных нормами Особенной части УК РФ, встречаются значительно чаще, чем Общей части. Как показывает анализ, наибольшее число таких ошибок совершается при установлении признаков должностного лица как специального субъекта [Андрианов, В.К., 2019]. Нередко ошибки допускаются при определении специального субъекта преступлений, связанных с нарушением специальных правил [Пудовочкин, Ю.Е., 2018].

В целом, как показывает проведенный нами анализ судебной практики, удельный вес квалификационных ошибок, допущенных при установлении признаков субъекта преступления, составляет в среднем 17 процентов.

Правовые и социальные последствия квалификационных ошибок. Многообразие квалификационных ошибок, рассмотренных нами выше, обуславливает и разнообразие вызываемых ими последствий.

Представляется, что для более предметного анализа последствия ошибок в квалификации преступлений могут быть подразделены в зависимости от того, чье правовое положение они затрагивают, на: последствия квалификационных ошибок для лиц, действия которых квалифицируются, и последствия для лиц, осуществляющих квалификацию.

В свою очередь, последствия ошибок в квалификации преступлений с точки зрения их влияния на «судьбу» подсудимого могут быть «нега-

²¹ См.: Постановление президиума Иркутского областного суда от 13 ноября 2017 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 5; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 26 ноября 2014 г. № 83-АПУ14-15 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 7; Обзор кассационной практики судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за I полугодие 2010 г. Определение № 5-009-372СП // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2011. № 1; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за III квартал 2012 г. Определение № 42-ДП12-3 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 4.

²² См., например: Постановление Президиума Верховного суда Республики Адыгея от 23 июня 2016 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 3.

тивными», «позитивными» и «индифферентными». На этом основании можно выделить:

1) последствия квалификационных ошибок, ухудшающие положение лица, действия которого квалифицируются:

– последствия признания наличия состава преступления в непроступном деянии (в связи с отсутствием основания уголовной ответственности, в силу малозначительности, при наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния)²³.

Примером последствий такой ошибки в квалификации может служить следующее уголовное дело.

По приговору Нижнекамского городского суда Республики Татарстан от 2 декабря 2014 г. (оставленному без изменения судом апелляционной инстанции) Б. осужден по ч. 1 ст. 282 УК РФ (в ред. Федерального закона от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ).

В кассационной жалобе адвокат в защиту осужденного просил судебные решения отменить и производство по делу прекратить за отсутствием в действиях осужденного состава преступления, поскольку никакого умысла на возбуждение ненависти и вражды он не имел, такую цель не преследовал.

Президиум Верховного суда Республики Татарстан 22 апреля 2015 г. отменил приговор и апелляционное постановление в отношении Б., уголовное дело в отношении него производством прекратил за отсутствием состава преступления, признав за ним право на реабилитацию²⁴;

– последствия неправильной квалификации деяния по норме о более тяжком преступлении (ошибочного вменения более опасного смежного состава преступления; ошибочного вменения квалифицированного состава в случае совершения деяния, образующего основной состав; оши-

²³ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2019). Определение № 31-УД19-4; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 14 сентября 2017 г. № 18-УД17-73 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 8; Постановление Президиума Верховного суда Республики Хакасия от 23 июня 2016 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 8; Постановление президиума Тульского областного суда от 21 июня 2016 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 12; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 22 апреля 2015 г. № 51-УД15-1; Определение № 49-АПУ14-49 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 5; Обзор практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за второе полугодие 2013 г. Определение № 33-Д13-6 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 6; Обзор практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2014 г. Определение № 30-АПУ14-1 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 10.

²⁴ См.: Постановление Президиума Верховного суда Республики Татарстан от 22 апреля 2015 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 11.

бочного вменения особо квалифицированного состава при совершении деяния, подпадающего под квалифицированный состав)²⁵.

Примером последствий такой ошибки в квалификации может служить следующее уголовное дело.

По приговору Московского городского суда от 26 сентября 2011 г. Я. осужден по п. «а» ч. 3 ст. 131 УК РФ к десяти годам лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима.

Адвокат в защиту осужденного в надзорной жалобе просил о переквалификации действий Я. с п. «а» ч. 3 ст. 131 УК РФ на ч. 1 ст. 131 УК РФ. В обоснование этого указывал, что Я. не знал и не мог знать о несовершеннолетнем возрасте потерпевшей, в приговоре отсутствуют доказательства такой осведомленности.

Президиум Верховного Суда Российской Федерации 10 июля 2013 г. изменил судебные решения и переквалифицировал действия осужденного с п. «а» ч. 3 ст. 131 УК РФ на ч. 1 ст. 131 УК РФ, по которой назначил пять лет лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима²⁶;

– последствия излишнего вменения (альтернативных действий, квалифицирующих признаков)²⁷;

– последствия неправильной оценки стадий совершения преступления (ошибочного признания приготовления к преступлению покушением на него; ошибочной оценки покушения как оконченного пре-

²⁵ См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 18 мая 2017 г. № 5-УД17-34 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 11; Постановление президиума Хабаровского краевого суда от 8 февраля 2016 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 9; Обзор надзорной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2012 г. Определение № 46-Д11-16 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 13; Обзор надзорной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2012 г. Определение № 33-Д12-1 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 3; Постановление Президиума Верховного суда Республики Адыгея от 23 июня 2016 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 3. С. 6–7.

²⁶ См.: Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 10 июля 2013 г. № 91П13 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 11.

²⁷ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2018). Определение № 92-УД17-11 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 6; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2018). Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации № 89П18; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 25 сентября 2013 г. № 72-Д13-5; Обзор кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2012 г. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 2 февраля 2012 г. № 12-О12-2 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 2.

ступления; неучета того, что каждая предыдущая стадия поглощается последующей; непризнания добровольного отказа от совершения преступления)²⁸;

– последствия неверной оценки соучастия в преступлении (признания наличия соучастия в преступлении при отсутствии признаков совместной преступной деятельности; ошибочного вменения более опасной роли или более опасной формы соучастия; неучета эксцесса исполнителя)²⁹;

– последствия неправильной квалификации преступлений по правилам совокупности (последствия ошибочной квалификации совокупности преступлений как единого продолжаемого или составного преступления; последствия ошибочного вменения совокупности преступлений при наличии единого преступления; последствия ошибочной квалификации преступления с альтернативными деяниями в качестве совокупности преступлений; последствия ошибочного признания совокупности при совершении преступления, предусмотренного общей и специальной нормами)³⁰;

²⁸ См., например: Постановление президиума Иркутского областного суда от 6 марта 2017 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 10; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда от 16 января 2014 г. № 9-Д13-55 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 11; Обзор надзорной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2012 г. Определение № 55-Д11-30 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 3; Обзор надзорной практики судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за второе полугодие 2012 г. Определение № 50-Д12-43 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 7.

²⁹ См., например: Постановление Президиума Московского городского суда от 13 декабря 2017 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 3; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 9 ноября 2017 г. № 83-УД17-7 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 4; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2015 г. № 127-АПУ15-10; Обзор практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2013 г. Определение № 74-Д13-1 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 2; Определение Военной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 16 апреля 2013 г. № 208-013-1 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 11.

³⁰ См.: Обзор практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за первое полугодие 2014 г. Определение № 5-Д13-65 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 10; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2015). Определение № 69-УД15-11 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 3; Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 25 сентября 2013 г. № 72-Д13-5 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 3; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2017). Определение № 83-АПУ17-2 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 5; Постановление прези-

2) последствия квалификационных ошибок, улучшающие положение лица, действия которого квалифицируются:

– последствия непризнания наличия состава преступления в преступном деянии.

Примером последствий такой ошибки в квалификации может служить следующее уголовное дело.

По приговору Брянского областного суда от 12 сентября 2014 г. III. оправдан по обвинению в совершении двух преступлений, предусмотренных п. «б» ч. 4 ст. 132 УК РФ, за отсутствием в его деяниях состава преступления. За III. признано право на реабилитацию.

В апелляционном представлении государственный обвинитель просил приговор отменить и дело направить на новое судебное рассмотрение, поскольку суд, неправильно истолковав примечание к ст. 131 УК РФ, пришел к ошибочному выводу о том, что совершенные III. деяния в отношении не достигшего двенадцатилетнего возраста II. могут рассматриваться как преступление, предусмотренное п. «б» ч. 4 ст. 132 УК РФ, только в том случае, если эти деяния подпадают под признаки преступления, предусмотренного ст. 135 УК РФ. Однако поскольку III. не достиг восемнадцатилетнего возраста, он не является субъектом преступления, предусмотренного ст. 135 УК РФ, в связи с чем его деяния не могут быть квалифицированы по п. «б» ч. 4 ст. 132 УК РФ.

Признав, что судом первой инстанции допущена квалификационная ошибка, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации 26 ноября 2014 г. оправдательный приговор отменила и передала уголовное дело на новое судебное разбирательство³¹;

– последствия неправильной квалификации деяния по норме о менее тяжком преступлении или невменения необходимых квалифицирующих признаков³²;

– последствия неправильного определения стадий совершения преступления (ошибочного принятия покушения на преступление за приготовление к нему; ошибочного признания оконченного преступления

диума Тюменского областного суда от 10 августа 2010 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 1.

³¹ См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 26 ноября 2014 г. № 83-АП/14-15 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 7.

³² См.: Апелляционный приговор Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2015 г. № 30-АП/15-1; Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 18 октября 2017 г. № 170-П17 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 5; Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 29 марта 2017 г. № 27-П17 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 8; Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 29 марта 2017 г. № 69-П17/ПРСС // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 8; Апелляционный приговор Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 21 апреля 2016 г. № 49-АП/16-5.

в качестве покушения на него; ошибочного определения момента окончания преступления; ошибочного признания вынужденного отказа в качестве добровольного отказа от совершения преступления)³³;

– последствия неверной оценки соучастия в преступлении (непризнания соучастия в преступлении при наличии его признаков; ошибочного вменения менее опасной роли или менее опасной формы соучастия)³⁴;

– последствия неправильной квалификации преступлений по правилам совокупности (последствия ошибочного вменения совокупности преступлений при наличии единого сложного преступления; последствия ошибочного непризнания в содеянном совокупности преступлений)³⁵.

Примером последствий такой ошибки в квалификации может служить следующее уголовное дело.

Органами предварительного расследования Ч. обвинялся по п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ в убийстве, совершенном с особой жестокостью.

По приговору Верховного суда Карачаево-Черкесской Республики от 18 сентября 2015 г. Ч. осужден: по ч. 1 ст. 109 УК РФ – к одному году четырём месяцам ограничения свободы, по ч. 1 ст. 115 УК РФ – к восьми месяцам исправительных работ с удержанием десяти процентов из заработной платы в доход государства.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации 24 декабря 2015 г. приговор отменила в связи с несоответствием выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела и вынесла новый обвинительный приговор, согласно которому Ч. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 111 УК РФ, и ему назначено наказание в виде девяти лет лишения свободы в исправительной колонии строгого режима без ограничения свободы³⁶;

3) последствия квалификационных ошибок, не ухудшающие и не улучшающие положение лица, действия которого квалифицируются.

Примером последствий такой ошибки в квалификации может служить следующее уголовное дело.

³³ См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 15 января 2013 г. № 69-О12-17 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 9.

³⁴ См.: Апелляционное определение Судебной коллегии по делам военнослужащих Верховного Суда Российской Федерации от 7 мая 2015 г. № 211-АПУ15-1 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 2. С. 44–45.

³⁵ См., например: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 29 декабря 2014 г. № 37-АПУ14-9 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 8; Определение № 16-011-39, Определение № 72-011-66. Обзор кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за второе полугодие 2011 г. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2012. № 5.

³⁶ См.: Апелляционный приговор Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2015 г. № 30-АПУ15-16 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 1. С. 43.

По приговору Челябинского областного суда от 6 марта 2007 г. Нуруев Т.М., Лукин И.В., Санников Н.А. осуждены по п. «д», «ж», «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ, по п. «в» ч. 4 ст. 162 УК РФ.

Судебная коллегия Верховного Суда Российской Федерации исключила из их осуждения по ч. 2 ст. 105 УК РФ и по ч. 4 ст. 162 УК РФ квалифицирующие признаки «группой лиц по предварительному сговору», при этом указала, что допущенная квалификационная ошибка хотя и изменяет объем их обвинения, однако на квалификацию содеянного ими по конкретным частям указанных статей УК РФ, по которым они осуждены и по которым им назначены справедливые наказания, не влияет. С учетом изложенного Судебная коллегия пришла к выводу, что наказание назначено правильно и снижению не подлежит³⁷.

Изучение под этим углом зрения последствий ошибок в квалификации преступлений позволяет сформулировать следующие выводы и положения:

– квалификационные ошибки представляют собой в целом наибольшую социальную опасность среди правоприменительных ошибок, так как они связаны с преступлениями как наиболее общественно опасными деяниями и уголовными наказаниями как мерами с наиболее строгим карательным содержанием, влекущими существенное ограничение прав и свобод лица;

– выделение «позитивных» последствий квалификационных ошибок является относительным, уместным только в целях научной классификации, поскольку благоприятными такие последствия выступают только для лиц, действия которых квалифицируются, но не для потерпевших, общества и государства;

– социальные и правовые последствия квалификационных ошибок в целом всегда негативные, так как причиняют разнообразный вред.

К правовым последствиям ошибок в квалификации преступлений следует отнести: необоснованное осуждение или оправдание, назначение судами как чрезмерно суровых, так и неоправданно мягких наказаний или вовсе латентность преступлений и безнаказанность виновных, недостаточную защищенность интересов или даже незащищенность потерпевших от преступных посягательств, причинение осужденному имущественного вреда, утрату им трудовых, пенсионных, жилищных, семейных и иных прав, дополнительные судодни, т. е. физические и материальные затраты на производство в вышестоящих инстанциях.

Социальные последствия выражаются: в умалении авторитета судебных и правоохранительных органов, снижении доверия к ним со

³⁷ См.: Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 26 июня 2007 г. № 48-007-39. Другой пример: Обзор кассационной практики судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за второе полугодие 2012 г. Определение № 53-О12-60 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2012. № 7.

стороны населения, десоциализации незаконно осужденных, причинении большого морального вреда им, их семьям и родственникам, снижении социальной эффективности права и правоприменения;

- при этом наиболее тяжкие последствия связаны с фактами признания наличия состава преступления в непреступных деяниях и, наоборот, непризнания правоприменителем состава преступления в деяниях, содержащих его признаки;

- поскольку квалификация преступления определяет его категоризацию, а последняя проведена по многим уголовно-правовым институтам, постольку от обоснованности квалификации зависит правильность решения многих других вопросов (особенности уголовной ответственности за предварительную преступную деятельность, освобождения от уголовной ответственности и наказания, погашения и снятия судимости и прочие уголовно-правовые последствия);

- исходя из этого, желательно не допускать ошибок в квалификации преступлений, а допущенные решительно устранять, минимизируя их негативные последствия для подсудимого, потерпевшего, общества и государства;

- анализ ошибок в уголовно-правовой квалификации показывает преобладание среди них тех, которые вызывают негативные последствия для подсудимого, ухудшают его положение (ведут к привлечению к уголовной ответственности при отсутствии к тому оснований, к необоснованному завышению объема обвинения и назначению более строгого наказания), что свидетельствует о сохранении обвинительного уклона в применении уголовного законодательства.

Вопрос об ответственности правоприменителей (оснований, видов, объема) за допущенные ошибки решается в юридической литературе неоднозначно [Вопленко, Н.Н., 1983, с. 127; Карташов, В.Н., 1992, с. 49; Русских, В.В., 1998, с. 37].

Закон Российской Федерации от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» предусматривает различные виды ответственности, которым могут быть подвергнуты судьи. При этом согласно п. 2 ст. 16 данного Закона судья, в том числе после прекращения его полномочий, не может быть привлечен к какой-либо ответственности за выраженное им при осуществлении правосудия мнение и принятое судом решение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность судьи в преступном злоупотреблении либо вынесении заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта. Из смысла данной нормы, обеспечивающей неприкосновенность судей, следует, что за допущенную при отправлении правосудия ошибку, в том числе и квалификационную, совершенную невиновно, они не могут быть привлечены к юридической ответственности.

Отдельная норма (ст. 12.1) Закона о статусе судей посвящена их дисциплинарной ответственности, предполагающей совершение дис-

циплинарного проступка, т. е. виновного действия (бездействия) при исполнении служебных обязанностей либо во внеслужебной деятельности, в результате которого были нарушены положения данного Закона и (или) Кодекса судейской этики.

В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 14 апреля 2016 г. № 13 «О судебной практике применения законодательства, регулирующего вопросы дисциплинарной ответственности судей» в связи с этим указано, что «судья не может быть привлечен к дисциплинарной ответственности за сам факт принятия незаконного или необоснованного судебного акта в результате судебной ошибки, явившейся следствием неверной оценки доказательств по делу либо неправильного применения норм материального или процессуального права».

Судебная практика высшей судебной инстанции по конкретным делам подтверждает эту позицию.

Так, Дисциплинарная коллегия по одному из дел указала, что неумышленные судебные ошибки ординарного характера не могут расцениваться как проявление недобросовестного отношения судьи к своим профессиональным обязанностям и служить основанием для применения к нему дисциплинарного взыскания³⁸.

В литературе также обсуждается вопрос о том, возможна ли гражданско-правовая ответственность судей за вред, причиненный в сфере уголовного судопроизводства в результате допущенных судьями квалификационных ошибок [Мурсалимов, К.Р., 2000; Колосовский, В.В., 2009].

В современном российском праве отражена концепция государственной ответственности за допущенные ошибки.

В статье 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации говорится, что вред, причиненный гражданину в результате незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, возмещается за счет государственной казны в полном объеме независимо от вины должностных лиц органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда в порядке, установленном законом. В нормах главы 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих право на реабилитацию, предусматривается, что вред, причиненных гражданину в результате уголовного преследования, возмещается государством в полном объеме независимо от вины органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда. В Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 25 января 2001 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан А.Б. Зернова, С.И. Кальянова и Н.В. Труханова» указа-

³⁸ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 5 (2017). Решение по делу № ДК17-30 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 12.

но, что за ошибку, повлекшую вынесение приговора, государство несет ответственность и обеспечивает компенсацию незаконно осужденному независимо от вины судьи³⁹.

Кузнецова Н.Ф. [2007, с. 19] пишет, что «наконец-то в России стали выноситься судебные решения о выплате денежных компенсаций, достигающих миллионных размеров, ошибочно привлеченным к уголовной ответственности и отбывшим полностью или частично наказание лицам».

Разумеется, в ситуации распространенности квалификационных ошибок важен механизм их полного и своевременного исправления и устранения их последствий, но не менее значима так называемая позитивная ответственность правоприменителя, осознание им долга и чувства ответственности за принимаемые решения, повышение сознательности судей, их профессиональной морали. В этой связи на первый план выдвигаются задачи наиболее тщательного отбора кандидатов на должность судей и регулярного повышения их квалификации. Важную роль в формировании и развитии системы профессиональной подготовки российских судей призван сыграть Российский государственный университет правосудия [Ершов, В.В. и Корнев, В.Н., 2018]. В настоящее время функции повышения профессионального уровня представителей судебного корпуса государства возложены на факультет повышения квалификации судей и госслужащих судов общей юрисдикции на базе РГУП. В числе других видных ученых и практиков профессора Ю.Е. Пудовочкин [2011; 2016b; 2017] и А.А. Толкаченко [2014; 2015] на основе системно-научного анализа судебных ошибок проводят занятия с судьями, рассматривающими уголовные дела, с целью обеспечения правильного применения ими уголовного законодательства.

Следует согласиться с В.В. Колосовским [2006b, с. 112] в том, что «в судебном сообществе необходимо создать атмосферу нетерпимости к судебным ошибкам... В качестве меры реагирования в отношении лиц, допустивших квалификационные ошибки, необходимо рассматривать не столько правовые меры, сколько реакцию самого профессионального сообщества, ибо определенную минимизацию ошибок можно ожидать только в том случае, когда допущение таковых будет рассматриваться в профессиональной среде как нарушение Кодекса чести».

Обсуждение и заключение

В заключение следует отметить, что в работе представлена видовая характеристика квалификационных ошибок. С этой целью раскрыта специфика следующих признаков этого понятия: компетентность и персонифицированность, формализованность, правовое содержание, социально-психологический механизм, причинность, юридическая фиксация, последствия.

³⁹ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 7. Ст. 700.

С учетом обобщения судебной практики в статье предпринята попытка развить и дополнить существующую в научной литературе классификацию ошибок в квалификации преступлений. С этой целью квалификационные ошибки подразделяются в зависимости от уголовно-правового института, неправильное применение норм которого вызвало квалификационную ошибку, и с точки зрения элементов и признаков состава преступления, затронутых квалификационной ошибкой.

Проведенное исследование показало разнообразие социально-правовых последствий квалификационных ошибок. Для анализа последствий ошибок в квалификации преступлений в статье разработана их классификация в зависимости от того, чье правовое положение они затрагивают, и с точки зрения их влияния на положение лица, действия которого квалифицируются.

Однако изучение проблемы квалификационных ошибок имеет и большую практическую значимость, так как с ее решением непосредственно связаны задачи укрепления законности в сфере уголовно-правового регулирования, повышения уровня профессионализма следственной и судебной деятельности и, в конечном счете, социальной эффективности действия уголовного законодательства.

Список использованной литературы

Андрианов В.К. Некоторые вопросы квалификации преступлений, связанных со злоупотреблением должностными полномочиями и превышением должностных полномочий // Проблемы экономики и юридической практики. 2019. № 3. С. 216–222.

Взаимодействие уголовного и административно-деликтного права : моногр. / под ред. Ю.Е. Пудовочкина, Н.И. Пикурова. М. : РГУП, 2017. 479 с.

Walker S. R v BM: Errors in the Judicial Interpretation of Body Modification // The Journal of Criminal Law. 2019. URL: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0022018319834372>

Weisbord R.K., Thomas III G.C. Judicial Sentencing Error and the Constitution // BUL Rev. 2016. Vol. 96. P. 1617.

Вопленко Н.Н. Ошибки в правоприменении: понятие и виды // Советское государство и право. 1981. № 4. С. 38–46.

Вопленко Н.Н. Социалистическая законность и применение права. Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1983. 184 с.

Голубева М.А. Судебная ошибка: теоретико-прикладной анализ : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2009. 250 с.

Ершов В.В. Выступление в Московской городской думе 5 декабря 2013 года на тему: «Судебные ошибки и конкретизация права». URL:

<https://msk.academica.ru/novosti/Novosti-VUZov/739553-vystuplenie-vv-ershova-5-dekabrya-2013-goda-v-mosgorsude-na-temu-sudebnye-oshibki-i-konkretizacija-prava> (дата обращения: 28.08.2019).

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

Ершов В.В. Судебные ошибки и конкретизация права // Судебная ошибка и ее последствия: Некоторые теоретические и практические аспекты : материалы Пятой межрегион. науч.-практ. конф. М. : Проспект, 2014. С. 50–54.

Ершов В.В., Корнев В.Н. 20 лет Российскому государственному университету правосудия // Российское правосудие. 2018. № S1. С. 7–20.

Карташов В.Н. Профессиональная юридическая деятельность (вопросы теории и практики) : учеб. пособие. Ярославль : Ярослав. гос. ун-т, 1992. 88 с.

Кливер И.Я. Уголовно-правовые судебные ошибки квалификации преступлений и их предупреждение : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1979. 18 с.

Колосовский В.В. К вопросу о квалификационных ошибках // Российский судья. 2009. № 5. С. 18–20.

Колосовский В.В. Квалификационные ошибки. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2006а. 155 с.

Колосовский В.В. Квалификационные ошибки: некоторые проблемы теории и практики // Вестник Южно-Уральского государственного университета. 2006b. № 13. Сер. Право. Вып. 8, т. 1. С. 108–112.

Колосовский В.В. Теоретические проблемы квалификации уголовно-правовых деяний : моногр. М. : Статут, 2011. 398 с.

Корнев В.Н. О природе судебного решения // Российское правосудие. 2014. № 4. С. 16–24.

Кузнецов В. В. Независимость: и цель, и средство // Вестник Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации. Вып. 4. М. : Юрид. лит., 2004. С. 45–50.

Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений : лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений». М. : Изд. дом «Городец», 2007. 336 с.

Lando H., Mungan M.C. The effect of type-1 error on deterrence // International review of law and economics. 2018. 53. P. 1–8.

Лисюткин А.Б. Ошибка как категория правоведения (теоретико-методологический аспект) : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2002. 414 с.

Макаров Р.В. Квалификационные ошибки: понятие, природа, механизм возникновения // Евразийская адвокатура. 2016. № 2. С. 42–47.

Марітчак Т.М. Помилки у кваліфікації злочинів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Львів: Львівський національний ун-т ім. Івана Франка, 2003. 16 с.

Мурсалимов К.Р. Правоприменительные ошибки. Проблемы теории : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2000. 182 с.

Muntean V. Theoretical explanations and practices regarding the distinction between the concepts: judicial error, error of law and fundamental vice in the legislation of the Republic of Moldova // Tribuna Juridică. 2017. № 7 (Special). P. 69–79.

Mungan M.C. Wrongful convictions and the punishment of attempts // International Review of Law and Economics. 2015. № 42. P. 79–87.

Murray J. A Contextual Approach to Harmless Error Review // Harvard Law Review. 2017. Vol. 130, no. 7. P. 1791.

Назаров А.Д. Следственные ошибки в досудебных стадиях уголовного процесса : учеб. пособие. Красноярск, 2000. 244 с.

Новицкая И.В., Вакалова А.Е. Теория ошибки в свете различных подходов // Молодой ученый. 2016. № 26. С. 788–794.

Пудовочкин Ю.Е. Вопросы квалификации совокупности преступлений в судебной практике : науч.-практ. пособие. М. : РГУП, 2016b. 183 с.

Пудовочкин Ю.Е. Квалификация соучастия в преступлении. Судебная практика : науч.-практ. пособие. М. : РГУП, 2017. 174 с.

Пудовочкин Ю.Е. Судебная практика квалификации преступлений, совершенных в соучастии // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2011. № 2. С. 5–15.

Русских В.В. Правоприменительные ошибки сотрудников органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 1998. 154 с.

Сабитов Р.А. Ошибки в квалификации уголовно-правовых деяний // Вестник Челябинского государственного университета. Сер. 9. Право. 2001. № 2 (2). С. 104–113.

Совокупность преступлений: проблемы теории и практики квалификации : моногр. / под ред. Ю.Е. Пудовочкина. М. : РГУП, 2016a. 364 с.

Соучастие в преступлении: проблемы квалификации и назначения наказания : моногр. / под ред. Ю.Е. Пудовочкина. М. : РГУП, 2019. 508 с.

Толкаченко А.А. Некоторые постановочные вопросы квалификации совокупности преступлений // Библиотека криминалиста : науч. журн. 2015. № 5 (22). С. 371–373.

Толкаченко А.А. Типичные ошибки и недостатки следствия с точки зрения судов // Уголовный процесс. 2014. № 9 (117). С. 10–23.

Уголовная ответственность за преступления, связанные с нарушением специальных правил : моногр. / под ред. Ю.Е. Пудовочкина. М. : РГУП, 2018. 458 с.

References

Andrianov, V.K., 2019. [Some questions of qualification of crimes related to abuse of power and abuse of power]. *Problemy ekonomiki i yuridicheskoy praktiki* = Problems of Economics and Legal Practice, 3, pp. 216–222. (In Russ.)

Ershov, V.V., 2013. “*Sudebnye oshibki i konkretizatsiya zakona*”. *Vystuplenie v Moskovskoy gorodskoy dume 5 dekabrya 2013 goda* = [“Judicial errors and concretization of law. Speech at the Moscow City Duma on December 5, 2013”]. Available at: <<https://msk.academica.ru/novosti/Novosti-VUZov/739553-vystuplenie-vv-ershova-5-dekabrya-2013-goda-v-mosgorsude-na-temu-sudebnye-oshibki-i-konkretizatsiya-prava>> [Accessed: 28 August 2019]. (In Russ.)

Ershov, V.V., 2014. [Judicial errors and concretization of law]. *Sudebnaya oshibka i ee posledstviya: Nekotorye teoreticheskie i prakticheskie aspekty* = Judicial error and its consequences: Some theoretical and practical aspects. Materials of the Fifth Interregional Scientific and Practical Conference. Moscow: Prospekt. Pp. 50–54. (In Russ.)

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

Ershov, V.V., Kornev V.N., 2018. [20 years of the Russian State University of Justice]. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], S1, pp. 7–20. (In Russ.)

Golubeva, M.L., 2009. *Judicial Mistake: Applied Analysis*. Cand. Sci. (Law) Thesis. Nizhny Novgorod. (In Russ.)

Kartashov, V.N., 1992. *Professional'naya yuridicheskaya deyatel'nost' (voprosy teorii i praktiki)* = [Professional legal activity (theory and practice)]. Textbook. Yaroslavl': Yaroslavl. gos. un-t. (In Russ.)

Kliver, I.Ya., 1979. *Criminal legal errors of qualification of crimes and their prevention*. Abstract of Cand Sci. (Law) dissertation. Moscow. (In Russ.)

- Kolosovskiy, V.V., 2006a. *Kvalifikatsionnye oshibki* = [Qualification errors]. St. Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press. (In Russ.)
- Kolosovskiy, V.V., 2006b. Qualification errors: some problems of theory and practice. *Vestnik Yuzhno-Ural'skogo gosudarstvennogo universiteta* = Bulletin of the South Ural State University, № 13. Ser. Law. Vol. 8, no. 1. Chelyabinsk: Izd-vo YuUrGU. Pp. 108–112. (In Russ.)
- Kolosovskiy, V.V., 2009. On the issue of qualification errors. *Rossiyskiy sud'ya* = Russian Judge, 5, pp. 18–20. (In Russ.)
- Kolosovskiy, V.V., 2011. *Teoreticheskie problemy kvalifikatsii ugovorno-pravovykh deyaniy* = [Theoretical problems of qualification of criminal acts]. Monograph. Moscow: Statut. (In Russ.)
- Kornev, V.N., 2014. On the nature of the judgment. *Rossiyskoe pravosudie* = [Russian Justice], 4, pp. 16–24. (In Russ.)
- Kuznetsov, V.V., 2004. Independence: both purpose and means. *Vestnik Vysshey kvalifikatsionnoy kollegii sudey Rossiyskoy Federatsii* = [Bulletin of the Higher Qualification Collegium of Judges of the Russian Federation], 4. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)
- Kuznetsova, N.F. *Problemy kvalifikatsii prestupleniy: Lektsii po spetskursu "Osnovy kvalifikatsii prestupleniy"* = [Problems of qualification of crimes: Lectures on the special course "Fundamentals of qualification of crimes"]. M.: Izd. dom "Gorodets", 2007. (In Russ.)
- Lando, H. and Mungan, M.C., 2018. The effect of type-1 error on deterrence. *International review of law and economics*, 53, pp. 1–8. (In Eng.)
- Lisyutkin, A.B., 2002. *Oshibka kak kategoriya pravovedeniya (teoretiko-metodologicheskii aspekt)* = [Error as a category of jurisprudence (theoretical and methodological aspect)]. Cand Sci. (Law) Thesis. Saratov. (In Russ.)
- Makarov, R.V., 2016. [Qualification errors: concept, nature, mechanism of occurrence]. *Evraziyskaya advokatura* = [Eurasian Bar], 2(21), pp. 42–47. (In Russ.)
- Maritchak, T.M., 2003. *Mistakes in the qualification of crimes*. Abstract of Cand. Sci. (Law) dissertation. L'viv: L'vivskiy natsional'niy un-t im. Ivana Franka. (In Ukr.)
- Mungan, M.C., 2015. Wrongful convictions and the punishment of attempts. *International Review of Law and Economics*, 42, pp. 79–87. (In Eng.)
- Muntean, V., 2017. Theoretical explanations and practices regarding the distinction between the concepts: judicial error, error of law and fundamental vice in the legislation of the Republic of Moldova. *Tribuna Juridică*, 7(Special), pp. 69–79. (In Eng.)

- Murray, J., 2016. A Contextual Approach to Harmless Error Review. *Harv. L. Rev.*, 130. (In Eng.)
- Mursalimov, K.R., 2000. *Enforcement errors. Theory problems*. Cand. Sci. (Law) Thesis. Nizhniy Novgorod. (In Russ.)
- Nazarov, A.D., 2000. *Sledstvennye oshibki v dosudebnykh stadiyakh ugolovnogo protsessa* = [Investigative errors in the pre-trial stages of the criminal process]. Textbook. Krasnoyarsk. (In Russ.)
- Novitskaya, I.V. and Vakalova A.E., 2016. [Error theory in the light of various approaches]. *Molodoy uchenyy* = Young Scientist, 26, pp. 788–794. (In Russ.)
- Pudovochkin, Yu.E., 2011. Judicial practice of qualifying crimes committed in complicity. *Kriminologicheskiy zhurnal Baykal'skogo gosudarstvennogo universiteta ekonomiki i prava* = Criminological Journal of the Baikal State University of Economics and Law, 2, pp. 5–15. (In Russ.)
- Pudovochkin, Yu.E., ed., 2016a. *Sovokupnost' prestupleniy: problemy teorii i praktiki kvalifikatsii* = [Set of crimes: problems of the theory and practice of qualification]. Monograph. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Pudovochkin, Yu.E., 2016b. *Voprosy kvalifikatsii sovokupnosti prestupleniy v sudebnoy praktike* = [Qualification issues for the totality of crimes in judicial practice]. A scientific and practical manual. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Pudovochkin, Yu.E., 2017. *Kvalifikatsiya souchastiya v prestuplenii. Sudebnaya praktika* = [Qualification of complicity in a crime. Judicial practice]. A scientific and practical manual. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Pudovochkin, Yu.E., ed., 2018. *Ugolovnaya otvetstvennost' za prestupleniya, svyazannye s narusheniem spetsial'nykh pravil* = [Criminal liability for crimes related to violation of special rules]. Monograph. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Pudovochkin, Yu.E., ed., 2019. *Souchastie v prestuplenii: problemy kvalifikatsii i naznacheniya nakazaniya* = [Participation in a crime: problems of qualification and sentencing]. Monograph. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Pudovochkin, Yu.E. and Pikurov, N.I., eds., 2017. *Vzaimodeystvie ugolovnogo i administrativno-deliktnogo prava* = [The interaction of criminal and administrative-tort law]. Monograph. Moscow: RGUP. (In Russ.)
- Russkikh, V.V., 1998. *Pravoprimenitel'nye oshibki sotrudnikov organov vnutrennih del* = [Law Enforcement Mistakes]. Cand. Sci. (Law) Thesis. Rostov-on-Don. (In Russ.)

Sabitov, R.A., 2001. [Errors in the qualification of criminal acts]. *Vestnik Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta* = Bulletin of the Chelyabinsk State University. Ser. 9. Law, 2(2), pp. 104–113. (In Russ.)

Tolkachenko, A.A., 2014. Typical errors and shortcomings of the investigation from the point of view of the courts. *Ugolovnyy protsess* = Criminal Process, 9, pp. 10–23. (In Russ.)

Tolkachenko, A.A., 2015. Some posed questions of qualification of the aggregate of crimes. *Biblioteka kriminalista* = [Library of the criminalist]. Science Magazine, 5, pp. 371–373. (In Russ.)

Voplenko, N.N., 1981. [Mistakes in law enforcement: concept and types]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* = [Soviet State and Law], 4, pp. 38–46. (In Russ.)

Voplenko, N.N., 1983. *Sotsialisticheskaya zakonnost' i primeneniye prava* = [Socialist rule of law and application of law]. Saratov: Izd-vo Sarat. un-ta. (In Russ.)

Walker, S., 2019. R v BM: Errors in the Judicial Interpretation of Body Modification. *The Journal of Criminal Law*. Available at: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0022018319834372>> (In Eng.)

Weisbord, R.K. and Thomas III, G.C., 2016. Judicial Sentencing Error and the Constitution. *BUL Rev.*, 96, p.1617. (In Eng.)

Информация об авторе / Information about the author:

Андрианов Владимир Константинович, старший научный сотрудник научного направления уголовно-правовых исследований Центра исследования проблем правосудия ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (117418, Россия, г. Москва, ул. Новочерёмуш-кинская, д. 69), кандидат юридических наук [**Vladimir K. Andrianov**, Senior Researcher in Criminal Law, Center for the Study of Justice Issues, Russian State University of Justice (69 Novocheryomushkinskaya St., Moscow, 117418, Russia), Cand. Sci. (Law)]. E-mail: andrianov_vk@mail.ru

Уголовно-правовое значение пожилого возраста лица, совершившего преступление

Е.Н. Рахманова*

** Северо-Западный филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Санкт-Петербург, Россия
ekaterina.rachmanova@gmail.com*

Введение. В последние десятилетия во всем мире наблюдается постоянный рост численности населения старшего возраста и сокращение несовершеннолетних и молодежи. Эти процессы создают определенные проблемы, в том числе и для системы уголовного правосудия. Большинство преступлений по-прежнему совершаются лицами в возрасте до 30 лет. Но демографический сдвиг в сторону пожилого населения, особенно когда пожилые люди все чаще сталкиваются с социальными проблемами, может означать, что следует ожидать рост преступлений, совершаемых лицами старше 50 лет. Хотя эти процессы кажутся очевидными, но проблемам возрастной преступности пока еще уделяется недостаточно внимания. Точные данные о масштабах преступлений, совершенных людьми в более позднем возрасте, практически отсутствуют.

Теоретические основы. Методы. Исследование основывалось на общенаучных методах (анализ и синтез, индукция и дедукция, метод системного анализа) и методах юридической науки (методы сравнительного правоведения, методы буквального, систематического и исторического толкования правовых норм). Теоретической основой работы послужили труды российских и зарубежных специалистов в области уголовного права, криминологии, психологии, геронтологии.

Результаты исследования. Анализ законодательства и научной литературы показывает, что до сих пор не выработано единое понятие пожилого возраста. В уголовном законодательстве не предусмотрена единая предельная возрастная планка для различных видов уголовной ответственности. При этом ряд ученых высказывают предложения об установлении предельного порога возрастной ответственности, о возможности предусматривать пожилой возраст в качестве обстоятельства, смягчающего уголовную ответственность и даже освобождающего от нее, о неприменении назначения наказания в виде лишения свободы к лицам старше 80 лет и т. п.

Обсуждение и заключение. С учетом результатов анализа нормативных правовых актов Российской Федерации и судебной практики, существующих теоретических положений делается вывод о необходимости определить, какой именно возраст считать «пожилым», а также при определении уголовно-правового значения возраста лица, совершившего преступление, исходить прежде всего из принципа равенства всех перед законом и презумпции виновности.

Ключевые слова: субъект преступления, возраст уголовной ответственности, виновность, пожилой возраст

Для цитирования: Рахманова Е.Н. Уголовно-правовое значение пожилого возраста лица, совершившего преступление // Правосудие. 2020. Т. 2, № 1. С. 189–206. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.189-206

Aging Offenders from the Standpoint of Criminal Law

Ekaterina N. Rakhmanova*

** North-West Branch, Russian State University of Justice, Saint Petersburg, Russia*

For correspondence: ekaterina.rachmanova@gmail.com

Introduction. In recent decades, a steady increase in the population of elderly people and a decrease in minors and youth have been reported all over the world. These processes present certain problems, including for the criminal justice system. Most crimes are still committed by persons under the age of 30. However, a demographic shift towards the elderly, particularly, in response to social problems senior citizens are increasingly faced with, may mean that we should expect increased crime on the part of persons aged 50 and older. Although the said processes seem obvious, little attention is still given to the problems of age-related crime. There is not enough data on the extent of crimes committed by the elderly.

Theoretical Basis. Methods. In terms of methodology, the study was based on general scientific methods (analysis and synthesis, induction and deduction, a system analysis method) and methods of legal science (methods of comparative law, methods of literal, systematic and historical interpretation of legal norms). The theoretical basis of the work was the scientific works of Russian and foreign experts in the field of criminal law, criminology, psychology, gerontology.

Results. Analysis of legislation and scientific literature indicates that no single concept of old age has yet been developed. The criminal law has not provided for a single age limit for several types of criminal liability. At the same time, some scientists suggest that a threshold for age-related liability should be established, elderly age considered a circumstance that mitigates and even exempts from criminal liability, and that a sentence of imprisonment should not be imposed on persons aged 80 and older, etc.

Discussion and Conclusion. Analysis the regulatory legal acts of the Russian Federation and judicial practice, existing theoretical provisions has led to the conclusion that the legislator should define the "elderly" age, and first of all, proceed from the principle of the equality of all before the law and the presumption of sanity when determining the criminal legal meaning of the age of a person who committed a crime.

Keywords: offender, age of criminal responsibility, sanity, elderly age

For citation: Rakhmanova, E.N., 2020. Aging Offenders from the Standpoint of Criminal Law. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 189–206. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.189-206

Введение

Преступление и наказание не имеют возрастных ограничений. Мы привыкли к тому, что пожилые люди выступают обычно в качестве жертвы преступления, но в последние годы лица старше 50 и даже 60 лет все чаще попадают на скамью подсудимых. Демографическая ситуация в мире такова, что к «2050 году число лиц в возрасте 60 лет и старше увеличится с 600 миллионов до почти 2 миллиардов человек, а доля лиц в возрасте 60 лет и старше, как ожидается, должна удвоиться с 10 процентов до 21 процента. Это увеличение будет наиболее значительным и быстрым в развивающихся странах, где, как предполагается, в течение следующих 50 лет численность пожилых людей увеличит-

ся в четыре раза»¹. Согласно прогнозу Росстата к 2030 г. доля населения в России в возрасте 65 лет и старше превысит 28 процентов, доля самой экономически активной части граждан страны (20–60 лет) будет едва превышать половину от общей численности населения².

В то же время влияние политики «вынесения суровых» приговоров привело к увеличению числа заключенных с длительными сроками лишения свободы. В результате осужденные в возрасте от 30 до 49 лет, совершающие более чем половины всех преступлений (50,9 процента)³, стареют в местах лишения свободы, поскольку около 35 процентов всех заключенных в России отбывают наказания от 5 до 10 лет лишения свободы, еще 13 процентов – до 15 лет и 4 процента – от 15 до 20 лет⁴.

Содержание одного заключенного в российской колонии обходится государству в сумму около 60 тыс. руб. в год⁵. По существующим в мире оценкам стоимость содержания пожилого осужденного в 3–5 раз дороже, чем молодого [Blowers, A.N., 2015, pp. 1–2]. Очевидно, что пожилые люди чаще нуждаются в оказании медицинской и психологической помощи. Многие из них страдают серьезными заболеваниями, являются инвалидами.

Большинство исследований, посвященных проблеме субъекта преступлений, в основном касаются возраста несовершеннолетних, так как количественно преступность пожилых значительно уступает преступности несовершеннолетних. Исследований, посвященных проблемам совершения преступлений лицами старшего возраста, явно недостаточно. Последние десятилетия изучались прежде всего насилие в семье, жестокое обращение с детьми, педофилия, преступность несовершеннолетних или женщин, терроризм и экстремизм, проблемы организованной преступности и т. п. Отечественных работ, посвященных вопросам верхнего возрастного порога уголовной ответственности [Барсукова, О.В., 2003; Касимов, В.О., 2018; Разумов, П.В., 2005 и др.], криминологическим проблемам преступности пожилых, немного, и опубликованы они лишь в последние годы [Антонян, Ю.М. и Волкова, Т.Н., 2005]. Зарубежные исследования посвящены в основном проблемам отбывания наказа-

¹ Политическая декларация. Принята второй Всемирной ассамблеей по проблемам старения. Мадрид, 8–12 апреля 2002 г. [Электронный ресурс]. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/ageing_decl.shtml (дата обращения: 22.06.2019).

² URL: <https://www.rbc.ru/economics/23/08/2013/57040e499a794761c0ce0f23>

³ Статистика Судебного департамента Верховного Суда Российской Федерации: главное о судимости в России. URL: <https://pravo.ru/news/203430>

⁴ URL: <http://fsin.su/structure/inspector/iao/statistika/Xar-ka%20lic%20soderga-hixsya%20v%20IK/>

⁵ ФСИН назвала сумму на содержание одного заключенного. URL: <https://iz.ru/784699/2018-09-03/fsin-nazvala-summu-na-soderzhanie-odnogo-zakliuchennogo>

ния лицами старшего возраста в местах лишения свободы и их последующей реабилитации [Aday, R.H., 2003; Brunner, K., 2002; Marquart, J.W., Merianos, D.E and Doucet, G., 2000; Blowers, A.N., 2015 и др.].

Но необходимость назначения наказания пожилым ставит перед судом сложные вопросы о целях назначения наказания, в частности, следует ли сосредоточить внимание на наказании за вред, причиненный правонарушителем, или на защите общества от дальнейших преступлений, если обвиняемому 60 лет и больше; насколько возраст пожилых может быть автоматически признан обстоятельством, смягчающим или даже исключающим уголовную ответственность; с какого возраста следует считать лиц достигшими пожилого возраста. С учетом изложенного целью настоящего исследования является рассмотрение существующих проблем, связанных с пожилым возрастом лиц, совершивших преступления. Для реализации поставленной цели предполагается решение следующих задач: проанализировать признаки субъекта преступления с учетом возрастных особенностей пожилых лиц и сформулировать предложения по решению указанной проблемы.

Теоретические основы. Методы

В ходе исследования применялся системный подход, что обусловлено характером преступности лиц пожилого возраста и связанных с ней явлений, а также общенаучные (системные, структурно-функциональные, статистические, прогностические и др.) и специальные методы (формально-логический анализ, сравнительно-правовое исследование и др.). Теоретической основой исследования послужили научные труды отечественных и зарубежных авторов в области уголовного права, криминологии, психологии и геронтологии.

Результаты исследования

Пожилый возраст субъекта преступления. Демографическая ситуация в стране привела к тому, что изменения возрастной структуры населения сказываются на количественных характеристиках преступности и на интенсивности преступности лиц отдельных возрастных групп [Бабаев, М.М., Кузнецова, О.В. и Урланис, Е.Б., 1976, с. 43], что неизбежно отражается на данных судебной статистики. С 2007 по 2018 г. число лиц, отбывающих наказание в исправительных колониях в возрасте от 55 до 60 лет, возросло на 43,4 процента, а в возрасте старше 60 лет – на 66 процентов⁶.

Указанные обстоятельства позволяют предположить в ближайшем будущем рост преступности пожилых лиц. Следовательно, перед правоприменителем и законодателем стоят задачи разработки комплекса воз-

⁶ URL: <http://fsin.su/structure/inspector/iao/statistika/Xar-ka%20lic%20soderga-hixsya%20v%20IK/>

можных шагов и мер по совершенствованию уголовной политики, дифференциации уголовной ответственности, оптимизации применения мер уголовно-правового характера к названной возрастной категории.

Дать ответ на вопросы, в каком возрасте следует считать лицо, совершившее преступление, пожилым или престарелым, о возможности привлечения их к уголовной ответственности, какой вид наказания назначить, может ли преклонный возраст быть фактором, позволяющим смягчить наказание, нелегко. Разные преступления совершают разные преступники, независимо от возраста, в котором они совершены, поэтому предложить какой-то единый подход крайне сложно.

В уголовном законодательстве Российской Федерации возраст уголовной ответственности и вменяемость являются обязательными признаками субъекта преступления, а следовательно, и предпосылкой к привлечению лица, совершившего общественно опасное деяние, к уголовной ответственности. Однако, учитывая складывающуюся в стране демографическую ситуацию, настало время, когда при анализе возрастных границ уголовной ответственности необходимо иметь в виду еще одну особую категорию – лица пожилого и старческого/престарелого возраста, которые являются наименее защищенными в правовом отношении гражданами современной России.

Долгое время считалось, что сам по себе возраст, тем более пожилой, не является определяющим фактором преступного поведения, поскольку одни и те же социальные условия неодинаково влияют на поведение лиц различных возрастов, границы которых весьма условны. Развитие человека вызвано комплексом социальных и биологических причин и зависит от конкретных социальных условий индивидуального развития личности. Интенсивность развития преступлений среди той или иной возрастной группы зависит не от возраста как биологической особенности, а прежде всего от тех условий социальной среды, в которой живет человек.

Еще в начале XX столетия М.Ф. Заменгоф, первый российский ученый, обратившийся к проблеме преступности стариков, писал, что в данном случае основное влияние на их поведение оказывают помимо возраста семейное и материальное положение, а также место проживания. Что же касается возраста, он имеет значение только для определения конкретных видов преступлений, которые совершают старики. Согласно его исследованию старики в основном совершали кражи, преступления против личности, против порядка управления [Заменгоф, М.Ф., 1915].

Немногочисленные современные исследования, посвященные преступности пожилых в нашей стране, показывают, что лица старше 60 лет совершают практически все виды преступлений: от мелких краж до руководства крупными, даже сверхкрупными, хищениями и лидерства в преступных организациях [Антонян, Ю.М. и Волкова, Т. Н., 2005]. Более того, в последние годы возросло количество совершаемых ими тяжких или особо тяжких преступлений. «Всего в 2015–2016 гг. лица-

ми зрелых возрастов совершено 54,4 % особо тяжких преступления и 51,4 % – тяжких. Если сравнивать данные значения с 2009 г., то эти показатели существенно выросли (с 48,5 % и 39,7 % соответственно). Таким образом, если ранее по доле особо тяжких и тяжких преступлений преобладали преступления лиц молодого возраста, то сегодня такая тенденция в большей степени характерна для лиц зрелых возрастных групп» [Касимов, В.О., 2018, с. 116]. Большинство умышленных убийств, совершенных лицами пожилого возраста, совершались с корыстными, хулиганскими и иными отягчающими обстоятельствами. Каждый третий осужденный в пожилом возрасте имеет судимость [Антонян, Ю.М. и Волкова, Т.Н., 2005, с. 78]. Наконец, большинство преступлений совершается ими в состоянии алкогольного или наркотического опьянения.

В зарубежных исследованиях, посвященных анализу преступности лиц старшего возраста, отмечается, что среди преступлений, которые совершают пожилые люди и которые проявляют тенденцию к росту, можно назвать страховое мошенничество, мошенничество с кредитными картами, преступления, связанные с наркотиками, педофилию, порнографию, уличные и насильственные преступления и т. п. [Edelbacher, M., 2018].

Так, несколько лет назад полиция Германии раскрыла бандитскую группировку, которая за пять лет ограбила банки на общую сумму 400 тысяч евро. Грабители в возрасте от 63 до 74 лет демонстрировали серьезность своих намерений с помощью пистолетов, кувалд и ручных гранат⁷.

Растет количество преступлений, совершенных на семейно-бытовой основе, на этнической почве, наконец, растет число пожилых людей, так или иначе вовлеченных в распространение наркотиков, и т. д.

В то же время некоторые специалисты подчеркивают важность установления верхнего порога уголовной ответственности, «которое вытекает из закономерностей постепенного одряхления в старческом возрасте, могущего существенно ограничить или даже исключить способность к произвольной регуляции поведения по отношению к правовым запретам. Это состояние может быть связано с психическими расстройствами либо заболеваниями общего характера, присущими данному возрастному периоду, но может быть непосредственным результатом старческой дряхлости» [Ситковская, О.Д., 2009, с. 8].

С другой стороны, высказывается мнение, что возраст – «это определенный жизненный факт, представляющий собой усредненно-определенный и нормативно зафиксированный этап развития личности, с наступлением которого нормы права связывают возникновение тех или иных юридических последствий: правосубъектность, права, обязанности и ответственность» [Владимирова, Ю.В., 2002, с. 17].

⁷ Germany's Graying Gangsters. URL: <https://www.dw.com/en/germanys-graying-gangsters/a-1441651>

Исследования третьего возраста показывают, что не следует путать психологический и паспортный возраст [Miller, D.W., Leyell, T.S. and Mazachek, J., 2004; Hummert, M.L., Garstka, T.A. and Shaner, J.L., 1995; Hummert, M.L., Garstka, T.A., Shaner, J.L., and Strahm, S., 1994]. Более того, «какой-либо прямой зависимости между трудоспособностью, удовлетворенностью жизнью и так называемым паспортным возрастом не обнаружено, ведь не все в одинаковой мере подвержены какому бы то ни было влиянию возрастных стереотипов» [Козьминых, О.А., 2016, с. 54]. Значительно больше влияют на поведение пожилых социально-экономический статус, образовательный уровень, семейное положение и т. п. Именно поэтому в литературе по геронтологическим вопросам указывается, что сегодня практически невозможно точно указать границы стадий развития взрослых людей.

Термин «пожилой» чаще используется в возрастной социологии, при этом принято «акцентироваться не на хронологическом возрасте, а на социальных ожиданиях и культурных ценностях, с помощью которых индивид обозначается как “молодой”, “средних лет” или “пожилой”» [Краснова, О.Г. и Лидерс, А.Г., 2003, сост., с. 87; Sanderson, W.C. and Scherbov, S., 2016a; Sanderson, W.C. and Scherbov, S., 2016b].

В свою очередь геронтологи различают хронологические, функциональные, социальные роли и субъективный возраст. Старение включает в себя жизненную серию переходов, которые проходят в разное время разные люди [Wilmoth, J. and Ferraro, K.F., eds., 2007; Rothman, M.B., Dunlop, B.D. and Entzel, P., 2000]. В то же время очевидно, что проблемы, с которыми сталкивается 65-летний, могут не совпадать с проблемами, с которыми сталкивается большинство 85-летних. Но при этом некоторые 85-летние могут быть более активными и функционально моложе, чем 65-летние.

На законодательном уровне согласно Рекомендации № 162 Международной организации труда «О пожилых трудящихся»⁸ пожилыми следует считать людей, которые испытывают проблемы в связи с занятием трудовой и иной деятельностью. В нашей стране до принятия Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»⁹ действовал Федеральный закон от 2 августа 1995 г. № 122-ФЗ «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов»¹⁰, согласно которому к гражданам пожилого возраста по российскому законодатель-

⁸ Конвенции и рекомендации, принятые Международной Конференцией Труда. 1957–1990. Т. II. Женева : Международное бюро труда, 1991. С. 1927–1934.

⁹ Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 442-ФЗ (в ред. от 1 мая 2019 г.) «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 52 (ч. I). Ст. 7007.

¹⁰ Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 32. Ст. 3198.

ству относили женщин старше 55 лет и мужчин старше 60 лет. Но в 2013 г. данный Закон утратил силу. Более того, в России началось постепенное повышение на пять лет общеустановленного возраста лиц, достигших право на пенсию: до 60 лет для женщин и до 65 лет для мужчин¹¹.

В результате в настоящее время в стране отсутствует единый нормативный акт, устанавливающий точный возраст лица, которое можно было бы определить как «пожилое», «старое» или «престарелое». Поэтому единственным признаком для возрастной группы лиц старше 50 лет сегодня является возрастной ценз, установленный Организацией Объединенных Наций и Всемирной организацией здравоохранения, которые предлагают относить к лицам пожилого возраста лиц в возрасте от 60 до 75 лет, старческого возраста – от 75 до 90 лет и, наконец, долголетие – лица старше 90 лет¹².

В уголовно-правовой литературе к лицам пожилого возраста А.А. Байбарин предлагает отнести лиц, достигших 65-летнего возраста [Байбарин, А.А., 2008, с. 22–23]; для О.В. Барсуковой понятия «пожилое лицо» и «лицо преклонного возраста» по сути синонимы, и она предлагает установить такой порог, как достижение 75 лет [Барсукова, О.В., 2003, с. 27]; В.О. Касимов к преступникам пожилого возраста относит лиц, достигших 61–65 лет, а старческого возраста – 66 лет и старше [Касимов, В.О., 2018, с. 11].

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 16 марта 2017 г. № 7-П¹³ обратил внимание на то, что право на справедливое судебное разбирательство в равной мере гарантируется всем лицам, привлекаемым к уголовной ответственности, в том числе достигшим пожилого возраста, который сам по себе не создает препятствий в пользовании правами, но может быть принят во внимание – исходя из объективных и субъективных факторов, с ним связанных, – при законодательном регулировании уголовно-правовых и уголовно-процессуальных отношений (п. 3.1).

¹¹ Федеральный закон от 3 октября 2018 г. № 350-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам назначения и выплаты пенсий» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2018. № 41. Ст. 6190.

¹² Возрастная классификация Всемирной организации здравоохранения. URL: <https://citifox.ru/2016/05/05/vozrastnayaklassifikaciya-vsemirnoy/> (дата обращения: 24.06.2019).

¹³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 марта 2017 г. № 7-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 части второй статьи 30 и пункта 1 части третьей статьи 31 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, части второй статьи 57 и части второй статьи 59 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В.Д. Лабусова» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2017. № 4.

Иначе говоря, лица, совершающие преступление в пожилом возрасте, имеют такие же права и несут такую же ответственность, как и лица старше 18 лет.

Вменяемость/невменяемость лиц пожилого возраста. Вторым признаком субъекта преступления является вменяемость (ст. 21 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ)). Конституционный Суд Российской Федерации в том же Постановлении указывает, что обстоятельства, обусловленные пожилым возрастом, такие как ослабленное здоровье, сложности в адаптации к переменам и др., влекут обязанность государства обеспечить поддержку данной категории граждан прежде всего в социальной сфере; пожилой возраст подозреваемых и обвиняемых подлежит учету на основе материально-правовых и процессуальных норм, но сам по себе не обуславливает введение особых процедур государственной защиты их прав, в том числе не предполагает дифференциацию уголовно-процессуальной формы, включая порядок судебного разбирательства по уголовному делу.

Это положение в полной мере относится и к возможным проблемам с вменяемостью лиц пожилого возраста. Нужно сразу отметить, что в имеющихся по этому поводу работах рассматривают проблему преступности лиц пожилого возраста именно в плоскости «вменяемости-невменяемости» [Сергиевский, Н.Д., 1908] либо «уменьшенной вменяемости» [Разумовская, С.П., 1983].

Действительно, с возрастом любой человек приобретает целый набор разного рода, прежде всего соматических заболеваний. В силу возраста, условий и образа жизни многие из них страдают определенными психическими заболеваниями. Именно в пожилом возрасте имеется повышенный риск развития нарушений памяти, пожилым людям свойственны снижение «скорости психомоторных реакций, признаки поражения лобной доли, вербальной памяти, снижение скорости обработки информации, снижение речевой активности, нарушение внимания» [Брунова, С.Н. и Лебедева, Л.А., 2015, с. 74].

Наконец, нельзя забывать о заболеваниях, присущих именно пожилому возрасту, – депрессия пожилых людей, разные формы деменции и др. По оценкам, примерно 25 процентов взрослых в возрасте 65 лет и старше имеют некоторые психические проблемы, такие как расстройства настроения, не связанные с нормальным старением¹⁴, некоторую форму когнитивных нарушений. Проблемы с физическим и/или психическим здоровьем могут повлиять на способность человека выполнять инструментальные функции повседневной жизни, такие

¹⁴ CDC (Centers for Disease Control and Prevention). 2013. The State of Aging and Health in America 2013. Atlanta, GA: Centers for Disease Control and Prevention, US Dept. of Health and Human Services. URL: <https://www.cdc.gov/aging/pdf/state-aging-health-in-america-2013.pdf>

как управление деньгами, покупки, прием лекарств в соответствии с предписаниями, а также ежедневные действия, такие как забота о личной гигиене, прием пищи, кормление, одевание и т. д. Неспособность выполнять повседневные действия может ограничивать участие людей в жизни и препятствовать их способности безопасно заботиться о себе.

Но в то же время, как справедливо указывают специалисты и о чем было написано выше, «физическое и психическое старение зависит от личностных особенностей человека и от того, как он прожил свою жизнь» [Гнездилов, Г.В., Кокорева, Е.А. и Курдюмов, А.Б., 2013, с. 194]. Именно поэтому в каждом конкретном случае привлечения к уголовной ответственности лица, совершившего преступление в пожилом возрасте, необходимо обращать особое внимание на состояние его здоровья, прежде всего психического, на способность в полной мере отдавать отчет в своих действиях. В принципе, данное положение относится к любому лицу, совершившему преступление, независимо от его возраста. Поэтому наличие пожилого возраста не означает автоматически признание так называемой ограниченной вменяемости (ст. 22 УК РФ) или даже невменяемости (ст. 21 УК РФ), т. е. применительно к лицам пожилого возраста можно говорить о презумпции вменяемости в момент совершения преступления, если затем не будет доказано обратное.

Дифференциация уголовной ответственности лиц пожилого возраста. Но все-таки *выделение единого возрастного порога, после достижения которого лицо считается пожилым или престарелым с соответствующими уголовно-правовыми последствиями, необходимо для дифференциации уголовной ответственности.*

Современный УК РФ предусматривает исключения при назначении некоторых видов наказания для лиц, достигших определенного возраста. Так, исключается назначение наказания в виде принудительных работ мужчинам, достигшим шестидесяти лет, и женщинам, достигшим пятидесятилетнего возраста (ч. 7 ст. 53.1 УК РФ), пожизненное лишение свободы, так же как и смертная казнь, не назначается мужчинам, достигшим к моменту вынесения судом приговора шестидесятипятилетнего возраста (ч. 2 ст. 57, ч. 2 ст. 59 УК РФ).

Таким образом, законодатель в качестве максимального возрастного порога предлагает то пятидесятилетний, то шестидесятилетний, то шестидесятипятилетний возраст.

В данном случае следует согласиться с А.А. Байбариним, который предлагает установить в УК РФ единый возрастной порог для лиц пожилого возраста [Байбарин, А.А., 2008, с. 127]. Тем более, что действительно во многих нормативных правовых актах в качестве предельного указывается возрастной порог от 65 до 70 лет: ст. 25.1 Федерального

закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» – предельный возраст пребывания на гражданской службе – 65 лет; гражданскому служащему, достигшему предельного возраста пребывания на гражданской службе, замещающему должность гражданской службы категории «руководители» высшей группы должностей гражданской службы, срок гражданской службы с его согласия может быть продлен (но не свыше чем до достижения им возраста 70 лет)¹⁵; ч. 2 ст. 43 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» – предельный возраст нахождения на службе в органах и организациях прокуратуры также 65 лет, а предельный возраст нахождения на службе прокурорских работников, назначаемых Президентом Российской Федерации или по его представлению, – 70 лет; ст. 11 Закона Российской Федерации от 26 июня 1992 г. № 3132-1 (в ред. от 6 марта 2019 г.) «О статусе судей в Российской Федерации» устанавливает предельный возраст пребывания в должности судьи 70 лет.

Таким образом, законодатель закрепил в целом ряде нормативных актов положение о том, что лицо пожилого возраста в состоянии осуществлять профессиональную деятельность до 70 лет, причем независимо от пола. Нельзя также забывать об изменениях общеустановленного возраста, дающего право на получение страховой пенсии по старости.

Ряд авторов полагают также, что пожилой возраст должен служить обстоятельством, смягчающим уголовную ответственность, и что данное положение необходимо включить в ст. 61 УК РФ, содержащую перечень таких обстоятельств [Байбарин, А.А., 2008, с. 127; Барсукова, О.В., 2003, с. 174]

Современное уголовное законодательство обязывает суд при назначении наказания учитывать все обстоятельства, характеризующие личность виновного. Это в полной мере относится и к возрасту совершившего преступление.

Но если несовершеннолетие, «которое характеризуется неполной физической и психической зрелостью лица, а в результате недостаточной продуманностью поступков, отсутствием жизненного опыта, подверженностью влиянию со стороны других лиц» [Орешкина, Т.Ю., 2017], является абсолютным смягчающим обстоятельством, для лиц старшего возраста необходимо определиться, может ли пожилой возраст признаваться таким смягчающим обстоятельством. Если да, то в каком возрасте, а также с какого возрастного порога судам необходимо обращать особое внимание и учитывать в совокупности данные о личности пожилого лица, совершившего преступление, конкретные условия и причины совершения преступления и т. п. Тем более, что анализ судебной

¹⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 31. Ст. 3215.

практики показывает, что суды по многим делам при решении вопроса о смягчении уголовного наказания принимают во внимание пожилой возраст подсудимого¹⁶.

Представляется, что в данном случае можно принять во внимание опыт Республики Беларусь: в подп. 9 п. 5. ст. 4 УК Республики Беларусь содержится разъяснение термина «престарелое лицо» – лицо, достигшее на день совершения преступления возраста 70 лет, а в ст. 63 в качестве абсолютного обстоятельства, смягчающего уголовную ответственность, указано совершение преступления престарелым лицом, т. е. лицом старше 70 лет¹⁷.

Обсуждение и заключение

Последствия старения населения сказываются практически на каждом аспекте жизни общества, включая систему уголовного правосудия. Все больше пожилых людей вовлекаются в эту систему, причем не только в качестве потерпевших, но и в качестве лиц, совершивших преступления. В связи с этим представляется возможным сформулировать следующие выводы и предложения.

1. Установление предельной возрастной границы привлечения к уголовной ответственности, освобождение или смягчение уголовного наказания являются важными направлениями современной уголовной политики, но при этом следует применить единый подход при привлечении к уголовной ответственности лиц, достигших пожилого возраста.

2. Предлагается восстановить в законодательстве понятие «пожилой возраст», а в уголовном законодательстве к пожилым лицам отнести лиц, достигших 70-летнего возраста. Введение в уголовное законодательство положения об исключении уголовной ответственности лиц, достигших пожилого возраста, либо признание такого возраста в качестве абсолютного обстоятельства, смягчающего уголовную ответственность, противоречит принципу равенства всех перед законом.

3. Автор разделяет предложения об ограниченной вменяемости (ст. 22 УК РФ) или даже невменяемости (ст. 21 УК РФ) лиц пожилого возраста, поскольку в данном случае нарушается презумпция вменяемости виновного на момент совершения преступления, закрепленная ст. 19 УК РФ независимо от возраста уголовной ответственности.

¹⁶ Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 8 июня 2017 г. № 21-АПУ17-2; Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 14 декабря 2016 г. № 51-АПУ16-16; Апелляционное определение Судебной коллегии по делам военнослужащих Верховного Суда Российской Федерации от 15 февраля 2018 г. № 205-АПУ18-1 и др. Доступ из справочной правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁷ URL: <http://xn----ctbcgviccvibf9bq8k.xn--90ais/skachat>

4. При назначении наказания женщинам и мужчинам в более позднем возрасте следует учитывать, что они могут страдать заболеваниями, связанными с их возрастом, особенно если становятся инвалидами. Мы должны признать, что отбывание наказания осужденными в возрасте старше 70 лет порождает проблемы, которые необходимо учитывать при назначении наказания и при разработке стратегии содержания их в местах лишения свободы. В частности, пожилые осужденные могут нуждаться в дополнительном психическом, психологическом и профилактическом медицинском обслуживании, программах реабилитации, долгосрочной гериатрической помощи и уходе.

Список использованной литературы

- Антонян, Ю.М., Волкова, Т. Н. Преступность стариков : моногр. Рязань : Акад. права и управления Федеральной службы исполнения наказаний, 2005. 160 с.
- Бабаев М.М., Кузнецова О.В., Урланис Е.Б. Влияние демографических процессов на преступность. М. : Юрид. лит., 1976. 176 с.
- Байбарин А.А. О необходимости законодательной регламентации пожилого возраста субъекта преступления // Бизнес в законе : экон.-юр. журн. 2008. № 2. С. 126–128.
- Байбарин А.А. Уголовно-правовая дифференциация возраста : моногр. М. : Высш. шк., 2009. 252 с.
- Барсукова О.В. Старческая преступность и преступления против лиц пожилого возраста (Криминологические и уголовно-правовые проблемы) : дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2003. 203 с.
- Брунова С.Н., Лебедева Л. А. Психические нарушения в пожилом возрасте, сочетанные с другой патологией : курс лекций для населения // Международный студенческий научный вестник. 2015. № 6. С. 74–79.
- Владимирова Ю. В. Значение возраста работника в трудовом праве : дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2002. 202 с.
- Волкова Т. Н. Криминологические и правовые проблемы женской преступности в современной России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Рязань : Акад. права и управления Минюста России, 2001. 53 с.
- Гнездилов Г. В., Кокорева Е.А., Курдюмов А.Б. Возрастная психология и психология развития : учеб. пособие. М.: Изд-во СГУ, 2013. 228 с.
- Заменгоф М.Ф. Преступность стариков // Журнал Министерства Юстиции. 1915. № 4. С. 144–181.

Касимов В.О. Возраст преступника как криминологическая проблема : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2018. 33 с.

Козьминых О.А. Эйджизм как социально-психологическая проблема людей третьего возраста // Академия профессионального образования. 2016. № 10. С. 51–54.

Орешкина Т.Ю. Учет психофизиологического состояния лица при назначении ему наказания // Уголовное право. 2017. № 6. С. 40–46.

Психология старости и старения. Хрестоматия : учеб. пособие для студ. психол. фак. вузов / сост. О.Г. Краснова, А.Г. Лидерс. М. : Изд. центр «Академия», 2003. 416 с.

Разумов П.В. Криминологическая характеристика геронтологической преступности и меры ее предупреждения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2005. 25 с.

Разумовская С.П. Вопросы судебно-психиатрической оценки сосудистых заболеваний головного мозга // Проблемы вменяемости в судебной психиатрии : сб. науч. тр. / отв. ред. Г. В. Морозов. М., 1983. С. 95–103.

Сергиевский Н.Д. Русский уголовный процесс. СПб., 1908. 464 с.

Ситковская О.Д. Уголовный кодекс Российской Федерации. Психологический комментарий. М. : Волтерс Клувер, 2009. 180 с.

Солодухина Д.П. Этические проблемы, связанные с достижением пенсионного возраста // Социальное и пенсионное право. 2009. № 4. С. 4–6.

Aday R.H. Ageing Prisoners: Crisis in American Corrections. Westport, CT : Praeger, 2003. 240 p.

Berger R. Criminal behavior among the elderly: a look into what people think about this emerging topic // Advances in Aging Research. 2018. № 7. P. 1–16.

Blowers A.N. Elders and the criminal justice system // Journal of Crime and Justice. 2015. Vol. 38, no. 1. P. 1–8.

Brunner K. Elder prisoners: An analysis of policy options for the state of Florida. Tallahassee, FL. : Florida Department of Corrections, 2002. 30 p.

Chu V. Greying Behind Bars: The older male offender's experience of prison life and preparations for resettlement. URL: <https://howard-league.org/wp-content/uploads/2017/02/Greying-Behind-Bars.pdf>

Edelbacher M. Trends in Types and Amount of Crimes Committed by the Elderly in Europe // Perspectives on Elderly Crime and Victimiza-

- tion. Eds. P. Kratcoski, M. Edelbacher. N. Y. : Springer International Publishing, part of Springer Nature, 2018. P. 25–40.
- Elders, Crime, and the Criminal Justice System: Myths, Perceptions, and Reality in the 21st Century / Eds. M.B. Rothman, B.D. Dunlop, P. Entzel. N. Y. : Springer, 2000. 416 p.
- Gerontology: Perspectives and Issues / Eds. J. Wilmoth, K. Ferraro. 3rd ed. N. Y. : Springer, 2007. 384 p.
- Hummert M.L., Garstka T.A., Shaner J.L. Judgments about stereotypes of the elderly: Attitudes, age associations, and typicality ratings of young, middle-aged, and elderly adults // *Research on Aging*. 1995. Vol. 17, no. 2. P. 168–182.
- Hummert M.L., Garstka T.A., Shaner J.L., Strahm S. Stereotypes of the elderly held by young, middle-aged, and elderly adults // *Journal of Gerontology*. 1994. Vol. 49, issue 5. P. 240–249.
- Hurley M.A. *Aging in Prison: The Integration of Research and Practice*. Durham, NC : Carolina Academic Press, 2014. 234 p.
- Marquart J.W., Merianos D.E., Doucet G. The Health-Related Concerns of Older Prisoners: Implications for Policy // *Aging and Society*. 2000. Vol. 20. P. 79–96.
- Miller D.W., Leyell T.S., Mazachek J. Stereotypes of the elderly in U.S. Television commercials from the 1950s to the 1990s. // *International Journal of Aging and Human Development*. 2004. Vol. 58, no. 4. P. 315–340.
- Sanderson W.C., Scherbov S. A new perspective on patterns of aging in Europe by education and gender // *Journal of Population Ageing*. 2016a. Vol. 9, no. 3. P. 207–225.
- Sanderson W.C., Scherbov S. New approaches to the Conceptualization and Measurement of Age and Aging // *Journal of Aging and Health*. 2016b. Vol. 28, no. 7. P. 1159–1177.
- Senior citizens behind bars: Challenges for the criminal justice system Senior citizens behind bars: challenges for the criminal justice system / Eds. J.J. Kerbs, J.M. Jolley. Boulder, CO : Lynne Rienner Publishers, 2014. 287 p.

References

- Aday, R.H., 2003. *Ageing Prisoners: Crisis in American Corrections*. Westport, CT: Praeger. (In Eng.)
- Antonyan, Yu.M. and Volkova, T.N., 2005. *Prestupnost' starikov* = [Crime of the elderly]. Monograph. Ryazan: Akad. prava i upravleniya Federal'noy sluzhby ispolneniya nakazaniy. (In Russ.)

Babaev, M.M., Kuznetsova, O.V. and Uralnis, E.B., 1976. *Vliyanie demograficheskikh protsessov na prestupnost'* = [Influence of demographic processes on crime]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Barsukova, O.V., 2003. *Starcheskaya prestupnost' i prestupleniya protiv lits pozhilogo vozrasta (Kriminologicheskie i ugovorno-pravovye problemy)* = Senile Crime and Crimes against Elderly People (Criminological and Criminal Law Problems). Cand. Sci. (Law) Thesis. Vladivostok. (In Russ.)

Baybarin, A.A., 2008. [On the need for legislative regulation of the elderly age of the offender]. *Biznes v zakone* = [Business in Law]. Journal of Economics and Law, 2, pp. 126–128. (In Russ.)

Baybarin, A.A., 2009. *Ugovorno-pravovaya differentsiatsiya vozrasta*. = [Criminal law differentiation of age]. Monograph. Moscow: Vyssh. shk. (In Russ.)

Berger, R., 2018. Criminal Behavior among the Elderly: A Look into What People Think about This Emerging Topic. *Advances in Aging Research*, 7, pp. 1–16. (In Eng.)

Blowers, A.N., 2015. Elders and the criminal justice system. *Journal of Crime and Justice*, 38(1), pp. 1–8. (In Eng.)

Brunner, K., 2002. *Elder prisoners: An analysis of policy options for the state of Florida*. Tallahassee, FL.: Florida Department of Corrections. (In Eng.)

Brunova, S.N. and Lebedeva, L.A., 2015. [Mental disorders in elderly age combined with another pathology. Course of lectures for the population]. *Mezhdunarodnyj studencheskij nauchnyj vestnik* = [International Student Scientific Bulletin], 6, pp. 74–79. (In Russ.)

Chu V. *Greying Behind Bars: The Older Male Offender's Experience of Prison Life and Preparations for Resettlement*. Available at: <<https://howardleague.org/wp-content/uploads/2017/02/Greying-Behind-Bars.pdf>> (In Eng.)

Edelbacher, M., 2018. Trends in Types and Amount of Crimes Committed by the Elderly in Europe. In: Kratcoski, P., Edelbacher, M., eds. *Perspectives on Elderly Crime and Victimization*. Springer International Publishing, part of Springer Nature. Pp. 25–40. (In Eng.)

Gnezdilov, G.V., Kokoreva, E.A. and Kurdyumov, A.B., 2013. *Vozrastnaya psikhologiya i psikhologiya razvitiya* = [Developmental Psychology and Developmental Psychology]. Textbook. Moscow: Izd-vo SGU. (In Russ.)

Hummert, M.L., Garstka, T.A. and Shaner, J.L., 1995. Judgments about stereotypes of the elderly: Attitudes, age associations, and

typicality ratings of young, middle-aged, and elderly adults. *Research on Aging*, 17(2), pp. 68–182. (In Eng.)

Hummert, M.L., Garstka, T.A., Shaner, J.L. and Strahm, S., 1994. Stereotypes of the elderly held by young, middle-aged, and elderly adults. *Journal of Gerontology*, 49(5), pp. 240–249. (In Eng.)

Hurley, M.A., 2014. *Aging in Prison: The Integration of Research and Practice*. Durham, NC: Carolina Academic Press. (In Eng.)

Kasimov, V.O., 2018. *Vozrast prestupnika kak kriminologicheskaya problema* = [Age of the offender as a criminological problem]. Abstract of Cand. Sci. (Law) dissertation. Saratov. (In Russ.)

Kerbs, J.J. and Jolley, J.M., eds., 2014. *Senior citizens behind bars: Challenges for the criminal justice system*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers, 2014. (In Eng.)

Kozminykh, O.A., 2016. [Ageism as a socio-psychological problem of people of the third age]. *Akademiya professional'nogo obrazovaniya* = [Academy of Professional Education], 10, pp. 51–54. (In Russ.)

Krasnova, O.G. and Liders, A.G., comp., 2003. *Psikhologiya starosti i stareniya*. = [Psychology of old age and aging]. Reader: training manual for students of departments of psychology at universities. Moscow: Izd. tsentr "Akademiya". (In Russ.)

Miller, D.W., Leyell, T.S. and Mazachek, J., 2004. Stereotypes of the elderly in U.S. Television commercials from the 1950s to the 1990s. *International Journal of Aging and Human Development*, 58(4), pp. 315–340. (In Eng.)

Oreshkina, T.Yu., 2017. [Accounting for the psychophysiological state of a person when assigning him punishment]. *Ugolovnoe parvo* = [Criminal Law], 6, pp. 40–46. (In Russ.)

Razumov, P.V., 2015. *Kriminologicheskaya kharakteristika gerontologicheskoy prestupnosti i mery ee preduprezhdeniya* = [Criminological characteristics and preventive measures of gerontological crime]. Abstract of Cand. Sci. (Law) dissertation. Stavropol. (In Russ.)

Razumovskaya, S.P., 1983. [Issues of forensic psychiatric assessment of vascular diseases of the brain]. In: Morozov, G.V., ed. *Problemy vmenyaemosti v sudebnoj psikhiatrii* = [Problems of sanity in forensic psychiatry]: Collection of scientific papers. Moscow. Pp. 95–103. (In Russ.)

Rothman, M.B., Dunlop, B.D. and Entzel, P., 2000. *Elders, Crime, and the Criminal Justice System: Myths, Perceptions, and Reality in the 21st Century*. New York: Springer. (In Eng.)

- Sanderson, W.C. and Scherbov, S., 2016a. A new perspective on patterns of aging in Europe by education and gender. *Journal of Population Ageing*, 9(3), 207–225. (In Eng.)
- Sanderson, W.C. and Scherbov, S., 2016b. New approaches to the Conceptualization and Measurement of Age and Aging. *Journal of Aging and Health*, 28(7), pp. 1159–1177. (In Eng.)
- Sergievskey, N.D., 1908. *Russkij ugovolnyj protsess* = [Russian criminal trial]. St. Petersburg. (In Russ.)
- Sitkovskaya, O.D., 2009. *Ugovolnyj kodeks Rossijskoj Federatsii. Psikhologicheskij kommentarij.* = [Criminal Code of the Russian Federation. Psychological commentary]. Moscow: Wolters Kluwer. (In Russ.)
- Solodukhina, D.P., 2009. [Ethical problems associated with achieving retirement age]. *Sotsial'noe i pensionnoe parvo* = [Social and pension law], 4, pp. 4–6. (In Russ.)
- Vladimirova, Yu.V., 2002. *Znachenie vozrasta rabotnika v trudovom prave* = [The Value of the Age of the Employee in Labor Law]. Cand. Sci. (Law) Thesis. Perm. (In Russ.)
- Volkova, T.N., 2001. *Kriminologicheskie i pravovye problemy zhenskoy prestupnosti v sovremennoy Rossii* = [Criminological and Legal Problems of Female Crime in Modern Russia]. Abstract of Dr. Sci (Law) dissertation. Ryazan. (In Russ.)
- Wilmoth, J. and Ferraro, K., eds., 2007. *Gerontology: Perspectives and Issues*. 3rd ed. New York: Springer. (In Eng.)
- Zamenhof, M.F., 1915. [Crime of old people]. *Zhurnal Ministerstva Yustitsii* = [Journal of the Ministry of Justice], 4, pp. 144–181. (In Russ.)

Информация об авторе / Information about the author:

Рахманова Екатерина Николаевна, заведующий кафедрой уголовного права Северо-Западного филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (197046, Россия, г. Санкт-Петербург, Александровский парк, д. 5), доктор юридических наук, доцент [**Ekaterina N. Rakhmanova**, Head of Criminal Law Department, North-West Branch, Russian State University of Justice (5 Aleksandrovsky Park, St. Petersburg, 197046, Russia), Dr. Sci. (Law), Associate Professor]. E-mail: ekaterina.rachmanova@gmail.com

Выявление истероидной акцентуации у обвиняемого с помощью анализа его речи, поведения и биографии

В.Л. Юань*, Т.А. Алексеева*, Р.Л. Ахмедшин*

** Западно-Сибирский филиал, ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия», г. Томск, Россия
t-rigon@mail.ru, tanyaalek@yandex.ru, raist@sibmail.com*

Введение. Среди факторов, существенным образом влияющих на успех расследования, большое значение имеет фактор осведомленности следствия о личности обвиняемого. Сказанное актуализирует важность дальнейших исследований, посвященных изучению личности обвиняемого. Очевидна перспективность исследований, направленных на адаптацию психологических типологий в практику криминалистического изучения личности.

Теоретические основы. Методы. В силу ограничения объема отдельно взятого исследования было признано научно обоснованным решение сконцентрироваться на разработке методики применительно к одному отдельно взятому акцентуированному типу, распространенному среди лиц, совершающих преступления.

Наличие истероидных составляющих личности устанавливалось при помощи психологического опросника Леонгарда – Шмишека и Томского типологического опросника личности.

Результаты исследования. Для истероида общение – средство демонстрации себя, но не установления контакта с людьми: громкий голос, быстрый темп и нестабильность этих элементов. Нестабильность проявляется в выделении голосом отдельных слов, на которых истероид заостряет свое внимание, возвращаясь после этого в исходный стиль повествования. Истероид удачно расставляет паузы. Паузы по длине и частоте средние, поддерживающие время для преподнесения мысли слушателем. Речевые паузы выполняют не столько синтаксическую, сколько смысловую функцию, варьируясь по частоте и длительности в зависимости от ситуации, от той роли, которую выбрал для себя указанный психологический тип. Интонация неравномерная, диапазон голоса средний.

Склонен к групповым преступлениям для повышения его группового статуса. К насильственным преступлениям в одиночку склонен редко, находясь в состоянии истерического возбуждения.

В криминальной иерархии очень редко достигает уважения. С высокой степенью вероятности поддается вербовке. Вероятность перевоспитания в пенитенциарных учреждениях крайне низка. Вероятность рецидива совершения преступлений крайне высока.

Обсуждение и заключение. Проведенное исследование показало достаточную уникальность речевых, поведенческих и биографических характеристик лиц истероидного типа.

Ключевые слова: психологический тип, преступление, акцентуация, истероид, истероидный, демонстративный

Для цитирования: Юань В.Л., Алексеева Т.А., Ахмедшин Р.Л. Выявление истероидной акцентуации у обвиняемого с помощью анализа его речи, поведения и биографии // Правосудие. 2020. Т. 2, № 1. С. 207–224. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.207-224

Identification of Hysterical Accentuation in the Accused by Analyzing his Speech, Behaviour and Biography

**Vladimir L. Yuan*, Tatiana A. Alekseeva*,
Ramil L. Akhmedshin***

** West Siberian Branch, Russian State University of Justice, Tomsk, Russia*

For correspondence: it-rigon@mail.ru, tanyaalek@yandex.ru, raist@sibmail.com

Introduction. There are many factors that significantly affect the success of an investigation. Among such factors, the knowledge of the investigating authorities about the identity of the accused is of particular importance. Studying the identity of the accused is a complex process. Today, amongst the most promising areas, there are studies that are dedicated to the study of the identity of the accused. Such studies are aimed at adapting psychological typologies to the practice of forensic personality studies.

Theoretical Basis. Methods. Among the currently existing psychological typologies, the most simple, and at the same time quite widespread, is the typology of accentuated types. Due to the existing limits on the size of a single study, it is reasonable to concentrate on the development of a methodology for the accused within the framework of one particular psychological type, common among criminals.

The presence of hysteroid personality traits was determined using two components: Characterological questionnaire of Leonhard – Schmishek, Tomsk typological personality questionnaire.

Results. For a hysterical person communication is a means of calling attention to themselves, but not establishing contact with people. Such a person has a loud voice, a fast pace of speech and instability of these elements. The instability in speech is expressed by singling out individual words to which the hysterical person draws attention, returning after that to the former narrative style. The hysterical person often manages pause. These pauses are of such duration and frequency, so as to allow the individual time to convey his thoughts to the listeners. Pauses in speech perform not so much a syntactic as a semantic function, varying in frequency and duration depending on the situation and on the role that he chooses for himself. The hysterical person has uneven intonation, a medium range of voice.

The hysterical person is prone to carrying out group crimes to enhance his group status. The hysterical person is rarely inclined to perform violent crimes alone, only if he is in a state of hysterical arousal. In a criminal hierarchy, he or she very rarely gains respect. He or she is highly likely to be recruited. The likelihood of re-educating such a person is extremely low. The likelihood of reoffending by such a person is extremely high.

Discussion and Conclusion. The study showed sufficient uniqueness of the speech, behavioural and autobiographical characteristics of persons of the hysteroid type.

Keywords: psychological type, crime, accentuation, hysteroid, narcissistic, demonstrative

For citation: Yuan, V.L., Alekseeva, T.A. and Akhmedshin, R.L., 2020. Identification of hysterical accentuation in the accused by analyzing his speech, behaviour and biography. *Pravosudie = Justice*, 2(1), pp. 207–224. DOI: 10.37399/issn2686-9241.2020.1.207-224

Введение

Какие факторы определяют успешность расследования преступления? Профессионализм работников правоохранительных органов, ма-

териально-техническое обеспечение процесса расследования, достаточность времени для следствия, эффективность проведения следственных действий, доступный объем первоначальной информации о преступлении, низкая степень противодействия следствию со стороны лица, совершившего преступление, а также других лиц, особенности совершенного преступления, осведомленность следствия о личности обвиняемого – это лишь часть основных факторов, определяющих успех расследования преступления и привлечения виновных лиц к уголовной ответственности по действующему законодательству Российской Федерации. Современная система криминалистических рекомендаций не гарантирует успех расследования преступления даже при полном следовании алгоритму содержащихся в ней методик. Вместе с тем она повышает шанс на успех даже при самых неблагоприятных следственных ситуациях, что само по себе представляет высокую ценность для деятельности сотрудников правоохранительных органов.

Среди факторов, существенным образом влияющих на успех расследования и воздействие на которые под силу современной системе криминалистических рекомендаций, можно выделить как минимум два: эффективность проведения следственных действий и осведомленность следствия о личности обвиняемого. Если первый фактор связан с необходимостью сбора полного, точного и достоверного объема доказательств о виновности обвиняемого, то второй является более сложным, поскольку он имеет сквозной характер по ряду причин.

1. *Участие.* Обвиняемый является центральным участником в ряде следственных действий, таких как допрос обвиняемого, освидетельствование обвиняемого, обыск в жилище обвиняемого, опознание обвиняемого и др. Знание личности обвиняемого позволит следствию предварительно подготовиться к проведению конкретного следственного действия и подобрать приемлемую в этом случае тактику.

2. *Противодействие.* Знание личности обвиняемого позволит следствию выстроить действенную тактику защиты от противодействия со стороны обвиняемого, поскольку его возможности будут следствию заранее известны.

3. *Наказание.* С учетом исполнения положения ч. 1 ст. 6 УК РФ, закрепляющей принцип справедливости при назначении наказания или иных мер уголовно-правового характера и требующей учитывать личность виновного, изучение личности обвиняемого имеет также уголовно-правовое и уголовно-процессуальное значение [Ведерников, Н.Т., 2009, с. 71].

Существующие на сегодняшний день разработки в области системы тактических рекомендаций по проведению следственных действий в рамках расследования преступлений нередко связывают эффективность проведения следственного действия с комплексом подготовитель-

ных мероприятий, среди которых немаловажная роль отводится изучению личности обвиняемого, который будет в предстоящем следственном действии принимать непосредственное участие [Порубов, Н.И. и Порубов, А.Н., 2013, с. 116; Ищенко, Е.П. и Топорков, А.А., 2010, с. 398; Пахомов, А.В., 2001, с. 269; Волков, В.Н., 2009, с. 126; Ароцкер, Л.Е., 1969, с. 33; Хлынцов, М.Н., 1982, с. 115; Астапкин, Д.И. и Астапкина, С.М., 2002, с. 91; Meissner, C.A. and Russano, M.B., 2003, p. 60; Gudjonsson, G.H., et al., 2004, pp. 131–132; Snook, B., et al., 2008, pp. 36–37; Schmideberg, M., 1947, pp. 458–460; Illescas, S.R. and Pueyo, A.A., 2007, pp. 148–150].

Несмотря на это, существующая на сегодняшний день следственная практика до сих пор требует оснащения алгоритмами изучения личности обвиняемого. Чаще всего в вопросе изучения личности обвиняемого следователь ограничивается запросами характеристик с мест учебы и/или работы обвиняемого и опросом знакомых с ним лиц – его родственников, друзей, коллег и соседей. Такая сложившаяся в криминалистической науке ситуация позволяет говорить об актуальности дальнейших исследований, посвященных изучению личности обвиняемого, и уже сейчас становится очевидной перспективность исследований, направленных на адаптацию психологических типологий в практику криминалистического изучения личности, к примеру адаптация психологической типологии акцентуаций характера, известной в психологической науке [Ганнушкин, П.Б., 1982; Леонгард, К., 2000; Личко, А.Е., 1983]. В данной типологии условно выделяются десять психологических типов, каждый из которых обладает рядом собственных, неповторимых и уникальных характеристик, позволяющих провести четкую градацию между одним конкретным типом и всеми остальными. Проблемой остается сопоставление известных сведений об обвиняемом с психологической архитектурой конкретного типа для определения наибольшего соответствия, которая в дальнейшем позволит следствию подобрать наиболее действенную тактику взаимодействия с обвиняемым и воздействия на него с учетом его психологических особенностей, ярко выраженных предрасположенностей и тенденций в рамках следственных действий в частности и всего процесса расследования преступления в целом.

Теоретические основы. Методы

В качестве решения проблемы предлагается трехконтурная система изучения личности обвиняемого, учитывающая особенности его речи, поведения и факты его биографии, что с высокой степенью вероятности позволит определить тип его акцентуации, тем самым дав следствию наиболее целостное знание о личности обвиняемого. Безусловно, универсальных и стопроцентно безошибочных методик определения психо-

логического типа акцентуации характера нет и быть не может, поскольку всегда есть доля уникальности, неповторимости и индивидуальности личности, которая вместе с тем нисколько не нивелирует основание ее психологической архитектуры, которая может быть выделена на основе выявления наибольшего соответствия речевых признаков, поведенческих шаблонов и биографических фактов, характерных для того или иного акцентуированного типа.

В силу ограничения объема отдельно взятого исследования было признано научно обоснованным решение сконцентрироваться на разработке методики применительно к одному отдельно взятому акцентуированному типу, распространенному среди лиц, совершающих преступления.

Первый этап включал сбор доступных сведений о психологическом типе истероидной акцентуации, опубликованных в криминалистической и психологической науках. Данный этап позволил составить своеобразную стандартизированную шкалу (эталон), с которой будут сопоставляться известные речевые, поведенческие и биографические особенности обвиняемого. Для этого были проанализированы имеющиеся результаты научных исследований, содержащие опубликованные данные о характерных для лиц с истероидной акцентуацией особенностях, свойствах, предрасположенностях. Область задействованной информации может быть сведена к следующим блокам: «истероид – акцентуация»; «тактика следственных действий – психология»; «истероид (истероидный)»; «истероид эгоцентризм»; «нарциссическая личность»; «акцентуация – психология»; «истероид – психология – тип», для зарубежных сетевых ресурсов – «hysteroid accentuation psychology»; «narcissistic personality»; «hysteroid type personality».

В процессе проведенного исследования наличие истероидных составляющих в личности устанавливалось при помощи характерологического опросника Леонгарда – Шмишека (ХОЛШ) и Томского типологического опросника личности (ТомТОЛ). Исследуемый признавался носителем истероидных характеристик только при подтверждении степени выраженности акцентуации не меньше чем на уровне тенденции (15–19 баллов по ХОЛШ или 4–7 баллов по ТомТОЛ, полученных с помощью обоих опросников). Контрольная группа была представлена носителями иных акцентуированных свойств обоих полов в возрасте 18–23 лет (100 человек). Объем экспериментальной группы варьировался в зависимости от предмета исследования.

На втором этапе были выделены ярко выраженные речевые особенности, свойственные обвиняемому с истероидной акцентуацией. В процессе включенного наблюдения и экспериментов в отношении 112 лиц, обладающих выраженными истероидными свойствами в структуре личности, были получены достаточно однозначные выводы. Речевое об-

следование данных лиц происходило в условиях как нейтральной, так и конфликтной обстановки. Помимо лабораторных условий наблюдениям подверглись также участники предварительного следствия и судебного рассмотрения уголовного дела.

На третьем этапе были выделены типовые поведенческие шаблоны, к которым более склонен обвиняемый с истероидной акцентуацией. В процессе включенного наблюдения и экспериментов над 200 лицами, обладающими выраженными в структуре личности истероидными свойствами, были получены достаточно однозначные выводы. Также были подтверждены выводы о характерных предрасположенностях, психологических особенностях и тенденциях лиц истероидной акцентуации путем анализа опубликованных результатов научных исследований, посвященных характеристике лиц, имеющих акцентуацию истероидного типа [Тюряпина, И.В., 2016, с. 18–21; Новиков, В.В. и Палешник, О.П., 2007, с. 72–73; Посыпанова, О.С., 2013, с. 124–126; Мельникова, Н.В., 2011, с. 21; Кулакова, А.А., 2011, с. 136; Савинков, С.Н., 2013, с. 69–73; Lam, Z.K., 2012, pp. 3–5, 12; Miller, J.D. and Campbell, W.K., 2010, pp. 185–186; Marshall, T.C., Lefringhausen, K. and Ferenczi, N., 2015, pp. 36–37; Khodabakhsh, M.R. and Besharat, M.A., 2011, p. 909; Schwarzkopf, K., et al., 2016, p. 26; Wink, P., 1991, pp. 594–595; Wright, K. and Furnham, A., 2014, p. 1121; Thomaes, S., et al., 2009, pp. 1239–1240; Veronese, G., et al., 2015, p. 38; Grijalva, E. and Zhang, L., 2016, pp. 3–6].

На четвертом этапе были выделены значимые биографические факты из жизни лица с истероидной акцентуацией характера. Для этого разрабатывался опросник, содержащий вопросы о наличии или отсутствии взаимосвязи между примерным рядом фактов биографии (религиозные, политические взгляды, спортивный досуг, хобби и др.) и истероидной акцентуацией. Целью данного этапа было сведение массива научных данных о лицах истероидной акцентуации в формат, который бы позволил выяснить точность соответствия профиля лица с истероидной акцентуацией характерному набору биографических фактов. Опросу подверглись 100 испытуемых с выраженной истероидной составляющей в структуре характера, что дало достаточно однозначные выводы.

Результаты исследования

Проведенное исследование показало достаточную уникальность речевых характеристик лиц истероидного типа. Коммуникативное поведение личности обвиняемого может варьироваться в рамках определенной речевой модели, которая представляет собой совокупность типовых речевых особенностей личности, проявляющихся в привычной или стрессовой ситуации. Границы речевой модели, в пределах которых мо-

жет происходить варьирование коммуникативных поведенческих особенностей преступника, неодинаковы, но всегда ограничены.

Коммуникативное поведение личности, выраженное в речи, может служить дополнительным источником информации для следователя как при подготовке к следственным действиям, так и в процессе их производства. Одним из способов анализа речевых моделей является типологический подход, который предполагает существование ограниченного количества типов личности с определенным набором поведенческих особенностей. В статье предлагается анализ типовой речевой модели такого психологического типа, как истероид.

Рассматриваемый психологический тип в любой ситуации стремится привлечь к себе внимание, в том числе это проявляется и в речи. Это тип актера и лжеца, умело использующего различные ситуации для презентации своей личности. Истероид удачно расставляет паузы, в том числе и стилистические, хорошо владеет ораторским искусством, без труда может привлечь внимание к своей персоне, произнося монологи на различные темы. Паузы в речи используются как способ акцентирования внимания слушателей на мыслях и высказываниях истероида. Особенностью устной речи истероидов является то, что речевые паузы выполняют не столько синтаксическую, сколько смысловую функцию, варьируясь по частоте и длительности в зависимости от ситуации, от той роли, которую выбрал для себя указанный психологический тип.

Кругозор личности истероидного типа достаточно широкий, но характеризуется поверхностными знаниями. Представитель рассматриваемого психологического типа может употреблять сложные термины, неуместные в контексте всего сказанного или значение которых ему нередко непонятно. На первый взгляд кажется, что он способен поддерживать любую тему разговора, является специалистом во всех областях, что и будет активно демонстрироваться путем преувеличения своей роли в расследовании дела. Истероид всегда найдет повод, чтобы переключить внимание окружающих на себя, поэтому в его речи постоянно присутствуют местоимения «я», «мне», «мое» и такие выражения, как «мое мнение», «я так думаю», «это мое личное мнение, отношение», поэтому описание событий всегда происходит через личное отношение допрашиваемого с подчеркиванием испытываемых эмоций, личного мнения о преступном событии и его участниках. Причем часто это отношение будет негативным, что должно подчеркнуть достоинства самого истероида.

Речь истероида похожа на актерскую. Истероиды нередко перебивают собеседников, себя же перебить не позволяют, а если кто-то пытается это сделать, они форсируют голос, ускоряют речь. Речевое оформление мыслей у истероида – достаточно четкое, понятное. Он хорошо структурирует свои устные высказывания если и не по принципу «первое – второе – третье», то все же разные аспекты мысли подчеркиваются

хотя бы голосом [Воронин, С.Э., Ахмедшин, Р.А. и Алексеева, Т.А., 2015, с. 297–298]. Если находится более компетентный в теме собеседник, то представители истероидного типа стараются поменять тему разговора или подчеркнуть недостатки собеседника, «переходят на личности».

Допрашиваемые лица истероидного типа в общении часто прибегают к лести (например, в виде обращения: «великий человек», «господин» и т. д.) по отношению к одним людям, в то же время не стесняясь давать личную негативную оценку другим. Могут выбрать оригинальное приветствие при встрече со следователем, цитировать художественные произведения. В коллективе являются сплетниками, могут рассказать множество подробностей из жизни своих коллег, часто жалуются, выбирая это как способ манипулирования и перекалывания обязанностей на другое лицо. Истероид поясняет смысл сказанного жестами и мимикой.

Кроме того, истероид активно прибегает к невербальным способам выражения мысли, активно жестикулируя. Жесты плавные, пластичные, мелодичные, как и все его движения, подчеркивающие оригинальность его личности.

Для установления психологического контакта с данным психологическим типом следователю стоит акцентировать внимание на внешнем виде истероида, сделав комплимент или оценив выбор стиля, подчеркнуть важность его личного участия в расследуемом деле.

Необходимо отметить, что этот психологический тип по-другому называют «тип лжеца». Истероиды очень хорошо лгут, часто сами верят в свою ложь. Во время дачи ложных показаний наблюдается резкое изменение темпа речи с быстрого на медленный и наоборот или чередование быстрого и медленного темпа с увеличением интонационных пауз. Громкость голоса увеличивается, чтобы сделать акцент именно на ложных словах, что кажется истероидам более убедительным. Интонацией тоже подчеркиваются отдельные слова. Создается ощущение эмоциональности, проникновенности. Тон голоса становится выше обычного. Речевые особенности зависят от выбранной роли, которую истероид собирается представить. Если дело касается, например, должностных преступлений, то он будет показывать возмущение, обижаясь на то, что сомневаются в его профессиональной честности. Если необходимо изобразить раскаяние, то последуют многочисленные мольбы о прощении и клятвы в том, что такого больше не повторится.

Если у следователя возникают подозрения в достоверности показаний, то допрашиваемому-истероиду необходимо дать высказаться, чтобы он убедился, что его словам доверяют, что он полностью сконцентрировал внимание на себе. В данном случае подходящим тактическим приемом будет «допущение легенды», а также использование дополнительных вопросов.

Проведенное исследование показало достаточную уникальность поведенческих характеристик лиц истероидного типа.

Наиболее часто для истероидов характерны эктоморфный или эндоморфный тип телосложения, оригинальность внешности, предназначенная для привлечения внимания со стороны (прическа, одежда, отдельные детали костюма). Демонстрирует ярлыки и фирменные знаки на одежде.

Особенностью папиллярного узора истероидов является типичность низкой петли, относительно которой высоко поднята дельта (до середины центральной линии) [Скоревич, А.С., Фоминых, И.С. и Ахмедшин, Р.Л., 2016, с. 183].

Шумное, эпатирующее, привлекающее внимание поведение. Артистичность, автономность. Независимость носит природу одностороннюю, требует признания автономности со стороны других, сам отрицает необходимость признательности со своей стороны. Уровень пластичности высокий. Движения вялые, плавные.

Системообразующее свойство этих лиц – эгоцентризм как стремление быть в центре внимания. Проявлениями эгоцентризма выступают тяга к эпатажу, эгоизм, сосредоточенность мыслей на себе, ориентация только на собственные желания, завышенная самооценка, стремление «напрашиваться на комплимент». Выявленная экстравертная направленность предопределяет энергичность, быстрое угасание после всплеска энергии, коммуникативность. Представителям рассматриваемого типа свойственны развитость чувственного начала в ущерб волевому; неустойчивость настроения; обидчивость; ранимость; чрезвычайное честолюбие; преувеличенные требования благодарности ближнего; вера в свою исключительность.

Крайнюю степень развитости имеют актерские способности. Истероидам также присущи склонность к интригам, демагогии и оппозиционности при неудовлетворенном эгоцентризме; игра в вожака вместо настоящего лидерства; ненадежность, лживость и лицемерие; трусость; необдуманый риск (в присутствии зрителей); хвастовство; явно завышенная самооценка; обидчивость при задевании личности; склонность к острым аффективным реакциям, эмоциональная черствость.

У рассматриваемого типа крайне проблемно формируется установка на актуальность и ценность для него физического труда, особенно в коллективе.

Индивидуально-психологические особенности личности предопределяют типовые страхи в виде страха остракизма и физической боли.

Модель конфликтного поведения, к которой склонны представители истероидного типа, предопределяют ситуационные открытые конфликты в рамках ограниченного перечня конфликтных моделей. Причинами задевания этих конфликтных моделей выступают: вольное или

невольное уязвление его самолюбия; равнодушие со стороны окружающих, тем более сознательное игнорирование его личности; критика его достижений, способностей и таланта; вынужденное одиночество или ограничение круга его общения, поклонников; невозможность проявить себя в полной мере; отсутствие ярких событий и возможности проявить свои способности; удары по эгоцентризму, разоблачение его вымыслов, высмеивание.

Крайне конфликтные отношения с носителями шизоидной акцентуации, вплоть до фактической предопределенности вероятности возникновения типологического конфликта.

Поражает количество сексуальных отклонений у представителей этого типа, которые встречаются чаще, чем у представителей других типов, суммарно.

Склонен к групповым преступлениям, при совершении которых происходит повышение его группового статуса. К насильственным преступлениям в одиночку склонен редко, находясь в состоянии истерического возбуждения.

В процессе расследования при обвинении в совершенном деянии склонны эпатировать работника правоохранительных органов демонстрацией характеристик, свойственных носителям криминальной контркультуры. По истечении стадии подобных «кривляний» с высокой степенью вероятности такое лицо согласится сотрудничать со следствием. Решения, грозящие физическим дискомфортом, принимать не склонен. Находясь в стадии истеричности, к взаимодействию не склонен, однако крайне неустойчив против давления в стадии, следующей за его эмоциональным выплеском.

В криминальной иерархии очень редко достигает уважения. С высокой степенью вероятности подлежит вербовке.

Вероятность перевоспитания в пенитенциарных учреждениях крайне низка. Вероятность рецидива совершения преступлений крайне высока.

Проведенное исследование показало достаточную уникальность биографических характеристик лиц истероидного типа.

Основным элементом в биографии любого обвиняемого является биографический факт, цепочка которых формируется на протяжении всей его жизни в моменты, когда он делает тот или иной выбор. Уникальность любой биографии заключается в неповторимости ее базовых единиц – биографических фактов, однако если провести анализ биографий известных личностей – звезд кино, музыкальных исполнителей, писателей, ученых, политиков и многих других, то уже достаточно быстро обнаружатся некоторые повторяющиеся закономерности в их биографиях, которые являются тенденциями, характерными для людей той или иной акцентуации. Следует отметить, что биографические факты не являются равнозначными по своей природе, однако значи-

тельная их часть является продуктом свободной воли человека, которая вместе с тем несет на себе отпечаток следа его личности: акцентуация во многом ограничивает границы его выбора, который он делает на протяжении всей своей жизни, и в большинстве случаев этот выбор не выходит далеко за рамки, характерные для людей с архитектурой конкретного акцентуированного типа. Это позволяет говорить о ценности анализа биографии обвиняемого, который обеспечит наиболее эффективное решение криминалистических задач на этапе как проведения следственных действий, так и всего расследования в целом.

Так, для лиц с истероидной акцентуацией характерна высокая активность в социальной сфере. Необходимо отметить, что истероид тщеславен, что делает его крайне уязвимым к лести и комплиментам, поэтому в детстве это могут быть достаточно послушные дети, они могут добиваться значительных академических успехов, а также успехов в спорте и науке, однако из всех возможных вариантов жизненного сценария они всегда выберут наиболее зрелищный и наименее тяжелый, особенно с точки зрения физических нагрузок. Истероид может помогать людям, но не из-за доброты или сострадания, а по причине нужды в постоянном получении похвалы, что объясняет немалое число филантропов среди истероидов, для которых важен не процесс оказания помощи другим людям, а процесс получения славы и восхищения со стороны окружающих.

Склонность к эпатажу обуславливает их тягу к сцене, поэтому истероиды часто встречаются среди работников медиасферы, которые с раннего детства могут играть на сцене, выступать в качестве ведущих шоу, у них также высокая пластичность, а значит, истероиды часто занимаются танцами.

Подрастая, истероид будет активно стремиться исправить неблагоприятную для себя среду и попасть в условия, где он будет более заметен. Среди хобби и увлечений обязательно должно быть что-то, что позволит истероиду выделиться, и чаще всего это – коллекционирование (собираительство) необычных, редких и уникальных предметов, вещей и даже транспортных средств. В вопросах религиозных, морально-этических и даже политических взглядов истероид также будет стремиться быть не таким, как все, быть необычным, особенным: среди истероидов немало последователей экзотических культов (викка, пастафарианство и др.), вегетарианцев (нередко просто на словах), любителей либеральных политических взглядов, а также любителей экстремальных (часто с акцентом на зрелищность) видов спорта и досуга. Необходимо отметить, что в целом истероиды избыточно осторожны и бережливы, однако в вопросах эпатажа и в своем желании выделиться, быть лучше всех, номером один они готовы поступиться вопросами безопасности, поэтому между подобными биографическими фактами (член клуба альпинистов или мастеров огненного шоу) и истероидной акцентуацией проти-

воречия нет. Вместе с тем параллельно истероид будет вести страницу в социальных сетях типа Instagram, Twitter или Facebook, на которой будет публиковать свои достижения.

Заключение

Проведенное исследование показало достаточную уникальность речевых, поведенческих и биографических характеристик лиц истероидного типа. Использование данных об особенностях лица с истероидными составляющими личности значительно оптимизирует взаимодействие с ним во время следствия. Типологическая оптимизация тактико-криминалистического потенциала – это вектор развития современной науки о расследовании преступлений.

Список использованной литературы

- Ароцкер Л.Е. Тактика и этика судебного допроса. М. : Юрид. лит., 1969. 120 с.
- Астапкин Д.И., Астапкина С.М. Криминалистика : учеб. пособие. М. : Инфра-М, 2002. 206 с.
- Ведерников Н.Т. Избранные труды. Т. 1. Томск : Изд-во Том. ун-та, 2009. 250 с.
- Волков В.Н. Юридическая психология : учебник для вузов. 2-е изд. М. : Юнити-Дана : Закон и право, 2009. 368 с.
- Воронин С.Э., Ахмедшин Р.А., Алексеева Т.А. Психотипологический подход в системе криминалистического знания. Красноярск : СИБУП, 2015. 375 с.
- Ганнушкин П.Б. Клиника психопатий: их статика, динамика, систематика, некоторые общие соображения и данные // Психология индивидуальных различий / под ред. Ю.Б. Гиппенрейтер, В.Я. Романова. М. : Изд-во МГУ, 1982. С. 262–269.
- Ищенко Е.П., Топорков А.А. Криминалистика : учебник. 2-е изд. М. : Юрид. фирма «Контракт» : Инфра-М, 2010. 784 с.
- Кулакова А.А. Криминальная виктимность как социальное отклонение // Отклоняющееся поведение человека в современном мире: проблемы и решения : материалы II Междунар. заоч. науч.-практ. конф. Владимир : Изд-во Владимир. гос. ун-та, 2011. С. 132–137.
- Леонгард К. Акцентуированные личности. М. : Изд. дом «Феникс», 2000. 544 с.
- Личко А.Е. Психопатии и акцентуации характера у подростков : 2-е изд., доп. и перераб. Л. : Медицина, 1983. 256 с.

Мельникова Н.В. Сущность концептуальных основ отклоняющегося поведения // Отклоняющееся поведение человека в современном мире: проблемы и решения : материалы II Междунар. заоч. науч.-практ. конф. Владимир : Изд-во Владимир. гос. ун-та, 2011. С. 17–22.

Новиков В.В., Палешник О.П. Влияние акцентуаций характера у осужденных на профилактику их деструктивного поведения в период отбывания наказания в исправительном учреждении // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2007. № 4. С. 68–73.

Пахомов А.В. Криминалистика : конспект лекций. М. : Моск. психол.-социальный ин-т, 2001. 432 с.

Порубов Н.И., Порубов А.Н. Допрос: процессуальные и криминалистические аспекты. М.: Юрлитинформ, 2013. 304 с.

Посыпанова О.С. Особенности мотивации демонстративного потребления провинциальной молодежи // Социальная психология и общество. 2013. Т. 4, № 3. С. 116–129.

Савинков С.Н. Характеры: как изучить и приручить. СПб. : Питер, 2013. 192 с.

Скоревич А.С., Фоминых И.С., Ахмедшин Р.Л. О взаимосвязи между особенностями папиллярного узора и психологическими свойствами личности // Вестник Томского государственного университета. 2016. № 409. С. 178–186.

Тюряпина И.В. Акцентуации личности как фактор психической адаптации студентов ВУЗа : автореф. дис. ... канд. психол. наук. СПб., 2016. 24 с.

Хлынцов М.Н. Криминалистическая информация и моделирование при расследовании преступлений / под ред. В.Г. Власенко. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1982. 159 с.

Grijalva E., Zhang L. Narcissism and Self-Insight: A Review and Meta-Analysis of Narcissists' Self-Enhancement Tendencies // Personality and Social Psychology Bulletin. 2016. Vol. 42, no. 1. January. P. 3–24.

Gudjonsson G.H. et al. Confessions and denials and the relationship with personality // Legal and Criminological Psychology. 2004. Vol. 9. P. 121–133.

Illescas S.R., Pueyo A.A. La psicología de la delincuencia // Papeles del Psicólogo. 2007. Vol. 28, no. 3. P. 147–156.

Khodabakhsh M.R., Besharat M.A. Mediation effect of narcissism on the relationship between emotional intelligence and the quality of interpersonal relationships // Procedia Social and Behavioral Sciences. 2011. Vol. 30. P. 907–911.

Lam Z.K. Narcissism and Romantic Relationship: The Mediating Role of Perception Discrepancy // Discovery SS Student E-Journal. 2012. Vol. 1. P. 1–20.

Marshall T.C., Lefringhausen K., Ferenczi N. The Big Five, self-esteem, and narcissism as predictors of the topics people write about in Facebook status updates // Personality and Individual Differences. 2015. Vol. 85. P. 35–40.

Meissner C.A., Russano M.B. The Psychology of Interrogations and False Confessions: Research and Recommendations // The Canadian Journal of Police & Security Services. 2003. Vol. 1. March. P. 53–64.

Miller J.D., Campbell W.K. The Case for Using Research on Trait Narcissism as a Building Block for Understanding Narcissistic Personality Disorder // Personality Disorders: Theory, Research, and Treatment. 2010. Vol. 1, no. 3. P. 180–191.

Schmideberg M. Psychological Factors Underlying Criminal Behavior // Journal of Criminal Law and Criminology. 1947. Vol. 37, no. 6. P. 458–476.

Schwarzkopf K. et al. Empirical evidence for a relationship between narcissistic personality traits and job burnout // Burnout Research. 2016. Vol. 3. P. 25–33.

Snook B. et al. Criminal Profiling // Skeptic. 2008. Vol. 14, no. 2. P. 36–41.

Thomaes S. et al. What makes narcissists bloom? A framework for research on the etiology and development of narcissism // Development and Psychopathology. 2009. Vol. 21. P. 1233–1247.

Veronese G. et al. Narcissism and Defending Self-Esteem. An Exploratory Study based on Self-characterizations // The Open Psychology Journal. 2015. Vol. 8. P. 38–43.

Wink P. Two Faces of Narcissism // Journal of Personality and Social Psychology. 1991. Vol. 61, no. 4. P. 590–597.

Wright K., Furnham A. What Is Narcissistic Personality Disorder? Lay Theories of Narcissism // Psychology. 2014. Vol. 5. P. 1120–1130.

References

Arocker, L.E., 1969. *Taktika i etika sudebnogo doprosa* = [Tactics and Ethics of Court Interrogation]. Moscow: Yurid. lit. (In Russ.)

Astapkin, D.I. and Astapkina, S.M., 2002. *Kriminalistika* = [Forensics]. Textbook. Moscow: Infra-M. (In Russ.)

- Gannushkin, P.B., 1982. [Clinic psychopathy: their statics, dynamics, taxonomy, some General considerations and data]. *Psihologiya individual'nyh razlichij* = [Psychology of individual differences]. Ed. Yu.B. Gippenrejtser, V.Ya. Romanova. Moscow: Izd-vo MGU. Pp. 262–269. (In Russ.)
- Grijalva, E. and Zhang, L., 2016. Narcissism and Self-Insight: A Review and Meta-Analysis of Narcissists' Self-Enhancement Tendencies. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 42(1), January, pp. 3–24. (In Eng.)
- Gudjonsson, G.H., et al., 2004. Confessions and denials and the relationship with personality. *Legal and Criminological Psychology*, 9, pp. 121–133. (In Eng.)
- Hlyncov, M.N., 1982. *Kriminalisticheskaya informaciya i modelirovanie pri rassledovanii prestuplenij* = [Forensic information and modeling in crime investigation]. Ed. V.G. Vlasenko. Saratov: Izd-vo Sarat. un-ta. (In Russ.)
- Illescas, S.R. and Pueyo, A.A., 2007. La psicología de la delincuencia. *Papeles del Psicólogo*, 28(3), pp. 147–156. (In Span.)
- Ishchenko, E.P. and Toporkov, A.A., 2010. *Kriminalistika* = [Forensics]. Moscow: Yurid. firma "Kontrakt"; Infra-M. (In Russ.)
- Khodabakhsh, M.R. and Besharat, M.A., 2011. Mediation effect of narcissism on the relationship between emotional intelligence and the quality of interpersonal relationships. *Procedia Social and Behavioral Sciences*, 30, pp. 907–911. (In Eng.)
- Kulakova, A.A., 2011. [Criminal victimization as a social deviation]. *Otklonyayushcheesya povedenie cheloveka v sovremennom mire: problemy i resheniya* = [Deviant human behavior in the modern world: problems and solutions]. Materials of the II international correspondence scientific and practical conference. Vladimir: Izd-vo Vladimir. gos. un-ta. Pp. 132–137. (In Russ.)
- Lam, Z.K., 2012. Narcissism and Romantic Relationship: The Mediating Role of Perception Discrepancy. *Discovery SS Student E-Journal*, 1, pp. 1–20. (In Eng.)
- Leongard, K., 2000. *Akcentuirovannye lichnosti* = [Accented personalities]. Moscow: Izd. dom "Feniks". (In Russ.)
- Lichko, A.E., 1983. *Psihopatii i akcentuacii haraktera u podrostkov* = [Psychopathy and character accentuation in adolescents]. Leningrad: Medicina. (In Russ.)
- Marshall, T.C., Lefringhausen, K. and Ferenczi, N., 2015. The Big Five, self-esteem, and narcissism as predictors of the topics people

write about in Facebook status updates. *Personality and Individual Differences*, 85, pp. 35–40. (In Eng.)

Meissner, C.A. and Russano, M.B., 2003. The Psychology of Interrogations and False Confessions: Research and Recommendations. *The Canadian Journal of Police & Security Services*, 1. March, pp. 53–64. (In Eng.)

Mel'nikova, N.V., 2011. [The essence of the conceptual foundations of deviant behavior]. *Otklonyayushcheesya povedenie cheloveka v sovremennoy mire: problemy i resheniya* = [Deviant human behavior in the modern world: problems and solutions]. Materials of the II international correspondence scientific and practical conference. Vladimir: Izd-vo Vladimir. gos. un-ta. Pp. 17–22. (In Russ.)

Miller, J.D. and Campbell, W.K., 2010. The Case for Using Research on Trait Narcissism as a Building Block for Understanding Narcissistic Personality Disorder. *Personality Disorders: Theory, Research, and Treatment*, 1(3), pp. 180–191. (In Eng.)

Novikov, V.V. and Paleshnik, O.P., 2007. [The influence of character accentuations on convicts on the prevention of their destructive behavior during the period of serving a sentence in a correctional institution]. *Psihopedagogika v pravoohranitel'nyh organah* = [Psychopedagogy in Law Enforcement], 4, pp. 68–73. (In Russ.)

Pahomov, A.V., 2001. *Kriminalistika* = [Forensics]. Moscow: Mosk. psihol.-social'nyj in-t. (In Russ.)

Porubov, N.I. and Porubov, A.N., 2013. *Dopros: processual'nye i kriminalisticheskie aspekty* = [Interrogation: procedural and forensic aspects]. Moscow: Yurlitinform. (In Russ.)

Posypanova, O.S., 2013. [Features of motivation for demonstrative consumption of provincial youth]. *Social'naya psikhologiya i obshchestvo* = [Social Psychology and Society], 4(3), pp. 116–129. (In Russ.)

Savinkov, S.N., 2013. *Haraktery: kak izuchit' i priruchit'* = [Characters: how to learn and tame]. St. Petersburg: Piter. (In Russ.)

Schmideberg, M., 1947. Psychological Factors Underlying Criminal Behavior. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 37(6), pp. 458–476. (In Eng.)

Schwarzkopf, K., et al., 2016. Empirical evidence for a relationship between narcissistic personality traits and job burnout. *Burnout Research*, 3, pp. 25–33. (In Eng.)

Skorevich, A.S., Fominyh, I.S. and Ahmedshin, R.L., 2016. On the relationship between the features of the papillary pattern and the psychological properties of the individual. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta* = [Tomsk State University Journal], 409, pp. 178–186. (In Russ.)

- Snook, B., et al., 2008. Criminal Profiling. *Skeptic*, 14(2), pp. 36–41. (In Eng.)
- Thomaes, S., et al., 2009. What makes narcissists bloom? A framework for research on the etiology and development of narcissism. *Development and Psychopathology*, 21, pp. 1233–1247. (In Eng.)
- Tyuryapina, I.V., 2016. *Akcentuacii lichnosti kak faktor psihicheskoy adaptacii studentov VUZa* = [Accentuation of personality as a factor in the mental adaptation of university students]. Abstract of Cand. Sci. (Psychology) dissertation. St. Petersburg. (In Russ.)
- Vedernikov, N.T., 2009. *Izbrannye trudy* = [Selected Works]. Vol. 1. Tomsk: Izd. Tom. un-ta. (In Russ.)
- Veronese, G., et al., 2015. Narcissism and Defending Self-Esteem. An Exploratory Study based on Self-characterizations. *The Open Psychology Journal*, 8, pp. 38–43. (In Eng.)
- Volkov, V.N., 2009. *Yuridicheskaya psihologiya* = [Legal psychology]. Moscow: Yuniti-Dana; Zakon i pravo. (In Russ.)
- Voronin, S.E., Ahmedshin, R.L. and Alekseeva, T.A., 2015. *Psichotipologicheskij podhod v sisteme kriminalisticheskogo znaniya* = [Psychotypological approach in the system of forensic knowledge]. Krasnoyarsk: SIBUP. (In Russ.)
- Wink, P., 1991. Two Faces of Narcissism. *Journal of Personality and Social Psychology*, 61(4), pp. 590–597. (In Eng.)
- Wright, K. and Furnham, A., 2014. What Is Narcissistic Personality Disorder? Lay Theories of Narcissism. *Psychology*, 5, pp. 1120–1130. (In Eng.)

Заявленный вклад авторов:

Юань Владимир Лишиньевич – сбор и систематизация данных о биографических особенностях; анализ и обобщение результатов исследования.

Алексеева Татьяна Александровна – сбор и систематизация данных о речевых особенностях; анализ и обобщение результатов исследования.

Ахмедшин Рамиль Линарович – сбор и систематизация данных о поведенческих особенностях; анализ и обобщение результатов исследования.

Информация об авторах / Information about the authors:

Юань Владимир Лишиньевич, старший преподаватель кафедры уголовно-процессуального права Западно-Сибирского филиала ФГБОУ-ВО «Российский государственный университет правосудия» (634050,

Россия, г. Томск, пл. Ленина, д. 2) [**Vladimir L. Yuan**, Senior Lecturer of Criminal Procedure Law Department, West Siberian Branch, Russian State University of Justice (2 Lenina Sqr, Tomsk, 634050, Russia)]. E-mail: it-rigon@mail.ru

Алексеева Татьяна Александровна, старший преподаватель кафедры уголовно-процессуального права Западно-Сибирского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (634050, Россия, г. Томск, пл. Ленина, д. 2) [**Tatiana A. Alekseeva**, Senior Lecturer of Criminal Procedure Law Department, West Siberian Branch, Russian State University of Justice (2 Lenina Sqr, Tomsk, 634050, Russia)]. E-mail: tanyaalek@yandex.ru

Ахмедшин Рамиль Линарович, профессор кафедры уголовно-процессуального права Западно-Сибирского филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия» (634050, Россия, г. Томск, пл. Ленина, д. 2), доктор юридических наук, профессор [**Ramil L. Akhmedshin**, Professor of Criminal Procedure Law Department, West Siberian Branch, Russian State University of Justice (2 Lenina Sqr, Tomsk, 634050, Russia), Dr. Sci. (Law), Professor]. E-mail: raist@sibmail.com