

# ПРАВОСУДИЕ JUSTICE

2022  
Том 4, № 4

2022  
Vol. 4, no. 4

---

Научно-практический журнал

Scientific and Practical Journal

***Учредитель и издатель:***

Российский государственный  
университет правосудия

***Founder and publisher:***

Russian State University of Justice

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

Published since September 2019  
Publication frequency: quarterly

---

E-mail: [vestnik@rsuj.ru](mailto:vestnik@rsuj.ru)  
<http://justice.study>

**Научный журнал «Правосудие/Justice»** публикует оригинальные, соответствующие установленным требованиям статьи, в которых исследуются наиболее значимые для отечественной и зарубежной юридической науки проблемы, относящиеся к следующим направлениям: теория и история права и государства, глобализация и правосудие, современные правовые доктрины, цифровизация и право, судопроизводство, судебные реформы и судебные системы отдельных стран. Издатель созданием журнала ставит цель представить научному сообществу результаты научных исследований российских и зарубежных ученых по специальному кругу вопросов, касающихся осуществления правосудия. Эти задачи решаются, в частности, посредством публикации статей на английском языке.

Наименование и содержание рубрик журнала соответствуют отраслям науки и Номенклатуре научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени.

С целью экспертной оценки каждого поступающего в редакцию материала осуществляется научное рецензирование. Все рецензенты являются признанными специалистами по тематике рецензируемых материалов. 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 (COPE). Журнал входит в Перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук.

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.

Подписной индекс 79646  
(Агентство «Книга-сервис», каталог «Пресса России»)

*Научный редактор* Л. Б. Архипова (кандидат юридических наук)  
*Корректор* К. В. Чегулова  
*Компьютерная верстка* Г. С. Гордиенко

**Адрес редакции:**

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

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

АО «Коломенская типография»  
Подписано в печать 26.12.2022  
Формат 70×100/16  
Объем 15,6 усл. печ. л.  
Тир. 300

**The peer reviewed, academic and scientific journal “Pravosudie/Justice”** publishes original articles in accordance with the established requirements, which research the most significant for the domestic and foreign legal science problems in the following areas: theory and history of law and state, globalisation and justice, modern legal doctrines, digitalisation and law, legal procedure, judicial reforms and judicial systems of individual countries. The publisher of the journal’s aims to present to the scientific community the results of scientific research carried out by the Russian and international scientists and to introduce to the scientific community publications on a special range of issues relating to the administration of justice. These objectives are addressed, inter alia, through the publication of articles in English.

The titles and contents of the rubrics of the journal correspond to the branches of science and Nomenclature of scientific specialities in which degrees are awarded.

All materials submitted to the editorial board undergo a scientific peer review process. All reviewers are recognised experts in the subject matter of the reviewed material. The editorial board sends copies of reviews to the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation upon request.

The journal follows the standards of editorial ethics according to international practices for editing, reviewing, publishing and authorship of scientific publications and the recommendations of the Committee on the Ethics of Scientific Publications (COPE).

The journal is included in the List of peer-reviewed scientific journals, in which the main scientific results of dissertations for the degree of Candidate of Sciences and for the degree of Doctor of Sciences are published.

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

Subscription index 79646  
(Agency “Kniga-Servis”, catalog “Pressa Rossii”)

*Scientific editor* L. B. Arkhipova (Cand. Sci. (Law))  
*Proof-reader* K. V. Chegulova  
*Computer layout* G. S. Gordienko

**Postal address:**

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

When reprinting or quoting,  
the reference to the journal “Pravosudie/Justice” is necessary.  
No part of this publication may be reproduced  
without the prior written permission of the publisher

JSC “Kolomenskaya Tipografiya”  
Signed to print 26.12.2022  
Sheet size 70×100/16  
Conventional printed sheets 15,6  
Number of copies 300

### **Главный редактор**

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

### **Редакционная коллегия**

**Абдуллин Аделъ Ильсиярович (г. Казань, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права Казанского (Приволжского) федерального университета

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

**Андреев Владимир Константинович (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник, руководитель направления гражданско-правовых и корпоративных исследований Центра исследования проблем правосудия Российского государственного университета правосудия

**Арямов Андрей Анатольевич (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, проректор по научной работе Российского государственного университета правосудия

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

**Бриллиантов Александр Владимирович (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права Российского государственного университета правосудия

**Бурдина Елена Владимировна (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой организации судебной и правоохранительной деятельности Российского государственного университета правосудия

**Вударски Аркадиуш (г. Франкфурт-на-Одере, Германия)**, профессор польского и европейского частного права и сравнительного права Европейского университета Виадрины; заведующий кафедрой гражданского права, гражданского процесса и сравнительного частного права Зеленогурского университета (Польша, г. Зелена Гура)

**Годунов Валерий Николаевич (г. Минск, Республика Беларусь)**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник образования Республики Беларусь, директор Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета

**Дорская Александра Андреевна (г. Санкт-Петербург, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, заместитель директора по научной работе, заведующий кафедрой общетеоретических правовых дисциплин Северо-Западного 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, президент Российского государственного университета правосудия

**Качалов Виктор Иванович (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовно-процессуального права имени Н. В. Радутной Российского государственного университета правосудия

**Колюшин Евгений Иванович (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации

**Кононов Павел Иванович (г. Киров, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, судья Второго арбитражного апелляционного суда

**Кулаков Владимир Викторович (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, ректор Российского государственного университета правосудия

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

**Нешатаева Татьяна Николаевна (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, судья Суда Евразийского экономического союза

**Никитин Сергей Васильевич (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и административного судопроизводства Российского государственного университета правосудия

**Прошунин Максим Михайлович (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры финансового права Российского государственного университета правосудия

**Скляр Сергій Валерьевич (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Российского государственного университета правосудия

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

**Фролова Елизавета Александровна (г. Москва, Россия)**, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права и политологии юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова

***Editor-in-Chief***

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

***Editorial board***

**Adel' I. Abdullin (Kazan, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the International and European Law Department, Kazan (Volga Region) Federal University

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

**Vladimir K. Andreev (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Chief Researcher, Head of Civil Law and Corporate Studies of the Justice Research Center, Russian State University of Justice

**Andrey A. Aryamov (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Vice-Rector for Scientific Work of the Russian State University of Justice

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

**Alexander V. Brilliantov (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Head of the Criminal Law Department, Russian State University of Justice

**Elena V. Burdina (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Organization of the Judiciary and Law Enforcement Department, Russian State University of Justice

**Arkadiusz Wudarski (Frankfurt am Oder, Germany)**, Professor of Polish and European Private Law and Comparative Law, European University Viadrina; Head of the Civil Law, Civil Procedure and Comparative Private Law Department, University of Zielona Góra (Zielona Góra, Poland)

**Valery N. Godunov (Minsk, Republic of Belarus)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Educator of the Republic of Belarus, Director of the Institute for Retraining and Advanced Training of Judges, Prosecutors, Courts and Justice Institutions, Belarusian State University

**Alexandra A. Dorskaya (St. Petersburg, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Deputy Director, Head of the General Theoretical Legal Disciplines Department, North-West Branch, 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 the Russian Academy of Natural Science, President of the Russian State University of Justice

**Viktor I. Kachalov (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Radutnaya Criminal Proceedings Law Department, Russian State University of Justice

**Evgeniy I. Kolyushin (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Member of the Central Election Commission of the Russian Federation

**Pavel I. Kononov (Kirov, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Judge of the Second Arbitration Court of Appeal

**Vladimir V. Kulakov (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Rector of the Russian State University of Justice

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

**Tatyana N. Neshataeva (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Judge of the Court of the Eurasian Economic Union

**Sergey V. Nikitin (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Civil and Administrative Proceedings Department, Russian State University of Justice

**Maxim M. Proshunin (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Financial Law Department, Russian State University of Justice

**Sergey V. Sklyarov (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Criminal Law Department, Russian State University of Justice

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

**Elizaveta A. Frolova (Moscow, Russia)**, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Theory of State and Law and Political Science Department, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University

## РЕДАКЦИОННАЯ СТАТЬЯ

- Корнев В. Н.* Юридическая наука и образование в новой правовой реальности ..... 8

## МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ НАУКИ

- Арямов А. А.* Принципы и нормы, содержащиеся в правовых обычаях военно-морского флота, регулирующие правоотношения крайней необходимости ..... 13
- Оганесян Т. Д.* Право быть забытым: поиск необходимого баланса ..... 36
- Радченко Ю. А.* Концепция «одиозного долга» и практика урегулирования суверенной задолженности в XXI в. (международно-правовой аспект)..... 52

## ТЕОРЕТИКО-ИСТОРИЧЕСКИЕ ПРАВОВЫЕ НАУКИ

- Сырых В. М., Алтынбасов Б. О.* Реально действующее право: материалистический подход (на англ. яз.) ..... 72
- Лапаева В. В.* Правовое регулирование в сфере исследований генома человека: история становления, современное состояние и перспективы развития ..... 93
- Белова М. А.* Соотношение концепций толкования и судейского развития права в современной германской правовой доктрине ..... 109
- Пухнаревич С. И.* Переподготовка и повышение квалификации судей в России: историко-правовое исследование ..... 126

## ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫЕ (ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ) НАУКИ

- Колюшин Е. И.* Конституционная парадигма государства в зеркале столетия СССР ..... 146
- Барков А. В., Гришина Я. С.* Концептуальный подход к практической реализации сконструированной модели социально-ориентированного экологического предпринимательства ..... 167

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

- Сафонов В. Е., Колунтаев С. А.* Принцип государственного единства: теория и практика реализации в истории России. К 100-летию образования СССР ..... 179

---

---

## Content

---

---



### EDITORIAL

- V. N. Kornev.* Legal science and education in the new legal reality ..... 8

### INTERNATIONAL LEGAL SCIENCES

- A. A. Aryamov.* The legal custom of the navy as a regulator of legal relationships in situations of extreme necessity ..... 13
- T. D. Oganessian.* The right to be forgotten: finding the necessary balance ..... 36
- Y. A. Radchenko.* The concept of “odious debt” and the practice of sovereign debt settlement in the 21st century (international legal aspect) ..... 52

### THEORETICAL AND HISTORICAL LEGAL SCIENCES

- V. M. Syrykh, B. Altynbassov.* Actually acting law: materialistic approach (*In Eng.*)..... 72
- V. V. Lapaeva.* Legal regulation in the field of human genome research: history of formation, current state and development prospects..... 93
- M. A. Belova.* Correlation of the concepts of interpretation and judicial development of law in modern German legal doctrine ..... 109
- S. I. Pukhnarevich.* Retraining and professional development of judges in Russia: a historical and legal study ..... 126

### PUBLIC LAW (STATE LAW) SCIENCES

- E. I. Kolyushin.* The constitutional paradigm of the state in the mirror of the century of the USSR..... 146
- A. V. Barkov, Ya. S. Grishina.* The conceptual approach to the practical implementation of a designed model of socially-oriented environmental entrepreneurship ..... 167

### SCIENTIFIC LIFE

- V. E. Safonov, S. A. Koluntaev.* The principle of state unity: theory and practice of implementation in the history of Russia. To the 100th anniversary of the formation of the USSR..... 179

# Юридическая наука и образование в новой правовой реальности



**Х** Петербургский международный юридический форум стал крупнейшей площадкой для диалога между представителями юридического, предпринимательского, политического и правоохранительного сообществ по вопросам права в интересах граждан, бизнеса, совершенствования правоприменительной практики, продвижения законодательных инициатив в целях развития правовой культуры и регулирования социально-экономической сферы в современных условиях. Форум проводился с 29 июня по 1 июля 2022 г. Министерством юстиции Российской Федерации и Фондом Росконгресс в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 15 февраля 2022 г. № 551.

Ключевая цель Форума состояла в продвижении идей модернизации права в условиях происходящих глобальных изменений, в том числе посредством улучшения взаимодействия правовых систем и выработки единых подходов к решению правовых вопросов в современном мире; модернизации российского и международного права с учетом лучшего опыта для защиты прав и интересов всех субъектов правоотношений; содействия развитию современной юридической науки и юридического образования в России и в мире; развития цифровых технологий в области права, государственного управления и экономики. Сформулированная цель Форума охватила практически всю современную юридическую повестку и те вопросы, на которые юридическая общественность призвана дать адекватные новой правовой реальности квалифицированные ответы.

Президент России **Владимир Путин** записал видеоприветствие для участников пленарного заседания X Петербургского международного юридического форума. Основной темой заседания объявлено «Право в многополярном мире». В своей речи В. В. Путин, в частности, обратил внимание на то, что справедливое мироустройство должно выстраиваться на основе взаимного уважения и доверия. Президент отметил, что, действительно, многополярная система международных отношений активно формируется. Этот процесс необратим, он происходит на наших глазах и носит объективный характер. И позиция России, как и многих других стран, заключается в том, что такое демократическое, более справедливое мироустройство должно выстраиваться на основе взаимного уважения и доверия и, конечно, общепризнанных принципов международного права и Устава ООН.

В своей речи В. В. Путин высказал несогласие с мнением о том, что право уже не может адекватно реагировать на проблемы и вызовы совре-

---

<sup>1</sup> Собрание законодательства Российской Федерации. 2022. № 8. Ст. 1135.



менности, на бурные и фундаментальные изменения, а также с радикальными предложениями об отмене самого понятия международного права. Бесспорным является тот факт, что система международного права нуждается в развитии. В связи с этим В. В. Путин высказал твердую уверенность в том, что, только неуклонно следуя международному праву, работая на коллективных началах, можно решать самые сложные проблемы, стоящие перед миром, обеспечить стабильное, устойчивое, поступательное развитие всех государств мира. И ученые, и практикующие правоведы могут и должны внести весомый вклад в восстановление авторитета права, в укрепление его институтов и возвращение доверия в международные отношения.

В рамках Петербургского международного юридического форума с лекцией «Право России: альтернативы и риски в условиях глобальной кризисности» выступил Председатель Конституционного Суда Российской Федерации **В. Д. Зорькин**. Прежде всего В. В. Зорькин обратился к анализу ситуации, которая сложилась на сегодняшний день в области международного права. По его справедливому убеждению, в настоящее время для нашей страны и для всего мира характерна совершенно новая нормативно-правовая, а точнее, как он выразился, «неправовая международная реальность», которую необходимо осознать и сделать соответствующие выводы. Суть международной неправовой реальности состоит в том, что формально единое человечество фактически разделилось на два мира: мир, основанный на международном праве, его нормах и принципах, и мир, действующий согласно американским «правилам», которые построены на отрицании единой природы норм и принципов международного права. В международных отношениях для нашей страны создалась парадоксальная ситуация, которая состоит в том, что поскольку отныне в мире существуют группы «дружественных» и «недружественных» государств, то и отношения с ними регулируются либо общепризнанными нормами и принципами международного права, либо «правилами», выработанными США, искажающими природу и назначение международного права, либо теми и другими в зависимости от сложившейся ситуации и интересов. В этой непростой, по сути разновекторной реальности, характерной для международно-правовых отношений, России приходится противостоять, во-первых, неправовым мерам, основанным на «правилах», к числу которых прежде всего относятся так называемые санкции. Кроме того, США и их союзники используют в своих интересах ООН, ее Устав, Декларацию о принципах международного права 1970 г., Хельсинкский Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе и другие международно-правовые документы, интерпретируя их ради достижения своих целей. Примером тому может служить трактовка соотношения принципа права на самоопределение народов и наций и принципа территориальной целостности государств.

Все это породило феномен «двойной бухгалтерии» в международной политике, создающий новые, очень серьезные затруднения для осуществления российской международной политики. По сути МИД России, да и всей стране, приходится выстраивать и проводить в жизнь как минимум

две внешнеполитические и внешнеэкономические программы и стратегии действий, фактически и юридически очень плохо или вообще не согласующиеся между собой.

В выступлении В. Д. Зорькин акцентировал внимание на фундаментальной для всей юридической науки проблеме – проблеме современного правопонимания, ставшей как никогда прежде острой. Речь идет о теоретической и практической ущербности примитивного легизма в регулировании международно-правовых отношений, соотношении права и закона и их различении, о регулятивной роли и соотношении принципов и норм международного права и т. д. Именно различное понимание, даже, скорее, недопонимание и различная интерпретация содержания и значения перечисленных фундаментальных правовых категорий нашими западными партнерами и привели к той ситуации, когда была поставлена под вопрос безопасность нашей страны как ее неотъемлемое суверенное право. Действиями стран Запада после распада Советского Союза и ликвидации Варшавского договора, США и их союзников был открыто попоран основополагающий постулат международного права: принцип суверенного равенства государств, который имеет приоритет по отношению к нормам, содержащимся в иных международно-правовых актах. После всего этого, подчеркнул В. Д. Зорькин, «Россия не просто чувствует себя обманутой в этом ключевом для нее вопросе, но и хорошо понимает правовую сторону проблемы, оставляет за собой право на отстаивание своей безопасности всеми доступными средствами»<sup>2</sup>.

В этом контексте современное звучание приобретает суждение О. Э. Лейста о том, что «многие конфликты современного мира – международные, внутригосударственные, социальные, национальные и другие, связаны с проблемами правовыми, их различным пониманием и толкованием» [Лейст, О. Э., 2002, с. 13].

Осознавая эту проблему, В. Д. Зорькин выдвигает и обосновывает идею о формировании, по сути дела, интегративного, универсального понятия права, которое диалектически соединяло бы в себе западный индивидуализм с восточным солидаризмом. По его убеждению, сейчас это одна из важнейших задач отечественной философии и теории права, потому что никто за нас этого не сделает.

Нельзя не отметить в связи с этим, что отечественная юридическая наука дореволюционного периода имеет богатый опыт теоретической разработки концепции правового солидаризма. У истоков русского правового солидаризма стояли такие выдающиеся русские ученые, как В. С. Соловьев, И. А. Покровский, П. И. Новгородцев, А. С. Яценко, Н. И. Палиенко и другие представители отечественной философско-правовой мысли. Например, Н. И. Палиенко в работе «Правовое государство и конституционализм» проводит идею о том, что «государственная власть и право должны служить общему благу, а не интересам лишь отдельных лиц, групп населения или

<sup>2</sup> Выступление В. Д. Зорькина на Петербургском международном юридическом форуме. URL: [https://www.rapsinews.ru/judicial\\_analyst/20220629/308071489.html](https://www.rapsinews.ru/judicial_analyst/20220629/308071489.html).

общественных классов» [Палиенко, Н. И., 1906, с. 37]. Под общим благом он разумел установление общественной справедливости и социальной солидарности. Такая постановка данной проблематики актуализирует идеи русской философии права конца XIX – начала XX в., которые приобретают поистине провидческий характер, особенно в свете все более реальной перспективы социального раскола человечества в результате грядущего технологического прорыва на базе исследований генома человека, развития цифровизации, биоюриспруденции, в результате чего возникла не только реальная опасность дегуманизации межчеловеческих отношений, но и реальная угроза существованию человека как вида. В связи с этим, думается, уместно привести слова известного философа права современной Германии Артура Кауфмана, который предупреждал об опасностях, характерных для эпохи постмодернизма: «Постмодернизм» означает также предостережение о том, чтобы мы с технической рациональностью, а юридикация нашего мира является частью ее, не зашли так далеко, чтобы забыть о человеке и его основном предназначении» [Кауфман, А., 2019, с. 29].

28 июня 2022 г. в конгрессно-выставочном центре «Экспофорум» состоялся Международный молодежный юридический форум, собравший на своих площадках студентов, молодых юристов, наставников и преподавателей, а также представителей органов государственной власти и бизнеса. Участники с интересом заслушали выступления спикеров по актуальным вопросам мира права. На Форуме обсуждались проблемы, тенденции, перспективы развития современного образования в России и подготовки специалистов в области юриспруденции.

С докладом по этой теме выступила ректор Всероссийского государственного университета юстиции **О. И. Александрова**, которая обратила внимание на тенденции, характеризующие современное юридическое образование в России. Она отметила, что традицией отечественной педагогической школы является сочетание образовательной и воспитательной функций. Настоящий юрист – это не только тот, кто хорошо знает законы, но и личность, обладающая целостной системой ценностей, – патриот.

Продолжив указанную тему, Председатель Следственного комитета России **А. И. Бастрыкин** предложил возродить советскую систему образования, а не равняться на западную: «Я полагаю, что надо вернуться к истокам отечественного образования, его традициям»<sup>3</sup>. Докладчик пояснил, что русские университеты всегда были сильны своей универсальностью, а наука и образование характеризовались фундаментальностью. В частности, он отметил роль и значение философии и теории государства и права в подготовке будущих юристов. Именно эти науки, их изучение закладывали основы получения юридического образования во всей его глубине и многообразии в сочетании с теоретическими знаниями и получением практических навыков обучающимися.

Доктор юридических наук А. И. Бастрыкин подверг критике недостатки Болонской системы, распространенной на подготовку отечественных ка-

<sup>3</sup> Выступление А. И. Бастрыкина на Международном молодежном юридическом форуме. URL: <https://sledcom.ru/news/item/1701737>.

дров в целом и юристов в частности. По его убеждению, именно советская система образования соответствовала отечественным традициям высшей школы и целям, которые ставило руководство страны в деле подготовки молодых специалистов, нужных различным областям народного хозяйства. Обращаясь к оценке образовательного процесса на юридических факультетах и в юридических институтах, он сделал вывод, что этот процесс должен быть организован таким образом, чтобы творчески сочетать теоретическую и практическую подготовку будущих юристов.

В работе Форума приняли участие президент Российского государственного университета правосудия доктор юридических наук, профессор В. В. Ершов, проректор по научной работе Университета доктор юридических наук, профессор А. А. Арямов.

X Петербургский международный юридический форум уже стал достоянием истории. Вместе с тем он, без сомнения, обозначил направления интеллектуального и практического поиска юридическим сообществом ответов на очень сложные вопросы, которые поставила перед человечеством новая правовая реальность.

#### Список источников

Кауфман А. Философия права, теория права, правовая догматика / пер. с нем. В. Н. Корнева, М. А. Беловой // Государство и право. 2019. № 5. С. 18–29. DOI: 10.31857/S013207690004857-4.

Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М. : Зерцало-М, 2002. 288 с. ISBN: 5-94373-051-6.

Палиенко Н. И. Правовое государство и конституционализм // Вестник права. 1906. Кн. 1. С. 1–37.

#### References

Kaufman, A., 2019. Philosophy of law, theory of law, legal dogma. Transl. from Germ. by V. N. Kornev, M. A. Belova. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 5, pp. 18–29. (In Russ.) DOI: 10.31857/S013207690004857-4.

Leyst, O. E., 2002. *Sushchnost' prava. Problemy teorii i filosofii prava* = [Essence of law. Problems of theory and philosophy of law]. Moscow: Zertsalo-M. 288 p. (In Russ.) ISBN: 5-94373-051-6.

Palienko, N. I., 1906. Legal State and Constitutionalism. *Vestnik prava* = [Bulletin of Law]. Book 1. Pp. 1–37. (In Russ.)

**В. Н. Корнев,**

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

Научная статья

УДК 343.2, 344.1

DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.13-35



# Принципы и нормы, содержащиеся в правовых обычаях военно-морского флота, регулирующих правоотношения крайней необходимости

**Андрей Анатольевич Арямов**

*Российский государственный университет правосудия, Москва,*

*Российская Федерация*

*Aaryamov65@yandex.ru*

## **Аннотация**

*Введение.* В настоящей статье в соответствии с доктринальной концепцией интегративного правопонимания на основе изучения базовых характеристик таких регуляторов правоотношений, как правовой обычай и судебный прецедент, выявлены сферы и пределы их взаимодействия.

*Теоретические основы. Методы.* Проанализированы: а) регулирование правовыми обычаями (обычаи моря) правоотношений крайней необходимости при морском инциденте, что проявлялось в актах канибализма, б) юридическая оценка правовых обычаев в судебных актах, в) возможность и пределы корректировки правовых обычаев, г) место и роль правовых обычаев в процессе регулирования правоотношений, д) эволюция взглядов на свойства и роль правовых обычаев в отечественной юридической доктрине. Для решения задекларированных задач представляется обоснованным использование методов исторического, логического и формально-юридического анализа, а также синтеза знаний, полученных в рамках различных отраслей юридической науки.

*Результаты исследования.* В ходе научного исследования: а) определена природа и существенные характеристики таких регуляторов правоотношений, как правовой обычай и судебный прецедент; б) выявлены их «точки соприкосновения», пределы и закономерности взаимодействия; в) на примере прецедентной базы по конкретному делу (применение «обычаев моря» в состоянии крайней необходимости при кораблекрушении) рассмотрен процесс правовой оценки и возможной корректировки правового обычая со стороны суда; г) сделаны выводы о наличии или отсутствии факта пресечения правового обычая прецедентным актом. Обоснована возможность взаимодействия правового обычая и судебного прецедента (в контексте специфики каждого вида такового) и выявлены закономерности приобретения судебным прецедентом свойств правового обычая.

*Обсуждение и заключение.* Итогом проведенного исследования стал ряд выводов о современном состоянии обычая моря (акт каннибализма в состоянии крайней необходимости при кораблекрушении); о его дальнейшей эволюции; признание задекларированного тезиса о пресечении обычая моря на совершение акта каннибализма в состоянии крайней необходимости при кораблекрушении посредством формирования судебной прецедентной базы по данному вопросу не соответствующим действительности.

**Ключевые слова:** регулирование правоотношений, правовое регулирование правоотношений, индивидуальное регулирование правоотношений, правовой обычай, судебный прецедент, обычай моря, крайняя необходимость, кораблекрушение, система судебных прецедентов, принципы права, нормы права

**Для цитирования:** Арямов А. А. Принципы и нормы, содержащиеся в правовых обычаях военно-морского флота, регулирующие правоотношения крайней необходимости // Правосудие/Justice. 2022. Т. 4, № 4. С. 13–35. DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.13-35.

## Original article

# The Legal Custom of the Navy as a Regulator of Legal Relationships in Situations of Extreme Necessity

**Andrey A. Aryamov**

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

*For correspondence: Aaryamov65@yandex.ru*

## Abstract

*Introduction.* In this article, I identify the spheres and limits of the interactions of legal relations (that is legal customs and judicial precedents), based on the study of the basic characteristics of such regulators.

*Theoretical Basis. Methods.* The basis of study was to analyse: a) the regulation of legal relations of extreme necessity in a maritime incident, as manifested in acts of cannibalism, by legal custom (customs of the sea) b) their legal assessment in judicial acts, c) the possibility and limits of adjustment by precedent acts of legal customs, e) and the role of the evolution of views on properties and legal customs in the domestic legal doctrine.

*Results.* The author has implemented the following algorithm of scientific research: a) the legal nature and essential characteristics of such regulators of legal relations, as it seems to be determined by custom and judicial precedent; b) the identification of “points of contact”, with their limits and regularity interactions; c) the process of legal assessment and possible correction of legal custom by the court as considered in the example of the precedent base in a particular case (that is the use of “customs of the sea” in a state of emergency during a shipwreck); d) Finally, conclusions are made on the subject of the presence or absence of the fact of suppression of legal custom by a precedent act. The possibility of interaction of legal custom and judicial precedent (in the context of the specifics of each type of such) is substantiated, and patterns of acquiring the properties of legal custom by judicial precedent are revealed.



*Discussion and Conclusion.* The results of the study are a number of conclusions about the current state of the sea custom of committing an act of cannibalism in a state of emergency during a shipwreck. Further, the results indicate the prospects for its further evolution; including the conclusion that the declared thesis about the suppression of the custom of the sea to commit an act of cannibalism in a state of emergency during a shipwreck by forming a judicial precedent base on this issue is not true.

**Keywords:** regulation of legal relations, legal regulation of legal relations, individual regulation of legal relations, legal custom, judicial precedent, customs of the sea, emergency, shipwreck, system of judicial precedents, principles of law, rules of law

**For citation:** Aryamov, A. A., 2022. The legal custom of the navy as a regulator of legal relationships in situations of extreme necessity. *Pravosudie/Justice*, 4(4), pp. 13–35. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.13-35.

## Введение

Современное состояние научного знания о регуляторах правоотношений находится в состоянии турбулентности. Не только законодатель и правоприменитель, но даже представители юридической доктрины демонстрируют в обозначенном вопросе отставание от стремительно меняющихся реалий жизни. Ситуация социально-политической напряженности в мире, дискредитация ряда актов международного права (незыблемость которых еще недавно была несомненной) обусловили повышенное внимание к такому регулятору правоотношений, как правовой обычай. В связи с этим актуализируется постановка вопросов правопонимания природы и пределов потенциала таких правовых регуляторов, как принципы и нормы, содержащиеся в правовых обычаях, а также направлений взаимодействия с актами индивидуального регулирования правоотношений. Без решения этих задач развитие правовой доктрины в целом и практики правоприменения представляется более чем проблемным.

В соответствии с научной концепцией интегративного правопонимания [Ершов, В. В., 2018; Ершов, В. В., 2020] существуют два вида регулирования правоотношений: правовое регулирование и индивидуальное регулирование. Инструментами правового регулирования являются не только правовые акты, но и принципы и нормы, содержащиеся в правовых обычаях. Индивидуальное регулирование имеет множество форм проявления: договоры, судебные решения и т. д. Нормы права и принципы права как регуляторы правоотношений исследованы в юридической доктрине достаточно полно. Предметом же настоящего исследования является правовой обычай как форма права и его корреспондирующие связи с таким индивидуальным регулятором правоотношений, как судебные акты. В контексте такой постановки цели исследования актуализируется задача определения в процессе регулирования правоотношений роли и места такого проявления правоприменительной практики, как судебный прецедент. И чтобы теоретический анализ носил более предметный характер, достижение поставленной цели и решение обозначенных задач осуществляется в аспекте реализации субъектами правоотношений права на причинение вреда в

состоянии крайней необходимости в сфере действия морского права. Традиционно институт крайней необходимости является чаще всего предметом исследования работ криминологического цикла [Арямов, А. А., 2004, с. 129–156], но представляется, что этот подход «обедняет» общеправовой потенциал результатов такого доктринального анализа.

В контексте настоящего исследования целесообразно уделить внимание общей теории правового обычая. В исторической ретроспективе позиция представителей юридической доктрины, касающаяся соотношения правовых обычаев и норм права (особенно в аспекте отрасли морского права), демонстрирует тенденцию «угасания».

Так, в дореволюционный период правовые обычаи рассматривались как важный источник морского права, имеющий базовое значение, многие из них впоследствии трансформировались в правовые нормы. Обычай права предшествует собственно праву, порождает его и следует за правом: многие нормы права возникли в результате надлежащей государственной формализации положений обычая и требование нормы права понимается и применяется в соответствии со сложившимися обычаями. Может быть, с позиции современных реалий данный тезис звучит неактуально, но в античный период он был весьма популярным: «Когда говорят обычаи, право молчит» (лат.: «Cum moribus loqui, lex tacet») [Федоров, А. Ф., 1913, с. 112].

В советский период правовые обычаи лишь вскользь упоминались в качестве субсидиарного (дополнительного по отношению к нормам права) источника права, применялись лишь как средство восполнения пробела в праве. Хотя признавалось, что наряду с международными договорами в морском международном праве формирование морского обычая может также порождать норму морского права (но форма бытия авторами исследования не раскрыта) [Бойцов, Ф. С., Иванов, Г. Г., Маковский, А. Л., 1985].

В современный период правовые обычаи во многих трудах даже не упоминаются в качестве форм и источников морского права (как частного, так и публичного) [Скаридов, А. С., 2020].

### **Теоретические основы. Методы**

Для решения задекларированных задач представляется обоснованным использование методов исторического, логического и формально-юридического анализа, а также синтеза знаний, полученных в рамках различных отраслей юридической науки.

Предлагается следующий алгоритм проведения настоящего исследования:

- определение природы и сущностных характеристик таких форм права, как правовой обычай и судебный прецедент;
- выявление их «точек соприкосновения», пределов и закономерностей взаимодействия;
- на примере прецедентной базы по конкретному делу (применение «обычаев моря» в состоянии крайней необходимости при кораблекрушении) рассмотрение процесса правовой оценки и возможной (или невозможной) коррекции правового обычая судом;



- формулирование выводов о наличии или отсутствии факта отмены правового обычая precedentным актом.

Исторически самой ранней и элементарной формой регулирования правоотношений являлся обычай – сложившееся в определенном социуме (на определенной территории) и широко применяемое правило поведения, воспринимаемое как общеобязательное участвующими субъектами. Первые правовые акты, регулирующие правоотношения в любых странах, изначально представляли собой сборники обычаев, составляемые сначала путем простейшей консолидации, позднее – путем кодификации. В таком контексте правовой обычай можно рассматривать в качестве генетического источника права. Представляется необходимым отметить, что в соответствии с позитивистским подходом действующим правом является лишь тот обычай, который так или иначе санкционирован государством; обычай является производным и дополнительным по отношению к норме права и в отрыве от правовой нормы применению не подлежит. С этим подходом категорически нельзя согласиться, поскольку правовые обычаи существовали до принятия первых норм права, более того, они их порождали и обуславливали их применение.

Действующее право в вопросе соотношения нормы права и обычая, к сожалению, основывается на позитивистском фундаменте: например, в соответствии с п. 2 ст. 5 ГК РФ не подлежат применению лишь те обычаи, которые противоречат обязательным требованиям закона или договора. Вместо жесткого требования санкционирования обычая законом (что характерно для «жесткого» позитивизма) в данном случае сформулировано положение об обязательном непротиворечии обычая закону (так называемый «мягкий/умеренный» позитивизм). Позиция более чем дискуссионная, но понятная (обусловленная позитивистским подходом к правопониманию). Подчиненность же обычая договору представляется парадоксальной: стороны заключают договоры, основываясь на обычаях делового оборота, а не наоборот; договорная практика может формировать обычаи, но такая производность предполагает временную последовательность (обычай после серии договоров), но если правовой обычай уже имеет место, то с позиций формальной логики он не может быть подчинен договору. Кроме того, возникает коллизия: как быть с ситуацией, когда обычай соответствует закону, но не соответствует договору? В силу ст. 168 ГК РФ сделка, нарушающая требования закона, недействительна. Но ведь договор может не соответствовать диспозитивным предписаниям закона (что часто проявляется при корреспондируемости нормы права и обычая делового оборота). В таком случае с позиции Гражданского кодекса подлежит ли применению упомянутый обычай? Помимо изложенного, норма права и положения правового обычая являются правовыми регуляторами правоотношений, а договор – соглашением их индивидуального регулирования; индивидуальный же регулятор не может ни корректировать, ни блокировать правовой регулятор [Ровный, В. В., 2007, с. 177].

Обычаи, в отличие от нормы права, имеют имманентную *социальную легитимацию* – их признание и применение обусловлены одобрением самих субъектов права (его применение не нуждается ни в каком санкци-

онировании) в неперсонифицированном состоянии (признающие обычай субъекты нигде не декларируют свой перечень: «все в общем и никто конкретно»). *Генетическим источником обычая* как формы правового регулирования правоотношений является воля сообщества, под которым можно понимать определенную неперсонифицированную совокупность участников правоотношений, осуществляющих определенный вид деятельности. Сообщество таких субъектов не структурировано, не формализовано и не имеет организационного единства, правотворческая способность этого сообщества основана на так называемом «народном духе» или народном суверенитете, «народном чувстве справедливости и должностования» [Иеринг, Р., 1908, с. 62]. Правовой обычай складывается в результате постоянного повторения в типовой ситуации определенного варианта поведения, которое постепенно становится привычным и оценивается самими субъектами как единственно правильное (оптимальное). Правовой обычай в своем применении автономен и самодостаточен, он регулирует правоотношения независимо от ссылки на него в тексте договора или правового акта. «Обычай является формой неписаного права» [Иеринг, Р., 1908, с. 71], что не исключает ситуации его трансформирования в норму права в результате необходимой формализации санкционирования со стороны государства.

Важнейшим свойством обычая является его территориальность, причем на разных территориях (даже в рамках одного и того же социума) в тождественных ситуациях могут применяться различные обычаи. Вполне автономно складываются обычаи в горной и равнинной местностях, в приморских городах-портах и в транзитных центрах, поселениях в пустыне, но члены купеческого каравана в течение одной поездки в зависимости от места нахождения подчиняются требованиям различных обычаев.

Содержание заключенных в обычаях норм и принципов выявляется посредством оценки/принятия/одобрения со стороны неперсонифицированного сообщества повторяющегося поведения субъектов в определенной ситуации. Такое принятие привычного варианта поведения в типовой ситуации формирует как *гипотезу* нормы обычая (т. е. те требования и условия, при которых обычай применяется), так и ее *диспозицию* (т. е. описание варианта поведения в типовой ситуации). Санкция нормы обычая является весьма феноменальной (что принципиально отличает ее от санкции нормы права) – действие обычая подкрепляется силой общественного мнения, нарушителю его требований грозит ущемление чести и деловой репутации, в крайних случаях нарушитель исключается из определенной сферы общественных отношений, социум как бы отторгает его (остракизм). Применение государственного принуждения за нарушение и несоблюдение требования обычая права может иметь место лишь в случае санкционирования нормой права обычая либо в случае приятия акта индивидуального регулирования правоотношений (например, судебного решения), в котором правовой обычай использован как инструмент восполнения пробела в законе либо в качестве инструмента толкования нормы права [Белов, В. В., 2013].

Во все исторические периоды во всех государствах предпринимались и предпринимаются попытки систематизации разными субъектами правовых обычаев. Однако следует отметить, что практически любая попытка систематизации правовых обычаев подпадает под «риск субъективности»: любой сборник обычаев неизбежно несет в себе отражение личности субъекта, осуществляющего такое обобщение (его персонального понимания и специфики толкования; например, именно автор обобщения по своему мнению выделяет системообразующий признак для осуществляемой консолидации обычаев), в итоге утрачивается имманентный признак обычая – народная легитимация. Как из одинаковых кирпичей можно построить и хлев, и дворец, так и в зависимости от специфики подбора и способа систематизации и подачи одного и того же количества обычаев права можно получить разную картину правового пространства и генерировать весьма различные юридические оценки одной и той же ситуации (в данном случае элементарное арифметическое правило – от перемены мест слагаемых сумма не меняется – не действует). Это обстоятельство выступает существенным препятствием процесса систематизации обычаев.

Слабый уровень формализации обычаев права обуславливает их важное свойство – «юридическую *пластичность*». Они динамично могут мимикрировать к условиям различных ситуаций, органично развиваясь, не требуя актов их создания, ревизии, отмены; устаревший и неактуальный обычай «отмирает сам собой», просто не применяется субъектами и со временем забывается. Обычай, как уже отмечалось, характеризуется признаком территориальности: на разных территориях к тождественным ситуациям могут применяться разные обычаи. Процесс рецепции обычая одной территории на другую местность должен быть весьма осторожным, что приобретает особо важное значение при трансграничных контактах. В таком случае на уровне индивидуального регулирования правоотношений (например, в договоре) стороны должны определиться: какому из конкурирующих обычаев в данном случае отдать предпочтение и в каких пределах. В то же время обычаи характеризуются слабой степенью коллизионности: на одной территории у одной и той же группы субъектов применительно к одной ситуации практически не встречаются противоположные обычаи [Апенченко, Ю., 1996, с. 26].

В теории права классификацию обычаев осуществляют, помимо прочего, и по критерию их соотношения с законом (правовым актом): 1) обычаи «в дополнение к закону», 2) обычаи «кроме закона», 3) обычаи «против закона» [Апенченко, Ю., 1996, с. 28]. В. В. Белов подразделяет обычаи на два вида: а) писанные (которые при определенных условиях трансформируются в нормы права, в остальных случаях формируют квазинормативный материал – *lex mercatoria*, б) неписанные, которые играют «...значительную роль в правовом регулировании» правоотношений (например, при осуществлении международных торговых операций), «восполняя многочисленные, порою весьма серьезные пробелы в традиционной – нормативной и квазинормативной – ее регламентации, а также способствуя ясному, точному

и полному уяснению смысла писаных юридических норм...» [Белов, В. В., 2013, с. 58].

Судебный прецедент – это форма правового или индивидуального регулирования правоотношений? Какова природа и каковы пределы такого регулирования? Как он соотносится и взаимодействует с иными формами права, и прежде всего с обычаем права? Как, когда, при каких условиях, в каких пределах акт индивидуального регулирования правоотношения (судебное решение) приобретает функцию правового регулятора (становится источником права) и становится ли таковым вообще?

По поводу прецедентного права в отечественном правовом пространстве бытует множество мифов, вплоть до самых экстравагантных:

«– в государствах, относимых к общему праву, прецедент является основным источником права, образует более половины всех юридических форм;

– между прецедентами нет субординации;

– прецедент главенствует над законом; мало того, практическая ценность закона равна нулю, пока не накопится судебная практика его применения и т. д.» [Никуленко, В. О., 2017]. Алогичность таких суждений очевидна: как закон может накопить практику его применения, если без таковой практики он неприменим (в логике такое положение вещей называют порочным кругом)? Как акт суда первой инстанции может быть обязателен для суда апелляционной или кассационной инстанции и иметь равную силу с их актами?

В силу изложенного представляется необходимым сделать краткий экскурс в общую теорию прецедентного права. Причем, во избежание недоразумений, ориентироваться будем на труды представителей английской и американской юридической доктрины.

Общеизвестно, что прецедентное право, или общее право, предполагает в качестве источника права судебный прецедент (предыдущее судебное решение по тождественному делу). Несомненно, источниками права являются также статуты и юридическая доктрина (последняя, например, в случае разрешения конкуренции или коллизии прецедентов). Судебный прецедент никоим образом не отменяет и не подменяет правовые акты. Статут (правовой акт) применяется в контексте накопленной прецедентной базы его реализации. И суд выносит решение на основе закона в контексте его понимания прецедентной практикой (а не просто на основе прецедента). Прецедент как форма права – это принцип или правило, установленные в предыдущем судебном деле, которые являются обязательными или убедительными при решении последующих дел с аналогичными проблемами или фактами [Pattinson, Sh. D., 2015].

Природа генезиса прецедента аналогична такому элементу юридической техники, как преюдиция: зачем тратить время и уделять внимание тому, что уже получило надлежащую юридическую оценку (правило экономии процессуальной энергии)? – и историческими корнями уходит в принцип римского права *stare decisis* (лат. – «стоять на том, что было ранее решено»). Суд не может игнорировать вывод, закрепленный в предыдущем

вступившем в силу решении. Прежде всего суд связан своими собственными решениями по аналогичным делам. Также в силу иерархичности судебной системы (множественной инстанционности) с точки зрения формальной логики суд не может игнорировать и ранее принятые решения вышестоящих судов. В данном случае имеет место проявление своеобразного принципа экономии процессуальной энергии: стоит ли заново проводить юридический анализ, если он ранее достаточно убедительно уже был произведен авторитетным органом? При чем может иметь место и ссылка как на убедительный авторитет на доктринальный источник.

Система прецедентов конструируется на основе принципа субординации: прецедент имеет обязательное значение для нижестоящих судов, рекомендательное значение для равных судов и не имеет никакого значения для вышестоящих судов. В 2006 году в Великобритании завершился процесс реформирования прецедентного права: статус прецедента могут приобретать решения не любого суда, а лишь двух высших судебных инстанций – Верховного Суда и Суда Лордов-апелляторов, и лишь после их обобщения и официального опубликования. Неопубликованные судебные решения недопустимы для цитирования в качестве прецедентных.

Еще в середине XX в. А. Б. Венгеро выделял ряд условий, соблюдение которых позволяет судебному акту приобрести статус прецедента:

- вынесение решения в рамках закона, соответствие такого толкования смыслу закона, его требованиям, учет при толковании основных принципов права (*таким образом прецедент не подменяет и не отменяет закон, он произведен от него и выполняет основную функцию – обеспечить единообразное применение закона. – А. А.*);

- прецедентный характер позиция суда получает только в случае неоднократного применения по аналогичным делам, когда судебная практика воспринимает это толкование и оно приобретает проверенный, устоявшийся характер (*в данном случае рассматриваемое явление смыкается с иным юридическим понятием – обычаем права. – А. А.*);

- прецедент представляет собой определенное положение по применению нормы права, т. е. содержит в себе известный принцип, соображение, имеет общий характер, опосредствует повторяющиеся, существенные особенности общественных отношений (*условие повторяемости «сюжетов» и их юридической оценки – еще один признак, сближающий судебный прецедент и обычай права. – А. А.*);

- прецедент получает внешнее выражение – должен быть опубликован. Важным для развития прецедентного права является публикация и индексация решений для использования юристами, судами и широкой общественностью в форме так называемых «юридических отчетов» (*данный признак демонстрирует приближение характеристик судебного прецедента и нормы права. – А. А.*);

- поскольку определенная степень применимости прецедента связана с его убедительностью, он должен быть аргументирован, основан на знании права, судебной практики, достижений юридической науки (*в отличие от нормы права обязательность является не имманентным свойством прецедента, а производным от его аргументированности и убедительности;*



*обязательность прецедента – переменная величина, количественный показатель; судья наделяется правом отказаться от применения прецедента, если сочтет его неотнормированным к данному случаю или недостаточно убедительным. – А. А.) [Венгеров, А. Б., 1966].*

«Обязательность прецедента пропорциональна убедительности его суждений и выводов (*obiter dicta* – убедительный авторитет или авторитет убедительности)» [Evans, P. J., 1989]. Это придает требованию его обязательности определенную «пластичность». Суд может отказаться от применения, казалось бы, обязательного для него прецедентного акта, аргументировано обосновав, что: либо в этом прецеденте наблюдается порок относимости (совокупность фактических обстоятельств в двух делах не тождественна), либо прецедентный акт в контексте рассматриваемого дела недостаточно убедителен. Популярность прецедента (когда его часто используют при принятии решений), особенно горизонтального, свидетельствует о его убедительности, что прямо пропорционально его обязательности. Если интерес к прецедентному акту угасает, он применяется все реже и реже и наконец вообще перестает применяться. Такая ситуация именуется «прецедент умер», т. е. утратил не только свое обязательное свойство, но даже и рекомендательное. Рассмотренный феномен достаточно тесно сближает судебный прецедент с обычаями права.

Свойство убедительности прецедента относится к делам, рассмотренным судами и низшей инстанции, судами коллегии или вышестоящими судами из географически других юрисдикций, а также к делам, рассмотренным в иных «параллельных юрисдикционных системах» (например, в военных, административных судах, судах коренных народов...) и даже в судебных актах иных государств. Федеральные суды в США могут считать убедительными акты, вынесенные судами штатов. Суды Великобритании вполне могут рассматривать в качестве прецедентных решения судов иных государств, если сочтут их достаточно убедительными, даже если эти решения вынесены в правовых системах, не относящихся к прецедентному праву. Решения же судов государств Содружества воспринимаются в качестве убедительного «горизонтального» прецедента (Канада, Австралия, Новая Зеландия...).

Признак убедительности понимается весьма широко, им могут обладать положения актов исполнительной или надзорной власти (так, в полномочия Генерального прокурора США входит дача «консультативных заключений по вопросам права», которые могут восприниматься судами также в качестве убедительного авторитетного источника), публичных договоров и доктринальных источников (степень убедительности аргументов обуславливается репутацией ученого и уместностью такой аргументации в конкретном случае). С точки зрения общей теории систем система прецедентного права является открытой системой, восприимчивой к внешнему воздействию и влиянию, что также сближает ее с системой обычаев права.

С 1966 года даже суд Великобритании может быть не связан своими предыдущими решениями.

*Примером выступает дело Р. против Джоджи, в котором суд пришел к выводу, что он и иные суды государства неверно применяли правовые акты в течение более полувека [Evans, P. J., 1982].*

Более того, в общем праве практикуется примечательный метод развития прецедентной базы: суд, применяя обязательный для него прецедент, в принимаемом решении аргументированно (*ratio decidendi*) обозначает проблемы убедительности (справедливости) прецедентного акта и рекомендует сторонам обжаловать его решение в апелляционную инстанцию с тем, чтобы вынесенное им решение было отменено и новым решением высшей инстанции был создан по рассматриваемой ситуации новый прецедент. Подобную ситуацию можно охарактеризовать как феномен «репродукции», который превращает общее право в органичную саморазвивающуюся систему (с точки зрения общей теории систем) [Evans, P. J., 1982].

Обращаем также внимание на то, что не каждое слово в прецедентном акте обладает признаком обязательности и формирует источник права.

В рассматриваемом аспекте представляет интерес Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации К. В. Арановского к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2016 г. № 12-П: «В прецедентном праве (*case-law*), которое упоминают Конвенция о защите прав человека и основных свобод (подпункт “b” пункта 1 статьи 28) и сам Суд (пункт 108 постановления по делу “Анчугов и Гладков против России”), принято различать два вида правовых суждений с разной степенью обязательности. “Попутно сказанное” пользуется уважением, но не сообщает о праве, и “Обязательное” для применения в деле и в предстоящих таких же делах. Стороны и сам Суд вряд ли согласны закрепощать себя на будущее каждым записанным словом и видеть в каждом из них неизменное право или бесспорный, твердый стандарт. Принципы и стилистика прецедента, на которые пробует опираться Суд, вовсе не то поощряют. Не поощряют они судью и в том, чтобы он открыто объявлял “от себя” правотворческие решения, например, с видом “общих мер”. В стиле *case-law* (по принципу *stare decisis*) судья “следует решенному” и, не притязая на сотворение нового права, берет применимое правило (*ratio decidendi*) в уже состоявшихся решениях по делам, где фактические обстоятельства существенно совпадают с разбираемым случаем и тем самым позволяют опереться на такое правило, в отличие от попутно сказанных, отвлеченных и потому необязательных суждений»<sup>1</sup>.

Система прецедентного права демонстрирует сочетание двух типов прецедента:

- «*вертикальный прецедент*» предполагает обязательное применение (за исключением ранее описанных ситуаций, а также в случае явного противоречия закону, что в основном имеет место при изменении закона, когда прецедентный акт в момент его принятия полностью соответствовал закону, но закон впоследствии был изменен – прецедент не должен проти-

<sup>1</sup> Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2016. № 5. С. 44.

воречить закону) прецедентных актов вышестоящих инстанций; при этом решения апелляционных судов не являются обязательными для местных судов, которые подчиняются другому апелляционному суду, т. е. территориальная подсудность имеет юридическое значение (в данном правиле отчетливо прослеживается территориальное свойство прецедента, что достаточно тесно сближает его с обычаем права);

• «горизонтальный прецедент» носит рекомендательный характер предполагает право суда сослаться на решения других судов, не являющихся для него вышестоящей инстанцией, если сочтет их выводы убедительными и аргументированными, а обращение к ним необходимым в рассматриваемом деле; «горизонтальный прецедент» предполагает, что его выводы хотя и не обязательны для судов равного статуса, но требуют к себе уважения [Alexander, L., 1989; Rombauer, M. D., 1978].

Практикуются различные варианты реагирования суда на прецедентный акт:

– решение о применении прецедента – при вертикальном прецеденте, если он имеет обязательную силу;

– решение о принятии прецедента к сведению – при горизонтальном прецеденте в силу его убедительности;

– решение об отличии прецедентного акта (порок относимости), когда фактические обстоятельства дела существенно отличаются от тех, которым была дана оценка в прецедентном акте; необходимо иметь в виду, что вышестоящая инстанция, столкнувшись с отклонением ее прецедентного акта нижестоящей инстанцией и сочтя такое действие недостаточно убедительным, может принять решение о «непозволительной судебной активности», что в судебском сообществе рассматривается крайне негативно; требование относимости прецедентов прежде всего предполагает тождество фактов и событий в прецедентном акте и в рассматриваемом деле; но одно и то же количество аналогичных фактов и событий, в зависимости от их последовательности и иных обстоятельств, могут формировать совершенно разные юридические ситуации (в данном случае от перемены мест слагаемых сумма меняется); к допустимой активности суда относится правомочие отказа от обязательного прецедента по мотиву нетождественной юридической оценки ситуации при тождественном наборе фактов и событий; если определенный прецедент «отличается» достаточно часто, то вышестоящий суд, в свое время принявший его, может рассмотреть вопрос о его отмене;

– решение об изменении прецедента – когда суд, принявший прецедентный акт, в дальнейшем по собственной инициативе или по распоряжению вышестоящей инстанции частично изменяет текст данного прецедентного акта;

– решение об отклонении прецедента (порок допустимости), когда суд, принявший прецедентный акт, или суд более высокой инстанции при апелляционном пересмотре прецедентного акта или при рассмотрении иных дел с аналогичным фактическим составом явно несправедлив или противоречит букве или духу закона [Kmiec, K., 2004].



Даже вертикальный/обязательный прецедент может быть отклонен или выделен (решение об отличии) по следующим «исключительным обстоятельствам» (принцип «закона случая»):

- когда в текущем судебном разбирательстве оценке подлежит существенно иной комплекс доказательств,
- когда после принятия прецедентного акта изменился закон,
- когда прецедентный акт явно ошибочен и обращение к нему может привести к вынесению явно несправедливого решения.

Требование относимости прецедента означает, что:

- вопрос, разрешенный в прецедентном деле, совпадает с вопросом, подлежащим разрешению в рассматриваемом деле,
- разрешение этого вопроса было необходимо для рассмотрения прецедентного дела;
- существенные факты, которым дана юридическая оценка в прецедентном деле, также представлены и в рассматриваемом деле,
- в рассматриваемом деле не фигурирует никаких дополнительных фактов, которые могли бы рассматриваться как существенные [Rombauer, M. D., 1978].

Представляется целесообразным уделить внимание такому институту общего права, как «*super stare decisis*», используемому для обозначения прецедента, который в силу особого значения устойчив или невосприимчив к отмене независимо от соответствия его закону, справедливости и фактическим обстоятельствам дела. Он встречается крайне редко и имеет характер исключения из общего правила. Рассмотренный феномен также сближает судебный прецедент с обычаем права: в различных социумах в различные времена и на разных территориях нередко встречаются «нелогичные» обычаи, которые применяются просто в силу традиции (как дань уважения к культурному наследию), и никому в голову не приходит их отменять, по крайней мере до тех пор, пока следование им не становится социально опасным.

Закономерным является вопрос: как быть, когда прецедент по конкретному случаю отсутствует (например, при новизне ситуации или правовой базы)? Действует принцип, именуемый «вопросом первого впечатления» («случай первого впечатления» – *primae impressionis* (лат.)), – для обоснования решения используется множество методов логического, семантического, аксиологического, исторического, формально-юридического толкования, компаративный системный синтез и анализ, востребованными являются и доктринальные источники; но над всем этим арсеналом средств и методов доминирует чувство справедливости самого судьи. Рассмотренное свойство прецедента также сближает его с правовым обычаем: когда нет подходящего обычая, вопрос решается по справедливости.

Аккумулируя изложенное, можно сформулировать следующие промежуточные выводы исследования:

- судебный прецедент – не самостоятельная форма права, а производная от статутного права, основная его функция – толкование нормы права;

- имманентно являясь формой реализации индивидуального регулирования правоотношений, он приобретает свойство правового регулирования в силу множественного повторения, т. е. рецептируя функцию правового обычая; более того, можно полагать, что судебный прецедент – не самостоятельный источник и форма права, а один из видов толкования права (статута);

- имея множество точек соприкосновения и сближения с правовым обычаем, судебный прецедент является равнопорядковым ему явлением, в связи с чем вполне возможны их взаимодействие и диффузия.

Логична постановка следующего вопроса: возможна ли коррекция обычая права судебным прецедентом, а если возможна, то каковы ее пределы? Наиболее ярким является пример обычаев военно-морского флота Великобритании. В силу того, что Англия до середины XX в. претендовала на титул «королевы морей», «Custom of the sea» (обычай моря) также претендовали на международный статус (так, Свод Адмиралтейства / «Admiralty law» и ныне рассматривается в качестве свода общепризнанных принципов международного права). А к морским обычаям права Соединенного Королевства относилось решение проблемы выживания при кораблекрушении (когда очевидна угроза голодной смерти) посредством акта каннибализма.

Решение команды на реализацию этого обряда должно было быть единогласным. Старший по званию морской офицер (при отсутствии такового – старший по стажу службы во флоте матрос) брал на себя функцию арбитра и организовывал два жребия: а) кого из выжившей команды определить для съедения остальными, б) кого определить исполнителем этого ритуала (палачом/поваром). После чего определенный жребием человек умерщвлялся (способ причинения смерти предписывался «перерезание горла»), и остальные члены команды были спасены от голодной смерти. При необходимости этот ритуал повторялся до устранения опасности голода или до спасения терпящей бедствие команды. Решалась проблема не только голода, но и жажды – кровь жертвы тщательно собиралась и выпивалась. Весьма «прагматичный» подход: причинение смерти одному при отсутствии иных способов устранения опасности спасало жизни многих. Декларировалось, что подобные случаи подпадают под действие древнего уголовно-правового института крайней необходимости<sup>2</sup>.

Имеют место два вида каннибализма: 1) трупоедение (поедание трупа умершего человека, когда каннибалы не причастны к смерти поедаемого), 2) убийство с целью каннибализма. При всем неприятии в силу очевидной аморальности любой формы проявления этого негативного явления уголовно-правовым значением обладает вторая его форма. Именно она и будет предметом дальнейшего правового анализа.

### **Результаты исследования**

В качестве примера для юридического анализа избрано дело о крушении яхты «Резеда».

---

<sup>2</sup> В действующем отечественном уголовном законе он предусмотрен ст. 39 УК РФ.

5 июля 1884 г. 16-метровая яхта «Резеда» рейсом из Саутгемптона в Сидней достигла мыса Доброй Надежды, где встретилась с так называемой «волной-убийцей» (одинокая волна, высотой достигающая до 30 метров, природа которой неизвестна и поныне, может возникать внезапно даже в штиль). Экипаж: капитан Том Дадли, матросы Эдвин Стивенс и Эдмунд Брукс, 17-летний юнга Ричард Паркер. Яхта получила сильные повреждения и начала тонуть. Экипаж спасся на шлюпке, в которой был минимальный запас провизии (2 банки консервированного турнепса) и воды. Удалось поймать морскую черепаху. 15 июля запасы провизии и воды закончились. Пять дней команда существовала без еды и воды. От потребления морской воды Паркер впал в бессознательное состояние. 21 июля капитан предложил тянуть жребий на предмет каннибализма. За Паркера выбор делал Стивенс, и тому выпал роковой жребий. Капитан прочитал молитву и перерезал яремную вену Паркера перочинным ножом, Стивенс в это время держал жертву за ноги. В дальнейшем все трое пили кровь убитого и ели его плоть.

29 июля шлюпку спас германский корабль. Улики были очевидны: объединенный труп Паркера и Дадли, Стивенс, Брукс в запекшейся крови. Тело Паркера погребли в море. Спасенных в Фалмуте передали властям. Фалмутский судья отказался выносить решение по этому делу, поскольку выносить оправдательный приговор представлялось явно несправедливым, а обвинительный противоречил бы морским обычаям. Дело стало резонансным, все его детали подробно освещались в прессе. Общественное мнение разделилось. Даже старший брат съеденного Паркера, старый матрос военного флота, оправдывал обвиняемых. Досудебное разбирательство вел сам министр внутренних дел Уильям Харкорт, разъяснение по правовым вопросам давали Генеральный прокурор Генри Джеймс и Генеральный солиситор Феррар Хершелл. Дело к своему производству принял высший суд первой инстанции по уголовным делам – Королевский Суд Англии и Уэльса под председательством Главного судьи лорда Колриджа.

Дадли и Стивенсу предъявили обвинение в преднамеренном убийстве. Брукс участвовал в процессе в качестве свидетеля. Факт каннибализма был выведен за пределы юридической оценки. 12 декабря суд вынес приговор: обоим по полгода тюрьмы с учетом времени, проведенного под арестом. Прецедентная практика по преднамеренным убийствам не знала такого мягкого наказания. Прецедент был создан по правилу «случая первого впечатления»: «даже чрезвычайные обстоятельства не оправдывают умышленное убийство». Оправдание убийства не сочли возможным ни по положениям статутного права, ни по прецедентному праву, ни по требованиям этики и морали. Было отмечено, что рассматриваемый морской обычай может быть «юридическим прикрытием для необузданной страсти и жестокого преступления»<sup>3</sup>. Освобождение осужденных состоялось 20 мая 1885 г. Данный акт декларируется как отмена морского правового обычая прецедентом [Williams, G., 1977, p. 94]. Очевидно, что обычай права был изменен и дополнен с учетом возникновения новых правоотношений и получил закрепление посредством издания судом акта правоприменения.

<sup>3</sup> Дело «Р. против Дадли и Стивенса» (1884 14 QBD 273 DC) 14 QBD 273, округ Колумбия.

При рассмотрении дела были исследованы на предмет относимости, приемлемости и убедительности ряд прецедентных актов (прецедентная база дела).

1) *Дело о крушении «Эссекса» Р. Против Дж. Полларда-младшего»* [Simpson, B. A. W., 1984].

*В 1820 году в южных широтах Тихого океана (в 3700 км к западу от Южной Америки) китобойное судно «Эссекс» (капитан – Джон Поллард-младший) было атаковано кашалотом, получило повреждение и затонуло. Команда спаслась на трех шлюпках. По мотивам этих событий Г. Мелвилл написал свой бестселлер «Моби Дик – белый кит». Команда спаслась на трех шлюпках с двухдневным запасом воды и провизии. В 2222 км находились Маркизские острова, к которым и предлагал плыть капитан. Но, обвинив того в гибели судна, Оуэн Чейз встал во главе спасшихся матросов и настоял на походе к Южной Америке. Галсирование против пассата увеличило длину похода на 2000 км. На острове Хендерсон обнаружили источник воды и пополнили запасы питья. Но проблема голода сохранилась. Питались чайками, крабами, моллюсками. У. Райт, С. Уикс и Т. Чаппел остались на острове, другие продолжили плавание в направлении о. Пасхи. Через три дня еда вновь закончилась, и люди начали умирать от голода.*

*Лодка во главе с Оуэном Чейзом (в которой находились Р. Петерсон, А. Коул, Б. Лоуренс, М. Джой и Т. Никерсон) отделилась от двух других. М. Джой и Р. Петерсон умерли, их тела погребли в океане. После смерти А. Коула его тело оставили для еды. Когда тело А. Коула было съедено и вновь возникла угроза смерти (18 сентября), оставшиеся в живых были спасены моряками английского китобойного корабля «Индиян». В общей сложности путешествие продлилось 90 дней.*

Данный эпизод был исключен (выделен) из прецедентной базы в силу выявленного порока относимости, так как в нем были выявлены существенные обстоятельства, отличающие его от рассматриваемого дела: акт каннибализма имел место, но причинение смерти отсутствовало.

*На шлюпках под управлением Полларда и Хендрикса провизия закончилась соответственно 14 и 21 января, люди стали умирать от голода. Первым умер Т. Лоусон, было принято решение оставить его тело для питания. Аналогичная ситуация имела место и с телами умерших Ч. Шоттера, А. Шепарда и С. Рида (все они были в дальнейшем съедены). 28 января шлюпки разделились, и шлюпка под управлением Хендрикса пропала без вести. 1 февраля «провизия» вновь закончилась, и капитан Поллард принял решение тянуть жребий для определения претендента на поедание. Жребий жертвы выпал О. Коффину (который заявил, что принимает свою участь для спасения остальных, судом впоследствии этот факт был оценен как причинение вреда с согласия потерпевшего); жребий «палача» (причинителя смерти) достался Ч. Рамсделлу. Рамсделл застрелил Коффина из пистолета капитана и освежевал тело, которое было съедено остальными. 23 февраля 1821 г. оставшиеся в живых были спасены моряками французского китобойного судна «Дофин».*

Впоследствии Ч. Рамсделл был оправдан, поскольку потерпевший сам, добровольно изъявил согласие на причинение ему смерти; каждый вправе распоряжаться своей жизнью. Из данного дела первоначально был принят

к сведению лишь эпизод с убийством О. Коффина, но впоследствии и он был отклонен (выделен), поскольку имелось существенное обстоятельство, отличающее его от рассматриваемого дела, – волеизъявление жертвы на причинение ей вреда [Heffernan, T., 1990; Nickerson, T., 1984; Philbrick, N., 2001; Karp, W., 1983; Simpson, B. A. W., 1984].

2) *Дело Святого Христофора*<sup>4</sup>.

*В 1610 году семеро англичан в Карибском море отправились в плавание с острова Святого Христофора, попали в шторм и оказались без провизии и пищи в открытом море. Для спасения от смерти они добровольно бросали жребий, чтобы определить, кто своей смертью спасет остальных; после чего отмеченного жеребьевкой товарища убивали и съедали. Убит и съеден был один человек, остальные добрались до острова Святого Мартина, власти которого вернули их на остров Святого Христофора и предали суду.*

Судья их оправдал по мотиву: они следовали общепринятому обычаю моря, а «преступление смыто неизбежной необходимостью». Примечательно, что эти события были впервые изложены не в юридических документах или доктринальных правовых источниках, а в медицинском справочнике 1884 г., откуда и попали в прецедентную базу. Данный акт был принят к сведению при рассмотрении текущего дела. Факту причинения вреда с согласия потерпевшего не была дана юридическая оценка.

3) *Дело Дж. Арчера*. Данный сюжет послужил основанием для написания рассказа Джозефа Конрада «Линия теней».

*9 августа 1874 г. потерпело крушение судно «Эвксин». Под управлением второго помощника капитана корабля Джеймса Арчера на шлюпке спаслись семеро матросов. 31 августа шлюпка была спасена, пять моряков были высажены на Батавия-роуд, где британский консул У. Дж. Фрейзер инициировал расследование по этому делу. После спасения Дж. Арчер признался в том, что для спасения экипажа шлюпки от голодной смерти с согласия всех членов экипажа им был организован жребий на определение кандидата на съедение. Жребий выпал Френсису Шуффусу. Жребий палача выпал Августу Мюллеру; поскольку тот испытывал серьезное волнение, Дж. Арчеру пришлось помогать ему в жестокой миссии. Вдвоем они убили и разделали Ф. Шуффуса.*

По настоянию Министерства Великобритании по делам колоний дело было передано в Сингапур, и генеральный прокурор Сингапура Т. Бредделл принял его к своему производству. Первая судебная инстанция была проведена в Сингапуре, а апелляция – в Лондоне. Параллельно с судебным процессом лордом Дж. Ф. Стивенсом был инициирован законопроект об освобождении от уголовной ответственности за убийство. Но именно с перипетиями из-за судебного разбирательства рассмотрение законопроекта зашло в тупик. Судебный акт был в высшей мере оригинален: подсудимые были признаны виновными в предумышленном убийстве, им было назначено чрезвычайно

<sup>4</sup> Обычай моря. URL: [https://translated.turbopages.org/proxy\\_u/en-ru.ru.a73a3949-63047c18-ae714917-74722d776562/https/en.wikipedia.org/wiki/Custom\\_of\\_the\\_sea](https://translated.turbopages.org/proxy_u/en-ru.ru.a73a3949-63047c18-ae714917-74722d776562/https/en.wikipedia.org/wiki/Custom_of_the_sea).



мягкое наказание – по 2 года каторги, а в самом приговоре была прописана рекомендация: в связи с чрезвычайными обстоятельствами подать ходатайство о помиловании. Рекомендация была выполнена, ходатайство подано, осужденные помилованы. В итоге подсудимые были признаны виновными в убийстве, но освобождены от наказания [Hanson, N., 1999].

«Убедительная ценность» такого прецедентного акта в контексте рассматриваемого дела близка к нулю.

#### 4) Дело «США против Холмса» (1842)<sup>5</sup>.

*В 1841 году после столкновения с айсбергом затонул американский корабль «Уильям Браун». Члены экипажа во главе с Ч. Холмсом и несколько пассажиров спаслись на шлюпке. Матросы решили, что шлюпка перегружена, и сбросили в море 16 пассажиров, которые погибли в ледяной воде. Через неделю шлюпка была спасена, а Холмс был предан суду в г. Филадельфия по обвинению в преднамеренном убийстве.*

Жюри присяжных переqualificировало содеянное на непредумышленное (неосторожное) причинение смерти, хотя присяжные и были проинструктированы председательствующим суда о том, что должны сделать выбор: имело место предумышленное убийство или смерть была результатом крайней необходимости. Присяжные пришли к третьему варианту решения, посчитав, что оправдание необходимостью может быть лишь при полной безупречности обвиняемого, у убийцы не должно быть никаких предшествующих событию преступления обязательств перед жертвой. Виновному было назначено наказание в виде тюремного заключения сроком на шесть месяцев и штрафа в сумме 20 долларов. Прочим членам экипажа обвинение не предъявлялось ввиду того, что они действовали по приказу. Несмотря на отсутствие случая каннибализма, причинение смерти при кораблекрушении для собственного спасения все-таки присутствовало. Прецедент сочли вполне относимым и применимым при рассмотрении настоящего дела, а обычай права подвергся изменению [Smith, J. C., 1989].

### Заключение

Проведенный правовой анализ позволяет сформулировать следующие выводы.

1. Дело о крушении яхты «Резеда» в юридической литературе позиционируется как пресечение правового обычая военно-морского флота Великобритании в рамках института крайней необходимости при бедственном положении на море осуществления акта каннибализма посредством формирования соответствующей прецедентной практики. Такая оценка представляется несостоятельной, поскольку:

– юридическому анализу подлежал факт предумышленного убийства, сам по себе акт каннибализма выведен за пределы правовой оценки; таким образом, правовой обычай совершать акт каннибализма в форме тру-

<sup>5</sup> *United States v. Holmes*. 1 Wall Jr. 1. Circuit Ct. E. D. Penn. April 22, 1842.

поедения в случае бедствия на море в британском правовом поле формально существует и поныне;

– квалификация в резолютивных частях приговоров подобных случаев каннибализма как проявления института крайней необходимости практически не встречается (хотя в судебных прениях эта тема постоянно обсуждается), применяется институт «причинения вреда с согласия потерпевшего» или преступление переквалифицируется на неосторожное причинение смерти (при наличии явных признаков умысла) с назначением минимального размера наказания, явно не соответствующего прецедентной практике по данной категории дел; активно применяется институт помилования.

**2.** Великобритания в XVIII–XIX вв. позиционировала себя как «законодательницу» в сфере морского права и придавала своим правовым актам и правовым обычаям свойство экстерриториальности с отчетливой претензией на международный характер. Из изложенного следует, что:

– правовой обычай и судебный прецедент имеют множество «точек соприкосновения» и тождественных признаков, что предполагает возможность их взаимодействия, но не в рассматриваемом случае;

– и правовой обычай, и судебный прецедент обладают свойством территориальности; однако правовой морской обычай применялся в соответствии с принципом экстерриториальности – во всех морях и океанах, судебный же прецедент жестко «привязан» к территориальной подсудности конкретных судов; таким образом, имеет место территориальное несовпадение сфер регулирования прецедента и обычая, в силу чего прецедент не может корректировать обычай;

– обязательная/убедительная сила правового обычая и судебного прецедента пропорциональна их «популярности» (востребованности практикой, повторяемости); как показало проведенное исследование, абсолютное большинство судебных актов по предмету нашего научного анализа демонстрирует «автономность» и признать единообразие судебной практики по данному вопросу невозможно; следовательно, и по этому основанию судебный прецедент не может корректировать правовой обычай;

– с позиции правовой природы «горизонтального» прецедента судебные акты приобретают «убедительное» значение для последующих судебных разбирательств в силу значимости их аргументации и обоснования; мы же наблюдаем настолько серьезное расхождение и алогичность правовых позиций в рассмотренных судебных актах, что говорить об убедительной силе прецедентных актов не приходится;

– взаимодействие правового обычая и судебного прецедента демонстрирует следующее положение вещей: при принятии решения суд может и обязан руководствоваться правовыми обычаями (особенно наглядно это проявляется в деятельности, например, Международного Суда ООН), но обратная связь в данном случае отсутствует – решение суда не может отменить обычай; обычай складывается исторически-естественным путем; лишь систематическая множественная повторяемость судебных решений по юридически тождественным делам в рамках прецедентного права может порождать со временем правовой обычай; но это явление факта, а не результат чьего-то волевого действия;

– обычай права и судебный прецедент имеют различную природу, в силу чего объективно первый не может быть «отменен» вторым.

Изложенное позволяет сделать *общий вывод*: никакого пресечения правового обычая военно-морского права, регулирующего правоотношения крайней необходимости при бедствии на море, посредством судебного прецедента в действительности не было и не могло быть по объективным причинам. Правовой же обычай поедания себе подобных при кораблекрушении формально не отменен (по своей природе обычай и не может быть отменен), он пребывает в стадии «угасания», однако о полном его отмирании говорить пока преждевременно.

### Список источников

- Абчук В. А. Теория риска в морской практике. Л. : Судостроение, 1983. 150 с.
- Апенченко Ю. Обычай и закон. Как они уживаются // Юридический вестник. 1996. № 10. С. 24–32.
- Арямов А. А. Правомерное причинение вреда. Челябинск : Изд-во Т. Лурье, 2004. 340 с.
- Белов В. В. Торговые обычаи как источник международного торгового права: содержание и применение // Правоведение. 2013. № 1. С. 58–107.
- Бойцов Ф. С., Иванов Г. Г., Маковский А. Л. Морское право. М. : Транспорт, 1985. 261 с.
- Венгеров А. Б. О прецеденте толкования правовой нормы // Ученые записки ВНИИСЗ. 1966. Вып. 5. С. 3–18.
- Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений : моногр. М. : РГУП, 2018. 628 с. ISBN: 978-5-93916-631-7.
- Ершов В. В. Регулирование правоотношений. М. : РГУП, 2020. 564 с. ISBN: 978-5-93916-840-3.
- Иеринг Р. Борьба за право. СПб. : И. Юровский, 1908. 96 с.
- Никуленко В. О. Прецедентное, непрецедентное и беспрецедентное право. 2017. URL: [https://www.ukt.ru/services/legal\\_services/international\\_law/kik/likbez/right.html](https://www.ukt.ru/services/legal_services/international_law/kik/likbez/right.html).
- Ровный В. В. Обычай в современном обороте // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права / под ред. В. Ф. Попандупуло, О. Ю. Скворцова. М. : Волтерс Клувер, 2005. С. 176–194. ISBN: 5-466-00128-7.
- Скаридов А. С. Морское право. М. : Юрайт, 2020. 647 с. ISBN: 978-5-9916-1787-1.
- Федоров А. Ф. Морское право. Одесса : Изд-во Новорос. ун-та, 1913. 412 с.



- Alexander L. Constrained by precedent // *Southern California Law Review*. 1989. Vol. 63, no. 1. P. 1–64.
- Evans P. J. The Status of Rules of Precedent // *Cambridge Law Journal*. 1982. Vol. 41, issue 1. P. 162–179. DOI: 10.1017/S0008197300107901.
- Hanson N. The custom of the sea: a shocking true tale of shipwreck, murder and the last taboo. London : Times Literary Supplement, 1999. 336 p.
- Heffernan T. Stove by a whale: Owen Chase and the Essex. Middletown : Wesleyan University Press, 1990. 288 p. ISBN-10: 0819562440, ISBN-13: 978-0819562449.
- Karp W. The Essex Disaster // *American Heritage*. 1983. Vol. 34, issue 3. P. 7–15.
- Kmiec K. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism” // *California Law Review*. 2004. Vol. 92, no. 5. P. 1441–1477. DOI: 10.2307/3481421.
- Nickerson T. The loss of the ship Essex sunk by a whale and the ordeal of the crew in open boats. Nantucket : Nantucket Historical Assoc, 1984. 87 p.
- Pattinson Sh. D. The Human Rights Act and the doctrine of precedent // *Legal Studies*. 2015. Vol. 35, no. 1. C. 142–164. DOI: 10.1111/lest.12049.
- Philbrick N. In the heart of the sea: The tragedy of the whaleship Essex. New York : Penguin Books, 2001. 320 p. ISBN: 0-14-100182-8.
- Rombauer M. D. Legal problem solving: Analysis, research, and writing. 3rd ed. Washington : West Pub. Co, 1978. 97 p. ISBN: 0-8299-2002-1.
- Simpson B. A. W. Cannibalism and the common law: the story of the tragic last voyage of the Mignonette and the strange legal proceedings to which it gave rise. Chicago : University of Chicago Press, 1984. 198 p. ISBN: 978-0-226-75942-5.
- Smith J. C. Justification and excuse in the criminal law // *The Hamlyn lectures*. Sweet & Maxwell, 1989. P. 215–263. ISBN: 978-0420478207.
- Williams G. Commentary on R. v. Dudley and Stevens // *Cambrian Law Review*. 1977. Vol. 8. P. 94.

### References

- Abchuk, V. A., 1983. *Teoriya riska v morskoy praktike* = [Risk theory in maritime practice]. Leningrad: Sudostroenie. 150 p. (In Russ.)
- Alexander, L., 1989. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, 63(1), pp. 1–64.
- Apenchenko, Yu., 1996. [Custom and law. How they get along]. *Yuridicheskij vestnik* = [Legal Bulletin], 10, pp. 24–32. (In Russ.)
- Aryamov, A. A., 2004. *Pravomernoe prichinenie vreda* = [Lawful infliction of harm]. Chelyabinsk: Lurie Publishing House. 340 p. (In Russ.)
- Belov, V. V., 2013. [Trade usages as sources of international trade law: content and application]. *Pravovedenie* = [Jurisprudence], 1, pp. 58–107. (In Russ.)

- Boitsov, F. S., Ivanov, G. G., Makovsky, A. L., 1985. *Morskoe pravo* = [Maritime law]. Moscow: Transport. 261 p. (In Russ.)
- Ershov, V. V., 2018. *Pravovoe i individual'noe regulirovanie obshchestvennyh otnoshenij* = [Legal and individual regulation of public relations]. Monograph. Moscow: Russian State University of Justice. 628 p. ISBN: 978-5-93916-631-7. (In Russ.)
- Ershov, V. V., 2020. *Regulirovanie pravootnoshenij* = [Regulation of legal relations]. Moscow: Russian State University of Justice. 564 p. ISBN: 978-5-93916-840-3. (In Russ.)
- Evans, P. J., 2009. The Status of Rules of Precedent. *Cambridge Law Journal*, 41(1), pp. 162–179. DOI: 10.1017/S0008197300107901.
- Fedorov, A. F., 1913. *Morskoe pravo* = [Maritime law]. Odessa: Publishing House of the Novorossiysk University. 412 p. (In Russ.)
- Hanson, N., 1999. *The custom of the sea: a shocking true tale of shipwreck, murder and the last ta-boo*. London: Times Literary Supplement. 336 p.
- Heffernan, T., 1990. *Stove by a whale: Owen Chase and the Essex*. Middletown: Wesleyan University Press. 288 p. ISBN-10: 0819562440, ISBN-13: 978-0819562449.
- Ihering, R., 1908. *Bor'ba za parvo* = [The struggle for the right]. St. Petersburg: Publishing House of I. Yurovsky. 96 p. (In Russ.)
- Karp, W., 1983. The Essex Disaster. *American Heritage*, 34(3), pp. 7–15.
- Kmiec, K., 2004. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, 92(5), pp. 1441–1477. DOI: 10.2307/3481421.
- Nickerson, T., 1984. *The loss of the ship Essex sunk by a whale and the ordeal of the crew in open boats*. Nantucket: Nantucket Historical Society. 87 p.
- Nikulenko, V. O., 2017. *Precedentnoe, ne precedentnoe i besprecedentnoe parvo* = [Precedent, non-precedent and unprecedented law]. URL: [https://www.ukt.ru/services/legal\\_services/international\\_law/kik/likbez/right.html](https://www.ukt.ru/services/legal_services/international_law/kik/likbez/right.html). (In Russ.)
- Pattinson, Sh. D., 2015. The Human Rights Act and the doctrine of precedent. *Legal Studies*, 35(1), pp. 142–164. DOI: 10.1111/last.12049.
- Philbrick, N., 2001. *In the heart of the sea: The tragedy of the whaleship Essex*. New York: Penguin Books. 320 p. ISBN: 0-14-100182-8.
- Rombauer, M. D., 1978. *Legal problem solving: Analysis, research, and writing*. 3rd ed. Washington: West Pub.Co. 97 p. ISBN: 0-8299-2002-1.
- Rovny, V. V., 2005. [Custom in modern circulation]. In: V. F. Popandopulo, O. Yu. Skvortsova, eds. *Aktual'nye problemy nauki i praktiki kommercheskogo prava* = [Actual problems of science and practice of commercial law]. Moscow: Wolters Kluwer. Pp. 176–194. (In Russ.) ISBN: 5-466-00128-7.
- Simpson, B. A. W., 1984. *Cannibalism and the common law: the story of the tragic last voyage of the Mignonette and the strange legal proceedings*

*to which it gave rise*. Chicago: University of Chicago Press. 198 p. ISBN: 978-0-226-75942-5.

Skaridov, A. S., 2020. *Morskoe pravo* = [Maritime law]. Moscow: Yurayt. 647 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-9916-1787-1.

Smith, J. C., 1989. Justification and excuse in the criminal law. *The Hamlyn lectures*. Sweet & Maxwell. Pp. 215–263. ISBN: 978-0420478207.

Vengerov, A. B., 1966. [On the precedent of interpretation of a legal norm]. *Uchenyye zapiski VNIISZ* = [Scientific notes of All-Union Research Institute of Soviet Legislation], 5, pp. 3–18. (In Russ.)

Williams, G., 1977. Commentary on R. v. Dudley and Stevens. *Cambrian Law Review*, 8.

### **Информация об авторе / Information about the author**

**Арямов Андрей Анатольевич**, доктор юридических наук, профессор, проректор по научной работе Российского государственного университета правосудия (Российская Федерация, 117418, Москва, ул. Новочеремуш-кинская, д. 69).

**Andrey A. Aryamov**, Dr. Sci. (Law), Professor, Vice-Rector for Research of the Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6626-7734>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.  
The author declares no conflict of interest.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 19.09.2022; дата одобрения после рецензирования: 05.10.2022; дата принятия статьи к опубликованию: 10.10.2022.

Submitted: 19.09.2022; reviewed: 05.10.2022; revised: 10.10.2022.

Научная статья

УДК 341.64

DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.36-51



# Право быть забытым: поиск необходимого баланса

**Тигран Давидович Оганесян**

*Дипломатическая академия., МИД России, Москва, Российская Федерация*  
*t.oganesian@mail.ru*

## **Аннотация**

*Введение.* Право быть забытым представляет собой право отдельных лиц исключать, ограничивать или удалять ссылки и личную информацию в интернете. Это право было подчеркнуто в 2014 г. Судом ЕС в постановлении по делу «Google Spain».

*Теоретические основы. Методы.* В фокусе статьи находятся теоретические и практические аспекты, пожалуй, самого сложного вопроса реализации права быть забытым – поиска необходимого баланса прав между правом на уважение частной жизни и правом на свободу выражения мнения. Статья выполнена на основе методов анализа, формально-юридического, системно-правового, сравнительно-правового методов и метода толкования права.

*Результаты исследования.* Изначально зародившееся как право «забыть свое криминальное прошлое», право быть забытым с развитием интернета получило новую жизнь. Анализируются доктринальные позиции, согласно которым реализация права быть забытым может привести к цензуре интернета. Отмечается, что при неправильном сбалансировании конкурирующих прав право быть забытым может привести к необоснованной цензуре в интернете. Особое внимание уделено правовым позициям Суда ЕС, который в 2014 г. в постановлении по делу «Google Spain» впервые на международном уровне закрепил некоторые критерии установления необходимого баланса. Приведены примеры прецедентной практики Итальянского агентства по защите данных, Европейского Суда по правам человека, Суда ЕС, а также позиции международных правозащитных организаций по вопросам установления баланса между правом быть забытым и свободой выражения мнения.

Отмечается, что европейские страны по-прежнему нуждаются в совершенствовании законодательства, особенно в части установления баланса между свободой выражения мнения и правом быть забытым. Пока не сформируется последовательная практика национальных судов, Суда ЕС и ЕСПЧ (которые играют решающую роль в предоставлении рекомендаций и установлении нужных стандартов при рассмотрении дел, связанных с правом быть забытым), право быть забытым продолжит оставаться «непредсказуемым» правом.

*Обсуждение и заключение.* В качестве выводов автор указывает, что право быть забытым и свобода выражения мнения имеют одинаковый вес в Европе. При этом поиск необходимого баланса интересов всегда будет оставаться

спорным и сложным процессом, зависящим от обстоятельств рассматриваемого дела.

**Ключевые слова:** право быть забытым, право на забвение, защита данных, Google, Суд Европейского союза, Европейский Суд по правам человека, интернет

**Для цитирования:** Оганесян Т. Д. Право быть забытым: поиск необходимого баланса // Правосудие/Justice. 2022. Т. 4, № 4. С. 36–51. DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.36-51.

## Original article

# The Right to be Forgotten: Finding the Necessary Balance

**Tigran D. Oganessian**

*Diplomatic Academy, Ministry of Foreign Affairs of Russia, Moscow, Russian Federation*

*For correspondence: t.oganesian@mail.ru*

## Abstract

*Introduction.* The right to be forgotten is the right of individuals as regards their digital presence on the internet and databases to exclude, restrict or delete links and personal information. This right was particularly emphasized in 2014 by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in a judgement in the Google Spain case.

*Theoretical Basis. Methods.* Originally originated as the right to “forget your criminal past”, the right to be forgotten with the development of the Internet has received a new life. The article focuses on the theoretical and practical aspects of perhaps the most difficult issue of realising the right to be forgotten. This is finding the necessary balance of rights between the right to respect for privacy and the right to freedom of expression.

*Results.* The article analyses the doctrinal positions according to which the realisation of the right to be forgotten can lead to censorship of the Internet. It is noted that if competing rights are not properly balanced, the right to be forgotten can lead to unjustified censorship on the Internet. Particular attention is paid to the legal positions of the CJEU, which in its 2014, in ruling in the Google Spain case, for the first time at the international level, fixed some criteria for establishing the necessary balance. Examples of the case-law of the Italian Data Protection Agency, the European Court of Human Right (ECtHR), the CJEU, as well as the positions of international human rights organisations on the issues of establishing a balance between the right to be forgotten and freedom of expression are given.

It is noted that European countries still need to improve their legislation, especially in terms of establishing a balance between freedom of expression and the right to be forgotten. Until a consistent practice of national courts, the CJEU and the ECtHR is formed (which play a crucial role in providing recommendations and setting the necessary standards when considering cases related to the right to be forgotten), the right to be forgotten will continue to remain an “unpredictable” right.

*Discussion and Conclusion.* The author points out that the right to be forgotten and freedom of expression have equal weight in Europe. The search for the necessary balance of interests will always remain a controversial and complex process, depending on the circumstances of the case under consideration.

**Keywords:** the right to be forgotten, the right to be forgotten, data protection, Google, Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights, Internet

**For citation:** Oganesyana, T. D., 2022. The right to be forgotten: finding the necessary balance. *Pravosudie/Justice*, 4(4), pp. 36–51. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.36-51.

**П**остановление Суда Европейского союза (далее – Суд ЕС) по делу «*Google Spain*»<sup>1</sup> от 13 мая 2014 г., впервые закрепившее право быть забытым (*right to be forgotten*) на международном уровне, вызвало жаркие споры среди сторонников и противников права быть забытым. В основе обсуждения в первую очередь лежит вопрос, как сбалансировать право на уважение частной жизни, частью которого является право быть забытым, и право на свободу выражения мнения в цифровую эпоху. Необходимость поиска баланса между правом на уважение частной жизни и свободой выражения мнения в интернете – не искусственно сконструированная проблема, а важный вопрос, волнующий многих исследователей и правоприменителей.

Право быть забытым изначально рассматривалось как право, которое позволяет осужденному преступнику, отбывшему свой срок, требовать «забыть» его прошлое, чтобы снова стать частью общества [Bernal, P., 2011]. В настоящее время право быть забытым подразумевает возможность лица требовать исключения данных из списка результатов поисковой системы в интернете.

Право на свободу выражения мнения защищает свободный поток информации, мнений и идей, подразумевающих право не только передавать, но и искать и получать информацию. Свобода выражения мнения давно признана основополагающей ценностью как для автономии личности, так и для общества в целом. Право на свободу выражения мнения признается практически во всех национальных конституциях и в большинстве международных договоров в области прав человека, включая Всеобщую Декларацию прав человека (ст. 19), Международный пакт о гражданских и политических правах (ст. 19), Африканскую хартию прав человека и народов (ст. 9), Американскую конвенцию о правах человека (ст. 13) и Европейскую конвенцию о правах человека (ст. 10).

В замечании общего порядка № 34 Комитет ООН по правам человека подтвердил, что свобода выражения мнения имеет важное значение для осуществления других прав человека, и подчеркнул, что ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. защищает все формы выражения мнений и средства их распространения, включая все электронные средства<sup>2</sup> (т. е. свобода выражения мнения защищена в

<sup>1</sup> CJEU. *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*. 13.05.2014. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131> (дата обращения: 10.01.2022).

<sup>2</sup> HR Committee, General Comment No. 34, CCPR/C/GC/34, adopted on 12 September 2011, para 12. URL: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf> (дата обращения: 10.01.2022).



интернете так же, как и в автономном режиме). В то же время Конвенция ЮНЕСКО 2005 г. об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения говорит, что свобода мысли, выражения и информации, а также разнообразие средств массовой информации позволяют формам культурного самовыражения процветать в обществах, и призывает побуждать отдельных лиц и социальные группы создавать, производить, распространять, распределять и иметь доступ к своим собственным формам культурного самовыражения<sup>3</sup>.

Рекомендация Комитета министров Совета Европы (далее – КМСЕ) о защите прав человека в отношении поисковых систем от 4 апреля 2012 г. подчеркивает важность поисковых систем для облегчения доступа к интернет-контенту и обеспечения полезности Всемирной паутины для общечеловеческой ответственности. КМСЕ считает необходимым, чтобы поисковые системы могли свободно изучать и индексировать информацию, которая доступна в интернете и предназначена для массового распространения. В Рекомендации отмечается также, что действия поисковых систем могут, однако, повлиять на свободу выражения мнения и право искать, получать и распространять информацию, а также на право на уважение частной жизни и защиту персональных данных из-за распространенности поисковых систем и их способности проникать и индексировать контент, который хотя и в публичном пространстве, но не предназначался для массовой коммуникации<sup>4</sup>.

Вступивший в действие в 2018 г. Общий регламент защиты персональных данных ЕС также предусматривает обязательство балансировать право быть забытым с другими конкурирующими правами. В соответствии с п. 2 ст. 17 право быть забытым не применяется в той мере, в какой обработка персональных данных необходима для осуществления права на свободу выражения мнения<sup>5</sup>.

Однако свобода выражения мнения не является абсолютной.

### **Теоретические основы. Методы**

Теоретическую основу статьи составляют вопросы, связанные с реализацией права быть забытым, а именно поиск необходимого баланса прав между правом на уважение частной жизни и правом на свободу выражения мнения. Методологической базой исследования послужили общенаучные

---

<sup>3</sup> Конвенция об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения. Принята 20 октября 2005 г. Генеральной конференцией Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/cultural\\_expression.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cultural_expression.shtml) (дата обращения: 10.01.2022).

<sup>4</sup> Рекомендация CM/Rec (2012) 3 Комитета министров государствам-членам о защите прав человека в отношении поисковых систем (принята Комитетом министров 4 апреля 2012 г. на 1139-м заседании заместителей министров). URL: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805caa87](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805caa87) (дата обращения: 10.01.2022).

<sup>5</sup> Общий регламент защиты персональных данных (GDPR) Европейского союза. URL: <https://gdpr-text.com/ru/> (дата обращения: 10.01.2022).

методы познания: системный метод, методы логического и структурного анализа. Кроме того, были использованы методы, присущие науке международного права: системно-юридический, сравнительно-правовой и метод толкования права. Особое значение принадлежит методу юридического анализа, позволяющему выявить закономерности и тенденции развития национальных законодательств, правовых позиций Суда ЕС и ЕСПЧ в области защиты права быть забытым.

Историко-правовой метод определяет последовательность международных и внутригосударственных правовых актов, судебной практики ЕСПЧ и Суда ЕС, регулирующих право быть забытым. Метод толкования позволяет проанализировать содержание прецедентной практики, а также иных документов в области автоматизированной обработки данных. С помощью сравнительно-правового метода рассмотрена специфика выносимых постановлений Суда ЕС и ЕСПЧ, а также законодательства отдельных стран по вопросам защиты права быть забытым.

В целом системность методологии связывается с тем, что проводимые исследования тесно увязываются с практикой, что позволяет познать реальные процессы и явления.

### **Результаты исследования**

Международные стандарты ясно дают понять, что свобода выражения мнения является правом, которое может быть ограничено при условии, что это ограничение:

- предусмотрено законом;
- преследует законные цели;
- необходимо в демократическом обществе.

В частности, требование необходимости предполагает, что принятая мера должна быть соразмерна преследуемой цели. Если менее ограничительная мера способна достичь той же цели, что и более, то должна применяться наименее ограничительная мера<sup>6</sup>. Таким образом, международное право допускает, что свобода выражения мнения может подвергаться определенным ограничениям в интересах других законных интересов.

Право быть забытым как элемент права на уважение частной жизни сталкивается со свободой выражения мнения. Некоторые считают, что право быть забытым – это форма цензуры, но эти обвинения необоснованные, поскольку данное право все же следует рассматривать прежде всего как форму контроля личности над своими данными или данными, имеющими прямое отношение к ней. Сандра Коливер из «Правовой инициативы открытого общества» утверждает, что не все права должны быть совместимы и этот конфликт между двумя правами не вредит выживанию ни одного из них [Coliver, S., ed., 1992].

Профессора Оксфордского университета Лучано Флориди и Мариаросария Таддео отмечают: «Установить правильный баланс между ними – дело

<sup>6</sup> HR Committee, General Comment No. 34, CCPR/C/GC/34, adopted on 12 September 2011, para 12.



не из простых. Все меняется, например, в зависимости от того, по какую сторону Атлантики вы находитесь. Согласно европейскому подходу, право на уважение частной жизни превосходит свободу слова; в то время как американская точка зрения заключается в том, что свобода слова является преобладающей по отношению к праву на уважение частной жизни. Таким образом, определение ответственности поставщиков онлайн-услуг в отношении права быть забытым оказывается весьма сложным процессом, поскольку оно включает в себя балансирование различных основных прав, а также рассмотрение вопросов о соотношении национального и международного права» [Taddeo, M., Floridi, L., 2016, p. 1592].

Джанкарло Фрозио считает, что миф о том, что право быть забытым наносит ущерб свободе выражения мнения, должен быть вытеснен раз и навсегда. Право быть забытым не обременяет свободу выражения мнений каким-либо иным образом, чем традиционная дихотомия права на уважение частной жизни / свободы выражения мнений, используемая в европейском праве [Frosio, G., 2017, p. 335]. Джеф Ауслус и Александра Кучерави, в свою очередь, отмечают, что дебаты о праве быть забытым касаются защиты данных в противовес экономическим интересам, а не свободе выражения мнения [Ausloos, J., Kuczerawy, A., 2016, p. 220].

В речи, произнесенной в начале 2013 г., вице-президент ЕС В. Рединг пояснила: «Право быть забытым не может быть абсолютным, так же как право на уважение частной жизни не является абсолютным. Существуют и другие фундаментальные права, с которыми должно быть сбалансировано право быть забытым, такие как свобода выражения мнения и свобода СМИ»<sup>7</sup>. К тому же Суд ЕС в решении по делу «*Google Spain*» отметил важное условие эффективного существования права быть забытым: гарантия свободы выражения мнения является необходимым условием для осуществления права быть забытым и государства-члены должны найти баланс между этими правами»<sup>8</sup>.

В Постановлении Суда ЕС по делу «*Google Spain*» подчеркивается, что право на уважение частной жизни обычно «перекрывает, как правило, не только экономический интерес оператора поисковой системы, но и интерес широкой общественности в поиске этой информации при поиске, связанном с именем субъекта данных»<sup>9</sup>. Однако Суд ЕС также отметил, что это общее правило не должно применяться, если существует преобладающая заинтересованность широкой общественности в доступе к информации «по особым причинам, таким как роль, которую играет субъект данных в общественной жизни». Суд ЕС постановил, что право быть за-

<sup>7</sup> Text of a speech by Viviane Reding, Vice-President of the Commission and European Justice Commissioner, at the Informal Justice Council, Dublin, 18 January 2013. URL: <https://www.europeansources.info/record/speech-justice-for-growth-makes-headway-at-todays-justice-council/> (дата обращения: 10.01.2022).

<sup>8</sup> CJEU. *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*. 13.05.2014. § 97.

<sup>9</sup> Ibid. § 81.

бытым не может быть реализовано в отношении издателя веб-страницы, если обработка была осуществлена «исключительно в журналистских целях»<sup>10</sup>.

Решение Суда ЕС по делу «*Google Spain*» иллюстрирует, как в соответствии с европейским законодательством свобода выражения мнения может быть ограничена правом на уважение частной жизни в контексте защиты данных. Право на уважение частной жизни и право на защиту данных требуют, чтобы при определенных условиях операторы поисковых систем исключали неактуальные результаты поиска для поиска данных, если соответствующее лицо просит их удалить. Однако при оценке того, следует ли исключать результаты поиска из списка, операторы поисковых систем, органы по защите данных и национальные органы должны также учитывать степень влияния исключения данных из списка на свободу выражения мнения. Поисковые системы имеют право получать информацию, а издатели, блогеры, журналисты и т. д. имеют право распространять информацию. Поэтому национальные суды и органы по защите данных должны учитывать все соответствующие факты и обстоятельства и в каждом конкретном случае принимать решение о том, следует ли исключать конкретный результат поиска из списка.

Признание Европейским союзом права быть забытым вызвало недвольную реакцию ученых-юристов в Соединенных Штатах и других странах. Скептики утверждают, что право быть забытым поставит под угрозу свободу выражения мнения и доступ к информации, что, по мнению наиболее обеспокоенных критиков, может «искажить историю» [King, G., 2014]. По мнению ряда ученых, признание права быть забытым в Соединенных Штатах будет противоречить праву на свободу слова и свободу выражения мнения и будет представлять собой цензуру, потенциально нарушая конституционно защищенное право на свободу выражения мнения, закрепленное в Конституции США. Эта критика согласуется с утверждением о том, что единственная информация, которая может быть удалена по запросу пользователя, – это контент, который он сам загрузил [Hendel, J., 2012]. Так, Верховный Суд Соединенных Штатов заявил, что «раскрытие себя другим в той или иной степени является сопутствующим условием жизни в цивилизованном обществе. Риск такого разоблачения является существенным событием жизни в обществе, которое придает первостепенное значение свободе слова и печати» [Larson, G. R., 2013, p. 18]. Именно здесь можно увидеть столкновение двух различных подходов к пониманию юрисдикций. Верховный Суд Соединенных Штатов, по всей вероятности, не пришел бы к такому же выводу, как Суд ЕС в деле «*Google Spain*».

Ряд авторов оспаривают сбалансированность решения Суда ЕС по делу «*Google Spain*», утверждая, что Суд ЕС поставил право на уважение частной жизни выше других прав, утверждая, что данное решение «забыло» о сво-

<sup>10</sup> CJEU. *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*. 13.05.2014. § 85.

боде выражения мнения [Kulk, S., Zuiderveen Borgesius, F., 2014, p. 394]. Профессор Эссекского университета Стив Пирс указывает, что, сосредоточившись на праве на уважение частной жизни, ЕС «...забыл, что другие права и гарантии были также применимы» [Peers, S., 2014], включая свободу информации. Мартин Гусовец, научный сотрудник Центра интернета и общества Стэнфордского университета (CIS), в частности, отмечает, что, создав презумпцию в отношении права на удаление данных, Суд ЕС создал «сверхчеловеческое право» [Husovec, M., 2014], хотя между конфликтующими правами человека нет никакой иерархической связи.

Согласно прецедентной практике государств – членов ЕС суды рассматривают различные основные права при принятии решений, и в ряде случаев суды отклоняют запросы об удалении результатов поиска, ссылаясь на свободу выражения мнения или общественные интересы. Кроме того, защита свободы выражения мнения уже встроена в общее положение о защите персональных данных. На практике ссылки должны быть исключены только после рассмотрения различных законных интересов, включая право на свободу выражения мнения и право на информацию.

26 ноября 2014 г. представители европейских органов по защите данных, собравшиеся в рамках рабочей группы «Статья 29», приняли руководящие принципы реализации решения Суда ЕС по делу «*Google Spain*»<sup>11</sup>. Согласно принятым рекомендациям, необходимо найти баланс между характером и чувствительностью данных и заинтересованностью общественности в получении доступа к этой информации. Однако если субъект данных играет значимую роль в жизни общества, то интерес общественности будет преобладающим. Руководящие принципы также содержат 13 основных критериев, которые национальным органам по защите данных рекомендуется применять к запросам о праве быть забытым. Гарантии свободы выражения мнения в этих критериях доминируют и должны рассматриваться в свете «заинтересованности широкой общественности в доступе к информации».

Кроме того, международная организация «Статья 19» разработала ряд рекомендаций для обеспечения надлежащего баланса между правом быть забытым и свободой выражения мнения:

1) право быть забытым должно быть строго ограничено, поскольку должны соблюдаться определенные минимальные требования для того, чтобы такое право было совместимо с правом на свободу выражения мнения как с точки зрения существа, так и с точки зрения процедурных аспектов его реализации. В частности, право быть забытым должно быть ограничено частными лицами и должно применяться только в отношении поисковых систем (контроллеров данных), а не в отношении хостинговых служб или поставщиков контента. Любая защита должна также содержать явную ссылку на свободу выражения мнения как на основополагающее право, с

<sup>11</sup> Article 29 data protection working party. Guidelines on the implementation of the CJEU judgment on “*Google Spain and inc v. Agencia española de protección de datos (aepd) and Mario Costeja González*”, C-131/12. URL: <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?pid=1080> (дата обращения: 10.01.2022).

которым право быть забытым должно быть сбалансировано. Кроме того, решения по запросам о праве быть забытым должны приниматься только судами или независимыми судебными органами;

2) следует применять семь критериев для установления баланса между правом на свободу выражения мнений и правом быть забытым:

- носит ли рассматриваемая информация частный характер;
- было ли у заявителя разумное ожидание конфиденциальности, включая рассмотрение таких вопросов, как предшествующее поведение, согласие на публикацию или предшествующее существование информации в общественном достоянии;
- отвечает ли рассматриваемая информация общественным интересам;
- относится ли рассматриваемая информация к общественному деятелю;
- является ли эта информация частью публичной записи;
- понес ли заявитель существенный вред;
- насколько актуальна информация и сохраняет ли она общественную значимость<sup>12</sup>.

В свою очередь, Итальянское агентство по защите данных (*Garante per la Protezione dei Dati Personali*, далее – *Garante*) считает, что право быть забытым должно быть сбалансировано с гарантией свободы СМИ. В конкретном деле гражданин Италии оспорил решение Google не исключать из списка новостную статью, относящуюся к судебному расследованию, в котором он участвовал. Заявитель утверждал, что новостная статья «вводила общество в заблуждение и наносила ему вред»<sup>13</sup>. Итальянские власти отклонили просьбу об исключении ссылок из результатов поиска, сочтя новости чрезвычайно актуальными. Кроме того, власти отметили соответствующий общественный интерес к новостям, в которых говорилось о важном судебном разбирательстве. По всем этим причинам *Garante* пришел к выводу, что свобода СМИ должна превалировать над правом быть забытым в нынешних обстоятельствах.

Некоторые разъяснения относительно необходимого баланса между правом быть забытым и свободой выражения мнения в Италии были также даны в декабре 2015 г. Римский суд отметил, что известный адвокат, который был вовлечен в предполагаемую незаконную деятельность с 2012 по 2013 г., вместе с религиозными деятелями и рецидивистами, не имел права добиваться исключения из списка 14 URL-адресов, относящихся к этим событиям. Суд, трактуя понятие общественного деятеля и публичной роли инклюзивным образом, укрепил понимание того, что нельзя требовать права быть забытым за данные, представляющие общественный интерес [Ninno, A. del, 2015].

<sup>12</sup> Article 19. The Right to be Forgotten: Remembering Freedom of Expression. 2016. URL: [https://www.article19.org/data/files/The\\_right\\_to\\_be\\_forgotten\\_A5\\_EHN\\_HYPERLINKS.pdf](https://www.article19.org/data/files/The_right_to_be_forgotten_A5_EHN_HYPERLINKS.pdf) (дата обращения: 10.01.2022).

<sup>13</sup> *Garante per la Protezione dei Dati Personali* [Data Protection Authority], Decision № 618 (Dec. 18, 2014). URL: <https://perma.cc/MJM9-T5C6> (дата обращения: 10.01.2022).

Европейский Суд по правам человека разработал обширную прецедентную практику по балансированию права на уважение частной жизни и свободы выражения мнения, в которой он разработал список критериев для определения правильного баланса. ЕСПЧ установил, что в принципе права, гарантированные ст. 8 и 10 Конвенции, заслуживают равного уважения.

ЕСПЧ подтвердил в своей практике, что ст. 10 Конвенции полностью применима к интернету. Право на свободу выражения мнения включает право свободно выражать мнения, взгляды, идеи и искать, получать и распространять информацию независимо от государственных границ. Пользователи интернета должны иметь возможность свободно выражать свои политические убеждения, а также свои религиозные и нерелигиозные взгляды. Понятие «частная жизнь» по смыслу ст. 8 Конвенции является широким понятием, которое распространяется на ряд аспектов, касающихся личной идентичности, таких как имя или изображение человека, и, кроме того, включает физическую и психологическую неприкосновенность человека<sup>14</sup>.

По мнению ЕСПЧ, меры, принятые для блокировки определенного интернет-контента, не должны произвольно использоваться как средство общей блокировки информации в интернете. Они не должны иметь побочного эффекта, делая большие объемы информации недоступными, тем самым существенно ограничивая права пользователей интернета. Они должны быть закреплены законом. Должен быть строгий контроль объема блокирования и эффективного судебного надзора, чтобы предотвратить любое злоупотребление властью. Судебный пересмотр такой меры должен взвесить конкурирующие интересы, находящиеся на кону, установить баланс между ними и определить, можно ли принять менее далеко идущие меры для блокировки доступа к определенному интернет-контенту.

В постановлениях по делам «*Von Hannover v. Germany (№ 2)*» и «*Axel Springer AG v. Germany*»<sup>15</sup> ЕСПЧ подчеркнул важность права на уважение частной жизни и свободы выражения мнений, что является «одной из важнейших основ демократического общества». В обоих делах ЕСПЧ установил критерии для балансировки. Во-первых, публикация должна способствовать дискуссии, представляющей общий интерес. Страсбургский Суд подчеркивает, что общественность интересуют не только политические или криминальные вопросы. Во-вторых, важно, насколько хорошо человек известен или популярен: Суд проводит различие между частными лицами и лицами, действующими в публичном пространстве. В-третьих, суды призваны рассмотреть предыдущее поведение заинтересованного лица, а также содержание и последствия публикации. В-четвертых, необходимо учитывать обстоятельства, при которых были сделаны фотографии: были ли они сделаны с согласия человека, открыто или тайно, или даже незаконным образом.

<sup>14</sup> ECtHR, *Von Hannover v. Germany (№ 2)*, 40660/08, 60641/08, 07.02.2012. § 50.

<sup>15</sup> ECtHR, *Von Hannover v. Germany (№ 2)*; ECtHR, *Axel Springer AG v. Germany*, № 39954/08, 07.02.2012. § 89.



В Постановлении по делу «*Sanchez v. France*» Европейский Суд в некотором смысле осложнил последующий поиск баланса в отношении свободы выражения мнения в интернете, ответив положительно на вопрос: может ли заявитель – пользователь учетной записи Facebook нести уголовную ответственность за комментарии, написанные третьими лицами? 24 октября 2011 г. Жюльен Санчес, мэр Бокера, города на юге Франции, во время парламентских выборов опубликовал в Facebook пост о своем политическом оппоненте. Его сторонники опубликовали оскорбительные комментарии к данному посту в адрес мусульманских жителей города. В 2013 году Санчес и другие лица, написавшие комментарии, были обвинены в разжигании межэтнической, религиозной и расовой ненависти. Дело было передано в суд, и все были признаны виновными и оштрафованы на 4000 евро (позже эта сумма была уменьшена). После проигрыша во французских судах Санчес подал апелляцию в Европейский Суд по правам человека, заявив о нарушении права на свободу выражения мнения.

Рассмотрев данное дело, ЕСПЧ не согласился с тем, что решения французских судов нарушили право на свободу слова. По мнению Суда, Санчес несет ответственность за комментарии других пользователей, пропагандирующие ненависть к определенной группе людей. ЕСПЧ принял во внимание тот факт, что заявитель шесть недель не удалял эти комментарии со своего поста, а его страница в Facebook общедоступна, что означало, что он несет ответственность за содержание этих комментариев: *«Заявитель сознательно сделал стену своего аккаунта в Facebook публичной, тем самым позволив своим подписчикам публиковать там комментарии. Апелляционный суд постановил, что его статус политического деятеля требует еще большей бдительности с его стороны»*<sup>16</sup>.

В своем особом мнении судья Муру-Викстрем отметил, что «существует риск того, что такой страх может превратить владельца учетной записи в настоящего контролера и даже в цензора высказываний, написанных на его стене. Столкнувшись с сомнением в отношении спорного характера высказывания, автором которого он не является, владелец учетной записи, безусловно, будет склонен удалить или денонсировать сообщение во имя принципа предосторожности. Сдерживающий эффект налицо, и свобода выражения мнений находится под серьезной угрозой»<sup>17</sup>.

Как отмечает Натали Алкивиаду, старший научный сотрудник датского аналитического центра судебных органов, решение ЕСПЧ по данному делу «является тревожным событием в рамках свободы выражения мнения» и «еще одной каплей в ослаблении защиты, предоставляемой ЕСПЧ свободе выражения мнения» [Alkiviadou, N., 2021]. Хотя данное Постановление является лишь решением Палаты ЕСПЧ из семи судей, его влияние на использование социальных сетей в качестве платформы для выражения и обмена мнениями может быть огромным. Исправление или, по крайней мере, разъяснение Большой Палатой ЕСПЧ изложенных позиций внесло

<sup>16</sup> ECtHR, *Sanchez v. France*, № 45581/15, 02.09.2021.

<sup>17</sup> Ibid.



бы ясность и последовательность в вопросе свободы выражения мнения на онлайн-платформах.

Несмотря на то что нормы о праве быть забытым специально направлены на совершенствование и укрепление прав пользователей на уважение частной жизни, тем не менее право не успевает (и никогда не успеет) за технологическим развитием. Европейские страны по-прежнему нуждаются в совершенствовании законодательства, особенно в части установления баланса между свободой выражения мнения и правом быть забытым, установления четких правил роли и ответственности посредников (поисковых систем)<sup>18</sup>. Пока не сформируется последовательная практика национальных судов, Суда ЕС и ЕСПЧ (которые играют решающую роль в предоставлении рекомендаций и установлении нужных стандартов при рассмотрении дел, связанных с правом быть забытым), право быть забытым продолжит оставаться «непредсказуемым» правом.

В июле 2015 г. Россия стала первой страной, принявшей Закон, кодифицирующий право быть забытым на федеральном уровне (далее – Закон № 264-ФЗ)<sup>19</sup>. Согласно Закону физическое лицо может потребовать удаления URL-адресов для поиска своего имени, если такие URL-адреса ссылаются на следующую информацию о нем: информацию, распространенную с нарушением российского законодательства; недостоверную информацию; не относящуюся к делу информацию или информацию, утратившую свое значение для физического лица вследствие последующих событий или действий физического лица.

Российский Закон наделяет гражданина также правом обратиться к оператору поисковой системы в любой форме и обязывает оператора в той же форме ему ответить. При этом правом быть забытыми наделяются только физические лица. В течение 10 дней оператор поисковой системы рассматривает поступивший запрос и в случае его отклонения должен предоставить мотивированный отказ. Операторам разрешается запрашивать разъяснения и паспорт физического лица. Однако операторы имеют право запросить разъяснения только один раз (п. 3 ст. 103 Закона № 264-ФЗ). Операторам также запрещается разглашать информацию о получении запроса на удаление данных.

Представляется интересным сравнить стандарты реализации права быть забытым в России со стандартами, изложенными в решении Суда ЕС по делу «*Google Spain*». Вступивший в силу в январе 2016 г. в России Закон № 264-ФЗ хотя и закрепил право быть забытым, но значительно отличается от стандартов, установленных в прецедентной практике Суда ЕС и самом законодательстве ЕС.

<sup>18</sup> Access Now position paper: understanding the right to be forgotten globally. 2016. URL: [https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2017/09/RTBF\\_Sep\\_2016.pdf](https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2017/09/RTBF_Sep_2016.pdf) (дата обращения: 10.01.2022).

<sup>19</sup> Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и статьи 29 и 402 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации». Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

Первым существенным отличием от законодательства ЕС является то, что российские нормы о праве быть забытым запрещают поисковым системам раскрывать информацию о получаемых запросах на удаление данных. В соответствии с законодательством ЕС поисковым системам не запрещается публиковать статистику о получаемых запросах. Запрет, установленный законодательством Российской Федерации, подразумевает запрет на публикацию статистических данных. Результатом этого может быть отсутствие прозрачности в том, как осуществляется право быть забытым в Российской Федерации. Генри Тороп отмечает, что это пример радикального права быть забытым, в котором гарантии защиты свободы выражения мнения значительно слабее, чем в ЕС [Тороп, Н., 2018, р. 51].

Вторым отличием европейской модели права быть забытым является то, что в ЕС операторы поисковых систем должны исключать URL-адреса только в том случае, если нет заинтересованности широкой общественности в доступе к этой информации. Это важное общее ограничение права быть забытым. Российский вариант права быть забытым, в свою очередь, содержит фундаментально иное толкование: вместо того, чтобы создать правило «общественных интересов» для удаления данных из поиска результатов, российский закон требует, чтобы операторы поисковых систем удаляли URL-адреса, если информация «потеряла смысл для заявителя из-за последующих событий или действий заявителя». Тем самым игнорируется общественный интерес к опубликованной информации и право общества на доступ к информации.

Таким образом, хотя Закон № 264-ФЗ ввел право быть забытым в России и на первый взгляд соответствует практике, принятой в ЕС, на самом деле он значительно отличается от стандартов, выработанных Судом ЕС в решении по делу «*Google Spain*». Недостатком российского законодательства является отсутствие учета запроса широкой общественности на поиск и доступ к информации в интернете. Другие расхождения включают более жесткие требования к срокам рассмотрения запросов и запрет раскрывать поисковым системам любую информацию о таких запросах. Реализация права быть забытым теперь зависит от операторов поисковых систем и правоприменительной практики российских судов. От их действий зависит, будут ли российские положения о праве быть забытым использоваться для расширения или же ограничения данного права.

### **Обсуждение и заключение**

Можно заметить, что дискуссия о праве быть забытым является частью более широкой дискуссии о том, как сбалансировать различные права и интересы, когда личная информация доступна в интернете. Право быть забытым выдвигает на первый план противоречия между правом на уважение частной жизни и правом на свободу выражения мнений, и, учитывая быстрые темпы изменения цифрового пространства, вполне вероятно, что эти противоречия сохранятся.

В принципе право на уважение частной жизни и свобода выражения мнения имеют одинаковый вес в Европе – какое право преобладает, зависит от обстоятельств конкретного дела. Баланс интересов, связанных

с правом на уважение частной жизни и свободой выражения мнения, всегда будет оставаться спорным и трудным. Необходим анализ каждого конкретного дела, и все обстоятельства должны быть приняты во внимание.

### СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

Alkiviadou N. Hate Speech by Proxy: Sanchez v France and the Dwindling Protection of Freedom of Expression. URL: <http://opiniojuris.org/2021/12/14/hate-speech-by-proxy-sanchez-v-france-and-the-dwindling-protection-of-freedom-of-expression/>.

Ausloos J., Kuczerawy A. From Notice-and-Takedown to Notice-and-Delisting: Implementing the Google Spain // Colorado Technology Law Journal. 2016. Vol. 14. P. 220–232.

Bernal P. A Right to Delete? // European Journal of Law and Technology (EJLT). 2011. No. 2. P. 1–18.

Frosio G. Right to Be Forgotten: Much Ado About Nothing // Colorado Technology Law Journal. 2017. Vol. 15, issue 2. P. 307–336. DOI: 10.1007/s11948-015-9734-1.

Hendel J. Why Journalists Shouldn't Fear Europe's Right to be Forgotten // The Atlantic. 2012. January 25. URL: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/01/why-journalists-shouldnt-fear-europes-right-to-be-forgotten/251955/>.

Husovec M. Should we centralize the right to be forgotten clearing house? // The Center for Internet and Society. 2014. May 30. URL: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2014/05/should-we-centralize-right-be-forgotten-clearing-house>.

King G. EU Right to be Forgotten Ruling Will Corrupt History // Committee To Protect Journalists Blog. 2014. URL: <https://perma.cc/M2HD-5CKL>.

Kulk S., Zuiderveen Borgesius F. Google Spain v. González: Did the Court Forget About Freedom of Expression? // European Journal of Risk Regulation. 2014. Vol. 35, issue 03. P. 389–398. DOI: 10.1017/S1867299X00003949.

Larson G. R. Forgetting the First Amendment: How Obscurity Based Privacy and a Right to Be Forgotten Are Incompatible with Free Speech // Communication Law and Policy. 2013. Vol. 18, issue 1. P. 91–120. DOI: 10.1080/10811680.2013.746140.

Ninno A. del. La sentenza del Tribunale di Roma n. 23771 del 3 Dicembre 2015: gli scenari // Diritto e Giustizia. 2015. URL: [https://www.alessandrodelninno.it/upload/art\\_articoli/documenti/00000081.pdf](https://www.alessandrodelninno.it/upload/art_articoli/documenti/00000081.pdf).

Peers S. The CJEU's Google Spain Judgment: Failing to Balance Privacy and Freedom of Expression. EU Law Analysis (May 13, 2014). URL:

<http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/05/the-cjeus-google-spain-judgment-failing.html>.

Striking a balance: Hate speech, freedom of expression and non-discrimination / ed. by S. Coliver. London : Art. 19, intern. centre against censorship : Human rights centre. University of Essex, 1992. 417 p. ISBN: 1-870798-76-7.

Taddeo M., Floridi L. The Debate on the Moral Responsibility of Online Service Providers // *Sci. & Engineering Ethics*. 2016. Vol. 22, issue 6. P. 1575–1603.

Torop H. Õigus olla unustatud – kas rahvusvaheliselt tunnustatud inimõigus? : Magistritöö. Tartu: Avaliku õiguse osakond, 2018. 98 p.

### References

Alkiviadou, N. *Hate Speech by Proxy: Sanchez v France and the Dwindling Protection of Freedom of Expression*. URL: <http://opiniojuris.org/2021/12/14/hate-speech-by-proxy-sanchez-v-france-and-the-dwindling-protection-of-freedom-of-expression/>.

Ausloos, J., Kuczerawy, A., 2016. From Notice-and-Takedown to Notice-and-Delist: Implementing the Google Spain. *Colorado Technology Law Journal*, 14, pp. 220–232.

Bernal, P., 2011. A Right to Delete? *European Journal of Law and Technology (EJLT)*, 2, pp. 1–18.

Coliver, S., ed., 1992. *Striking a balance: Hate speech, freedom of expression a. non-discrimination*. London: Art. 19, intern. centre against censorship, Human rights centre. University of Essex. 417 p. ISBN: 1-870798-76-7.

Frosio, G., 2017. Right to Be Forgotten: Much Ado About Nothing. *Colorado Technology Law Journal*, 15(2), pp. 307–336. DOI: 10.1007/s11948-015-9734-1.

Hendel, J., 2012. Why Journalists Shouldn't Fear Europe's Right to be Forgotten. *The Atlantic*. January 25. URL: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/01/why-journalists-shouldnt-fear-europes-right-to-be-forgotten/251955/>.

Husovec, M., 2014. Should we centralize the right to be forgotten clearing house? *The Center for Internet and Society*. May 30. URL: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2014/05/should-we-centralize-right-be-forgotten-clearing-house>.

King, G., 2014. EU Right to be Forgotten Ruling Will Corrupt History. *Committee To Protect Journalists Blog*. URL: <https://perma.cc/M2HD-5CKL>.

Kulk, S., Zuiderveen Borgesius, F., 2014. Google Spain v. González: Did the Court Forget About Freedom of Expression? *European Journal of Risk Regulation*, 35(03), pp. 389–398. DOI: 10.1017/S1867299X00003949.

Larson, G. R., 2013. Forgetting the First Amendment: How Obscurity Based Privacy and a Right to Be Forgotten Are Incompatible with Free Speech. *Communication Law and Policy*, 18(1), pp. 91–120. DOI: 10.1080/10811680.2013.746140.

Ninno, A. del, 2015. La sentenza del Tribunale di Roma n. 23771 del 3 Dicembre 2015: gli scenari. *Diritto e Giustizia*. URL: [https://www.alessandrodelnino.it/upload/art\\_articoli/documenti/00000081.pdf](https://www.alessandrodelnino.it/upload/art_articoli/documenti/00000081.pdf).

Peers, S., 2014 The CJEU's Google Spain Judgment: Failing to Balance Privacy and Freedom of Expression. *EU Law Analysis* (May 13, 2014). URL: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/05/the-cjeus-google-spain-judgment-failing.html>.

Taddeo, M., Floridi, L., 2016. The Debate on the Moral Responsibility of Online Service Providers. *Sci. & Engineering Ethics*, 22(6), pp. 1575–1603.

Torop, H., 2018. *Õigus olla unustatud – kas rahvusvaheliselt tunnustatud inimõigus?* Magistritöö. Tartu: Avaliku õiguse osakond. 98 p.

### **Информация об авторе / Information about the author**

**Оганесян Тигран Давидович**, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Дипломатической академии МИД России (Российская Федерация, 119021, Москва, ул. Остоженка, д. 53/2, стр. 1).

**Tigran D. Oganesyán**, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the International Law Department, Diplomatic Academy, Ministry of Foreign Affairs of Russia (build.1, 53/2, Ostozhenka St., Moscow, 119021, Russian Federation).

ORCID: 0000-0001-8239-694X

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.  
The author declares no conflict of interest.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 27.02.2022; дата одобрения после рецензирования: 17.03.2022; дата принятия статьи к опубликованию: 10.10.2022.

Submitted: 27.02.2022; reviewed: 17.03.2022; revised: 10.10.2022.

Научная статья

УДК 341

DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.52-71



# Концепция «одиозного долга» и практика урегулирования суверенной задолженности в XXI в. (международно-правовой аспект)

**Юлия Анатольевна Радченко**

*Московская городская коллегия адвокатов «Консультация»,  
Москва, Российская Федерация  
julia\_cam.law@mail.ru*

## Аннотация

*Введение.* В статье рассматриваются доктринальные и практические материалы, касающиеся применения концепции «одиозного долга» в сфере урегулирования суверенного долга в международном праве.

*Теоретические основы. Методы.* Теоретической основой исследования являются доктринальные источники и правоприменительная практика урегулирования международных долговых обязательств. В статье приведен ретроспективный исторический анализ применения концепции «одиозного долга». При проведении исследования применялись формально-юридический, сравнительно-правовой, исторический методы.

*Результаты исследования.* В международной правовой доктрине XX в. сложилась концепция «одиозного долга», которая до сих пор не получила нормативного закрепления в международно-правовых актах. Несмотря на то что основания возникновения международных долговых обязательств не всегда можно считать правомерными, государства зачастую вынуждены нести бремя обслуживания таких долгов. Отсутствие четких критериев незаконного или «одиозного» долга зачастую не позволяет государствам освободиться от долгового бремени и обеспечить устойчивое развитие своих экономик и одновременно снимает с кредиторов ответственность за обеспечение качества кредита, предоставляемого суверенным заемщикам.

*Обсуждение и заключение.* Включение в международно-правовую практику четких критериев незаконного («одиозного») долга позволит облегчить долговое бремя суверенных заемщиков, если при предоставлении займа были нарушены критерии его правомерности, и обеспечить ответственный подход кредиторов при предоставлении займов.

**Ключевые слова:** одиозный долг, суверенный долг, реструктуризация, международные споры, правопреемство, международный арбитраж

**Для цитирования:** Радченко Ю. А. Концепция «одиозного долга» и практика урегулирования суверенной задолженности в XXI в. (международно-правовой



аспект) // Правосудие/Justice. 2022. Т. 4, № 4. С. 52–71. DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.52-71.

## Original article

# The Concept of “Odious Debt” and the Practice of Sovereign Debt Settlement in the 21st Century (International Legal Aspect)

**Yulia A. Radchenko**

*Moscow City Bar Association “Konsultatsiya”, Moscow, Russian Federation*

*For correspondence: julia\_cam.law@mail.ru*

## Abstract

*Introduction.* The article deals with doctrinal and practical materials concerning the application of the concept of “odious debt” in the sphere of sovereign debt settlement in international law.

*Theoretical Basis. Methods.* The theoretical basis of the study is the doctrinal sources and law enforcement practice in the settlement of international debt obligations. The article provides a retrospective historical analysis of the application of the concept of “odious debt”. During the research formal-legal, comparative-legal, and historical methods were used.

*Results.* In the international legal doctrine of the XX century the concept of “odious debt” has developed, which has not yet received normative consolidation in international legal acts. Despite the fact that the grounds for the emergence of international debt obligations may not always be considered legitimate, states are often forced to bear the burden of servicing such debts. The lack of clear criteria for illegitimate or “odious” debt often prevents states from becoming debt-free and sustainable for their economies, while at the same time removing the responsibility from creditors for ensuring the quality of loans provided to sovereign borrowers.

*Discussion and Conclusion.* The inclusion in the international legal practice of clear criteria for illegal (“odious”) debt will make it possible to alleviate the debt burden of sovereign borrowers if the criteria for its legitimacy were violated when granting a loan, ensuring a responsible approach of creditors when providing loans.

**Keywords:** odious debt, sovereign debt, restructuring, international disputes, succession, international arbitration

**For citation:** Radchenko, Yu. A., 2022. The concept of “odious debt” and the practice of sovereign debt settlement in the 21st century (international legal aspect). *Pravosudie/Justice*, 4(4), pp. 52–71. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.52-71.

## Введение

**В**нешние заимствования государств являются неотъемлемой частью государственной финансовой политики и в целом экономической деятельности суверенов, составляя иногда особую категорию осложнений в международ-

но-правовых отношениях. Зачастую такие заимствования привлекаются на продолжительный срок, в течение которого могут измениться социальные, гуманитарные, экономические и политические обстоятельства, которые могут оказать влияние на возможность дальнейшего обслуживания долга. В международно-правовой теории и практике выработаны механизмы, направленные на обеспечение защиты интересов как заемщиков, так и кредиторов, их согласование и выработку взаимоприемлемого решения о реструктуризации с учетом сложившихся объективных обстоятельств. Их реализация возможна в тех случаях, когда основания возникновения суверенных долговых обязательств не вызывают возражений с чьей-либо стороны. Однако на практике имеют место случаи, когда в результате внутривнутриполитических и даже мировых геополитических изменений правительство страны ставит под сомнение правомерность лежащих на государстве обязательств и, следовательно, возможность дальнейшего обслуживания долга.

### **Результаты исследования**

#### **Попытки пересмотра долговых обязательств на рубеже XIX–XX вв.**

Один из первых и наиболее знаковых случаев, когда в международно-правовой истории возник вопрос о возможности или невозможности отказа государства от обслуживания существующих долговых обязательств, был связан с Испано-американской войной и последующими переговорами, завершившимися подписанием Парижского мирного договора. Помимо признания независимости Кубы, а также уступки Испанией Филиппин, Гуама и Пуэрто-Рико в пользу США, в ходе переговоров был поставлен ряд, казалось бы, сопутствующих несущественных вопросов, которые, однако, в дальнейшем во многом определили последующее развитие ряда международно-правовых институтов. Одним из таких вопросов стала судьба внешнего долга Кубы перед иностранными кредиторами.

Будучи колонией Испании, Куба являлась значимым источником доходов испанской короны. На протяжении предшествующих 50 лет испанское правительство осуществило несколько выпусков облигаций на значительные суммы, обслуживание которых должно было осуществляться за счет налоговых и таможенных сборов, взимаемых на Кубе.

В ходе переговоров о будущем правовом статусе Кубы испанское правительство настаивало на том, что если США присоединяют новую территорию, то обязаны принять на себя и все обязательства, возложенные на данную территорию. США же заявили, что берут данную территорию под временное управление и в последующем намереваются отстаивать ее независимость. На это последовало возражение от испанской стороны, что в таком случае вновь образованное государство должно исполнить все возложенные на него обязательства. Все выдвинутые испанской стороной требования были отвергнуты США по следующим основаниям.

Во-первых, Испания выпустила испанские ценные бумаги в Европе от имени Кубы. Испания была гарантом выпуска этих ценных бумаг, они были обеспечены доходами от кубинских таможенных и других налогов, но большая часть доходов по данным облигациям оставалась в Испании.

Во-вторых, Куба как колония не имела права выпускать ценные бумаги по своей инициативе или от своего имени, не была субъектом международного права и не могла влиять на процесс принятия решений об осуществлении заимствований и нести возложенные на нее обязательства, поскольку ее финансы контролировались исключительно испанским правительством.

В-третьих, не было никаких доказательств того, что данные займы действительно привлекались для проектов на Кубе. Анализ финансового состояния Кубы показал, что доходы острова поглощались национальным бюджетом Испании. Фактически до 1861 г. доходы Кубы намного превышали расходы и большей частью переводились в Испанию. Когда Испания стала за их счет спонсировать дорогостоящие военные экспедиции, в том числе в целях подавления движения за независимость на Кубе, финансовое состояние Кубы начало ухудшаться.

В-четвертых, статус Кубы как должника был фикцией, поскольку бюджет Испании поглощал доходы острова, обременив его займами, которые на самом деле служили интересам Испании.

Наконец, в-пятых, США выдвинули свой главный аргумент, не столько правового, сколько нравственного характера: «Если <...> борьба за независимость Кубы велась и поддерживалась меньшинством населения острова, то для того, чтобы возложить на жителей в целом цену подавления мятежей, нужно было бы наказать многих за дела немногих. С другой стороны, если бы эта борьба, как утверждают американские представители, представляла собой надежды и чаяния всего кубинского народа, сокрушить жителей бременем, созданным Испанией в попытке противостоять их независимости, было бы даже более несправедливым» [Moore, J. W., 1906, p. 358–359].

Таким образом, аргументы испанской стороны были отвергнуты. Испанцы настаивали на том, чтобы определить, какие из долговых обязательств пошли на развитие проектов на Кубе, а какие – нет, и передать вопросы, касающиеся кубинского долга, в международный арбитраж. Делегация США некоторое время изучала данный вопрос, но в итоге отвергла этот вариант. Вопрос о «кубинских долгах» не получил закрепление в Парижском мирном договоре, в результате чего, когда Испания вновь заявила свои требования по погашению части «кубинского долга», они были отвергнуты кубинским правительством, поскольку ни о каком правопреемстве в отношении долгов ни в одном из международных договоров Кубы после 1898 г. речи не шло. Все возникшие долговые обязательства Испания была вынуждена урегулировать самостоятельно.

Другим случаем стало арбитражное разбирательство между Великобританией и Коста-Рикой по делу о концессиях Тиноко в 1924 г.

В 1917 году в Коста-Рике произошел государственный переворот, который возглавил военный министр Ф. Тиноко, установивший в стране дикта-

торский режим на следующие два года. Вновь сформированное правительство путчистов учредило новую конституцию, действовавшую до сентября 1919 г., когда в результате очередного путча правительство Тиноко было свергнуто, а прежний режим реставрирован. Ф. Тиноко снял с себя все полномочия и покинул страну, а в 1922 г. правительство приняло Закон № 41, получивший название «Закон о ничтожности», которым признавалось, что все обязательства Коста-Рики, принятые правительством Тиноко, объявлялись ничтожными.

Среди таких обязательств были два договора с британскими компаниями, один из которых касался нефтяных концессий на разведку и добычу полезных ископаемых, а второй – долга, накопленного перед канадским Royal Bank of Canada. Сложность ситуации состояла в том, что в отношении правительства Тиноко в международном сообществе не было единого мнения относительно его признания как легитимного. Среди тех стран, которые не признавали данное правительство, были США и Великобритания. Таким образом, с одной стороны, Великобритания не признавала правительство Тиноко, с другой стороны, британские компании заключили с этим правительством договоры и были намерены обеспечить их исполнение. Закон о ничтожности фактически как раз касался двух данных договоров.

Иными словами, спор сводился к следующему вопросу: могут ли быть признаны обязательства правительства перед другой страной или его резидентами, если такое правительство не признается ими как легитимное?

Для разрешения спора стороны учредили арбитраж, единоличным арбитром в котором выступил председатель Верховного Суда США и бывший президент У. Тафт. Основываясь на соглашении об арбитражном разбирательстве между Великобританией и Коста-Рикой 1922 г., он вынес решение в пользу последней, в то же время подчеркнув ряд важных положений. Во-первых, арбитр отметил, что режим Тиноко был фактическим правительством («*de facto government*»), поскольку на протяжении практически всего периода своего существования он осуществлял управление всей страной без какого бы то ни было сопротивления. Тем самым арбитр Тафт отверг аргумент Коста-Рики о том, что данное правительство нельзя признать легитимным, поскольку оно было сформировано вопреки требованиям конституции, действовавшей до государственного переворота и реставрированной после свержения режима Тиноко. Более того, признание или непризнание данного правительства со стороны других стран не может влиять на признание фактического характера данного правительства. Во-вторых, Великобритания отстаивала требования своих подданных, несмотря на то что такие требования вытекали из соглашений, заключенных с не признанным ею правительством. В-третьих, компании, чьи права Великобритания стремилась защитить в арбитражном разбирательстве, не были лишены права на дипломатическую защиту в соответствии с действующими нормами международного права. В то же время обязанность национальных судов применять законодательство реставрированного прави-

тельства может войти в противоречие с необходимостью применять нормы международного права<sup>1</sup>.

Тем не менее суд отказал в удовлетворении требований Великобритании по следующим обстоятельствам. Во-первых, в отношении Royal Bank of Canada суд установил, что лица, принимавшие решение о выдаче кредита, заведомо знали о том, что данные средства будут фактически выданы не правительству Коста-Рики, а лично Ф. Тиноко и его брату, вследствие чего действующее правительство не может нести обязательств по данному договору. Во-вторых, касательно договора о нефтяных концессиях суд постановил, что данный договор заведомо был заключен с лицом, не имевшим на то полномочий даже в соответствии с законодательством, действовавшим в период правления правительства Ф. Тиноко.

Таким образом, указанное решение подняло ряд важных вопросов международно-правового характера, касающихся как проблемы признания и эффективного контроля в международном праве, так и проблемы отграничения долговых отношений, носящих суверенный характер, от тех, фактическим заемщиком в которых выступает частное лицо, занимающее высшую государственную должность и осуществляющее такое заимствование посредством имеющихся у него фактических полномочий. Данные два случая стали отправной точкой для разработки концепции так называемого «одиозного долга»<sup>2</sup>.

### **Зарождение концепции «одиозного долга».**

#### **Понятие «одиозного долга»**

Автором концепции «одиозного долга» считается американский юрист российского происхождения Александр Сак, который впервые в 1927 г. попытался обобщить накопленный на тот момент опыт, опираясь прежде всего на кубинский и коста-риканский прецеденты, и попытался ответить на вопрос, любое ли заимствование, которое осуществляет государство, является легитимным и подлежит погашению при любых обстоятельствах, вне зависимости от того, какие изменения произошли в его отношении. Иными словами, может ли государство отказаться от исполнения долговых обязательств, сославшись на изменившиеся обстоятельства, и если да, то какие обстоятельства для такого отказа следует признать правомерными?

Проанализировав достаточно большой объем международной практики долговых отношений, А. Сак приходит к выводу, что «если деспотический режим принимает на себя долг не для нужд и интересов государства, а для усиления своего произвола и для подавления всякого сопротивления со стороны народа, то такой долг считается одиозным для населения всего государства. Это не обязательство нации: это долг режима, личный долг власти, которая его взяла на себя. Следовательно, он исчезает, когда исче-

<sup>1</sup> См.: Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica). 18 October 1923. Vol. I. P. 369–399. URL: <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup12/Tinoco%20Claims%20Arbitration.pdf> (дата обращения: 17.07.2022).

<sup>2</sup> Ibid.

зает эта власть» [Sack, A. N., 1927, p. 157]. Далее он отмечал, что «причина, по которой такие «одиозные» долги не могут рассматриваться как бремя государства, заключается в том, что они не отвечают одному из предварительных условий государственных долгов, а именно тому, что государственные долги должны вытекать из договора, а средства, которые они обеспечивают, должны использоваться для нужд и интересов государства. Государство не несет ответственности за «одиозные» долги, возникшие и использованные с ведома кредиторов, для целей, противоречащих интересам нации, если этому государству удастся свергнуть правительство, которое их привлекло» [Sack, A. N., 1927, p. 158]. При этом ответственность за совершение такого рода заимствований ложится не только на свергнутое «одиозное» правительство, но и на кредиторов, которые «...совершили враждебное действие по отношению к народу; поэтому они не могут рассчитывать, что нация, освобожденная от деспотической власти, возьмет на себя «одиозные» долги, которые являются личными долгами этой самой власти» [Sack, A. N., 1927, p. 158]. Таким образом, А. Сак определил три критерия, которые легли в основу доктрины «одиозного долга»: согласие населения, польза для населения и заведомое знание кредитора об отсутствии такого согласия или пользы.

Аналогичного подхода придерживался Э. Фейльхенфельд, который, не предлагая точной дефиниции, на основе анализа указанного выше случая о кубинских долгах предлагал определить критерии справедливости долга, на основании которых можно было бы отделить долги, подлежащие правопреемству, от «одиозных» или «навязанных» долгов. По его мнению, правопреемству могут подлежать те долги, которые возникают из необходимости сбора денег на общественные нужды, либо из обязательства по компенсации потерпевшим за деликтные действия, либо в отношении которых имеет место согласие должника, либо на основании получения какой-либо выгоды должником [Feilchenfeld, E. N., 1931, p. 701]. Концепция Э. Фейльхенфельда носит во многом абстрактный характер, в чем он и сам признавался, говоря о том, что соответствующие механизмы должны быть разработаны в будущем международном праве эволюционным путем.

В то же время доктрина «одиозного долга» подвергается критике со стороны ряда исследователей. Л. Бучхейт [Buchheit, L. C., Gulati, M., Thompson, R. V., 2007] отмечает, что А. Сак выдвинул свою концепцию в условиях, когда система международных экономических отношений весьма отличалась от той, что имеет место сегодня. В первой половине XX в. в трансграничных отношениях между государствами и частными лицами все еще превалировала теория абсолютного иммунитета государств, вследствие чего для частных лиц единственным способом защиты своих прав оставалось только обращение к собственному правительству, которое могло бы урегулировать разногласия путем переговоров и заключения международного договора.

Во второй же половине столетия и до сегодняшнего дня все большее развитие стала получать теория ограниченного иммунитета государств, когда условиями договора предусматривался отказ от суверенного иммунитета с вытекающей из этого возможностью судебной защиты по выбранному сто-



ронами национальному праву, в ходе чего стороны могли бы оценить объем и характер имеющихся обязательств, оценить перспективы их исполнения и предложить пути их урегулирования (списания или реструктуризации). В то же время случай с реструктуризацией суверенного долга Аргентины, вылившийся в ряд продолжительных судебных и арбитражных споров, не позволяет в полной мере разделить оптимизм ученого и согласиться с данной позицией. Не будучи сам по себе одиозным долгом, данный прецедент показал, что нельзя переоценивать стремление сторон к урегулированию суверенных долговых обязательств.

Отечественный исследователь Д. Э. Кицмаришвили указывает на противоречивость критериев «одиозности» суверенного долга, предложенных А. Саком, в частности, неясность таких аспектов, как способ одобрения привлечения заемных средств со стороны населения, способ выражения согласия, оценка пользы привлеченного заимствования для населения, принятие решения об одиозности долга, унаследованного от предыдущего режима, а также факт доказательства заведомой осведомленности кредитора о неблагоприятных последствиях такого заимствования [Кицмаришвили, Д. Э., 2018, с. 184]. А. Чои и Э. Познер [Choi, A. H., Posner, E. A., 2007] отмечают серьезный недостаток концепции «одиозного долга», состоящий в том, что, говоря об «одиозном» долге, сторонники данной теории обходят стороной ее цели и последствия, прежде всего для самого народа. Т. Х. Ченг считает, что существующие международно-правовые механизмы (в частности, институт правопреемства в международном праве) способны обеспечить урегулирование проблемной задолженности между государствами без привлечения доктрины «одиозного долга», приводя в пример случаи правопреемства СССР, Югославии, Ирака [Cheng, T. H., 2007, p. 29–31]. При этом в отсутствие четкого правового содержания понятия «одиозный долг» данная концепция может стать предметом манипуляции как со стороны кредиторов, так и заемщиков и тем самым осложнить процесс принятия решений. В определенной степени процессу упорядочения существующих долговых отношений могут способствовать международные институты, такие как Совет Безопасности ООН, как это было в случае с Восточным Тимором или Ираком, однако, по мнению Т. Х. Ченга, без четких формулировок применение данной концепции может повлечь больше проблем, чем при применении «традиционных» механизмов урегулирования.

По сути, основными аргументами в этой связи выступают, во-первых, весьма общий характер критериев «одиозности», разработанных А. Саком и другими исследователями, и, во-вторых, проблема соотносимости и применимости этих критериев к существующим международно-правовым механизмам урегулирования проблемной задолженности.

### **Правопреемство в отношении долгов в процессе деколонизации**

Проблема признания или непризнания долгов государством, получившим независимость от метрополии, периодически возникала на протяжении всего XX в. И хотя в большинстве случаев предложенные пути урегулиро-

вания не вызывали возражений какой-либо из сторон, имели место исключения. Наиболее показательными в этой связи являются вопросы о правопреемстве долгов, относящихся к голландской администрации Индонезии (1949 г.) и французской администрации Алжира (1962 г.).

До второй половины 1940-х гг. Индонезия являлась колонией Королевства Нидерланды. Независимость Индонезии была провозглашена в 1945 г. после прекращения японской оккупации, но затем последовала четырехлетняя война за независимость. По результатам Гаагской конференции, проходившей с 23 августа по 2 ноября 1949 г., Нидерланды признали независимость Индонезии, и стороны подписали ряд соглашений. Однако вопрос о правопреемстве в отношении долгов остался одним из наиболее дискуссионных.

Правительство Индонезии согласилось взять на себя определенные долги, возникшие до начала японской оккупации 1942 г. Однако оно отказалось принять на себя долги, возникшие в результате военных операций Нидерландов против индонезийского национально-освободительного движения. Тем не менее в результате переговоров было принято решение распределить этот долг таким образом, что 4,5 млрд гульденов взяло на себя правительство Индонезии, а 2 млрд – Нидерланды. Позже это соглашение было денонсировано правительством Индонезии в 1956 г., и, таким образом, долг остался невыплаченным.

В данном случае имело место отсутствие согласия на привлечение займов, так как территория являлась колонией; и более того, такие займы не несли той или иной выгоды для Индонезии, поскольку использовались для подавления национально-освободительной борьбы и укрепления голландского господства, о чем было известно кредитору. По мнению Индонезии, данные займы были связаны с подавлением освободительного движения и кредиторы знали об их целях [King, J., 2007].

В 1962 году после долгой национально-освободительной войны провозгласил независимость Алжир. Основные аспекты урегулирования правопреемства между Алжиром и Францией получили отражение в Декларации принципов экономического и финансового сотрудничества, являющейся частью Эвианского соглашения 1962 г., однако там прямо не упомянуто правопреемство в отношении долгов, и эту проблему рассматривали отдельно от прочих обязательств. Переговоры о правопреемстве в отношении государственных долгов велись в период с 1963 по 1966 г. и привели к урегулированию претензий с единовременной выплатой Франции. Участник переговоров, впоследствии судья Международного Суда ООН, профессор М. Беджауи отмечал, что это не было правопреемством Алжира в отношении долгов Франции, в противном случае платеж был бы произведен сторонним кредиторам [Bedjaoui, M., 1977, p. 99]. Переговоры между двумя странами показывают, что какая-либо презумпция в отношении правопреемства отсутствовала, и многое зависело от хода переговоров и взаимной выгоды.

Две категории долгов были выделены Алжиром как не подлежащие погашению: кредиты, полученные Францией «в целях осуществления экономических проектов в Алжире во время войны за независимость», направленные на продвижение французского присутствия, и которые способство-

вали выводу капитала, и «одиозные» долги, возложенные на Алжир для обеспечения компенсаций жертвам агрессии со стороны алжирских борцов за независимость, а также расходы, связанные с созданием и содержанием отрядов алжирских боевиков, которые поддерживали колониальный режим [Bedjaoui, M., 1977, p. 70].

### **Попытка международно-правового закрепления категории «одиозный долг»**

В дальнейшем вопрос о международно-правовом закреплении доктрины «одиозного долга» рассматривался при разработке статей о правопреемстве государств по государственным долгам. В Докладе о недопустимости передачи одиозного долга специальный докладчик профессор М. Беджауи предлагал отнести к «одиозным»:

а) все долги, взятые на себя государством-предшественником с целью достижения целей, противоречащих основным интересам государства-преемника или переданной территории;

б) все долги, взятые на себя государством-предшественником с целью и для целей, не соответствующих международному праву, и в частности принципам международного права, воплощенным в Уставе Организации Объединенных Наций [Bedjaoui, M., 1977, p. 70].

При этом профессор Беджауи отмечал, что категория «одиозный долг» является родовым понятием, включающим в себя различные виды суверенных долгов, как, например, «военные долги» («war debts»), «долги подчинения» («subjugation debts»). Категории «военные долги» и «долги подчинения» достаточно близки и связаны с правопреемством в результате войны. К первым относятся долги, правопреемство в отношении которых вытекает из соответствующих территориальных изменений и, как правило, закреплено в мирном договоре [Bedjaoui, M., 1977, p. 71]. «Долги подчинения» – это долги, взятые в целях подавления повстанческого движения на территории, которой оно владеет или над которой стремится установить господство, либо усиления экономической колонизации этой территории [Bedjaoui, M., 1977, p. 72]. При этом вне зависимости от природы возникновения таких долгов они не подлежат правопреемству [Bedjaoui, M., 1977, p. 74].

Следует отметить, что, несмотря на достаточно подробный анализ практики, проведенный профессором М. Беджауи, в итоге концепция «одиозного долга» так и не получила закрепления в окончательном тексте Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов 1978 г. В статье 33 данной Конвенции дается определение, согласно которому «государственный долг» означает «любое финансовое обязательство государства-предшественника в отношении другого государства, международной организации или любого иного субъекта международного права, возникшее в соответствии с международным правом»<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов (Заключенная в Вене 1978 г.)

### Проблема «одиозного долга» правительства

Приведенные выше практические и доктринальные примеры касались признания отдельных долгов «одиозными» применительно к проблеме правопреемства государств в отношении суверенных долгов, т. е. возможности или невозможности вновь образованным государством не принимать на себя обязательства, вытекающие из долговых отношений, и если нет, то какого рода долг не может быть передан в порядке правопреемства.

Однако, как следует из решения арбитража по делу Тиноко, проблема одиозного долга возникает не только в случаях правопреемства при получении государством независимости или переходе части территории от одного государства другому. Гораздо чаще вопрос о возможности дальнейшего обслуживания суверенного долга возникает в ситуации изменения внутрисполитической ситуации, при которой действующее правительство ставит под вопрос саму правомерность тех или иных заимствований и, как следствие, требований кредиторов и возможности дальнейшего обслуживания долга.

Одним из наиболее ярких примеров можно назвать ситуацию вокруг реструктуризации суверенного долга Ирака. Данная проблема возникла в 2003 г. после вторжения США и свержения режима Саддама Хусейна. Внешний долг Ирака начал возникать еще в период Ирано-иракской войны 1980–1988 гг., когда стране был предоставлен широкий доступ к кредитным ресурсам западных стран. Вследствие вторжения Ирака в Кувейт в 1991 г., последовавшей военной операции и введения санкций экономика Ирака находилась в катастрофическом положении. Общий внешний долг составлял, по разным оценкам, от 130 до 160 млрд долл. США, причем кредиторами выступали как государства, так и коммерческие банки. События 2003 г. еще более усугубили положение Ирака и заставили мировое сообщество принять меры.

Так, Совет Безопасности ООН в Резолюции 1483<sup>4</sup> призвал международные финансовые учреждения оказать народу Ирака помощь в реконструкции и развитии его экономики и способствовать предоставлению помощи более широким сообществом доноров, а также приветствовал готовность кредиторов найти решение проблемам суверенного долга Ирака. Совет Безопасности ООН постановил, что энергоресурсы «иракского происхождения будут пользоваться иммунитетом от судебного разбирательства в их отношении до передачи титула первоначальному покупателю и не подлежат какой-либо форме ареста, наложения взыскания или судебного исполнения» и все государства должны предпринять любые шаги, которые могут оказаться необходимыми, согласно их внутреннему праву, для обеспече-

---

чена в г. Вене 08.04.1983). URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/pdf/succession\\_archives.pdf](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/succession_archives.pdf) (дата обращения: 17.07.2022).

<sup>4</sup> Резолюция 1483 (2003), принятая Советом Безопасности на его 4761-м заседании 22 мая 2003 г. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/368/55/PDF/N0336855.pdf> (дата обращения: 17.07.2022).

ния этой защиты, и поступления от их продажи, а также средства Фонда развития Ирака пользуются теми же привилегиями и иммунитетами, что и сама ООН, за исключением случаев, когда такие поступления необходимы для компенсации ущерба в связи с экологической аварией, которая может произойти после даты принятия данной Резолюции.

Данные меры лишили возможности ряд кредиторов занять агрессивную позицию по возврату средств и обратиться с взысканием на природные ресурсы, поставляемые Ираком на международные рынки, и обеспечили возможность обсуждения условий дальнейшего обслуживания суверенного долга и его предполагаемой реструктуризации.

Проблему урегулирования и реструктуризации осложняли такие факторы, как недостаток подтверждающих долговые отношения документов значительной доли коммерческих кредитов, отсутствие в коммерческих кредитных соглашениях инструментов, позволявших Ираку осуществить реструктуризацию своего долга, а также политическая мотивированность предоставления многих займов, которые не использовались в целях развития государства.

В Палату представителей США был внесен законопроект<sup>5</sup>, в котором подчеркивалось, что в международном праве имеют место прецеденты, в соответствии с которыми долги диктатур в целях угнетения своего народа или в личных целях могут считаться «одиозными». В тех случаях, когда заемные деньги используются способами, противоречащими интересам народа, с ведома кредиторов, можно признать, что кредиторы совершили враждебный акт против народа. Данные положения представляют собой явное признание доктрины «одиозного долга» А. Сака в отношении правопреемства правительства. Кроме того, в законопроекте подчеркивалось, что такие долги могут быть поставлены под сомнение, но не объявляются заведомо незаконными. Законопроект так и не был принят, однако следует отметить, что, несмотря на природу иракского внешнего долга и позицию США о его «одиозности», само правительство лишь настаивало на пересмотре его условий с учетом изменившихся обстоятельств [Gelpern, A., 2005, p. 406].

Проблема признания иракского долга «одиозным» осложнялась еще и тем, что перед международным сообществом и кредиторами вставал ряд вопросов, на которые в той ситуации ответа не существовало. Какую часть долга признать одиозным? На ком лежит ответственность за предоставление такого одиозного долга? Как следует поступить с той частью обязательств, которые признаны одиозными? Как осуществлять реструктуризацию суверенного долга с учетом «фактора одиозности»? Наконец, в отсутствие четких критериев для определения одиозного долга его неудачное применение могло повлечь за собой создание дискуссионного прецедента в международно-правовой практике и серьезно подорвать доверие к международным кредитным инструментам.

<sup>5</sup> H.R.2482 – 108th Congress (2003–2004): Iraqi Freedom From Debt Act | Congress.gov | Library of Congress. URL: <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/house-bill/2482/text?r=6&s=1> (дата обращения: 17.07.2022).



В итоге многолетних и сложных переговоров правительства Ирака с кредиторами внешний долг страны был в значительной степени урегулирован. Многие страны списали (полностью или частично) имевшуюся перед ними задолженность. По оставшимся несписанными обязательствам в 2004 г. были согласованы условия реструктуризации в рамках Парижского клуба<sup>6</sup>. Сам процесс реструктуризации был завершён к 2006 г.<sup>7</sup> В дальнейшем условия внешней задолженности Ирака пересматривались в адресном порядке, хотя остается ряд претензий, прежде всего со стороны стран Персидского залива. На сегодняшний день реструктуризацию суверенного долга Ирака можно назвать самой масштабной из всех подобных мероприятий по урегулированию внешней задолженности.

Следует упомянуть, что, в противоположность позиции правительства Ирака, когда в начале 2000-х гг. Аргентина выступила с предложением о реструктуризации своего суверенного долга, один из аргументов правительства как раз и сводился к тому, что часть долговых обязательств возникла в условиях злоупотребления предыдущего правительства и, как следствие, должна быть признана одиозной. Однако в ходе дальнейшего процесса реструктуризации проблема одиозности суверенного долга Аргентины фактически отошла на второй план<sup>8</sup>.

Особого внимания в этой связи заслуживает проблема урегулирования долга Эквадора. Начиная с 1998 г. страна испытывает серьезные сложности в экономике, в частности, в связи с обслуживанием суверенного долга. История его возникновения началась в 1970-х гг., когда правительство начало привлекать внешние заимствования в целях развития топливно-энергетического сектора страны. В связи с падением цен на нефть в 1998 г. страна погрузилась в тяжелейший экономический кризис, который привел к дефолту по обязательствам в 1999 г. и выход из которого наметился лишь в последние годы.

В 2007 году новый президент Эквадора Р. Корреа объявил о намерении осуществить пересмотр долговых обязательств страны, была создана Комиссия по аудиту государственного долга для оценки обязательств страны, взятых в период с 1976 по 2006 г. Комиссия провела глубокую аналитическую работу, в результате которой было установлено, что на протяжении всего рассмотренного периода правительства допускали многочисленные нарушения, а условия выдачи займов зачастую противоречили нормам международного и внутригосударственного права. В результате Эквадор в 2008 г. приостановил обслуживание двух из трех займов по иностранным облигациям, однако на следующий год осуществил выкуп и погашение дол-

<sup>6</sup> Paris Club, "The Paris Club and the Republic of Iraq agree on debt relief" (November 11th, 2004), Press release.

<sup>7</sup> Press releases announcing settlements and participation rates are available at the Debt Reconciliation Office, run by Ernst & Young: <http://www.eydro.com> (accessed on July 12th, 2019) and the Paris Club website: <http://www.clubdeparis.org/en/traitements/iraq-21-11-2004/en> (accessed on July 15th, 2019).

<sup>8</sup> Ibid. P. 408–409.



говых инструментов<sup>9</sup>. При этом следует отметить, что, хотя позиция президента Р. Корреа и Комиссии во многом исходила из доктрины «одиозного долга», правительство отказалось от ссылок на нее потому, что ни один из критериев, приведенных А. Саком, не соответствовал ситуации, связанной с эквадорским долгом.

При этом интересно отметить позицию Норвегии как одного из кредиторов Эквадора. Опираясь на принципы Монтеррейского консенсуса Международной конференции по финансированию развития 2002 г., в частности на принцип 47, который гласит, что «национальные комплексные стратегии мониторинга и управления внешними обязательствами, встроенные во внутренние предварительные условия приемлемого уровня долга, включая разумную макроэкономическую политику и управление государственными ресурсами, являются ключевым элементом снижения национальной уязвимости» и «должники и кредиторы должны нести совместную ответственность за предотвращение и урегулирование неустойчивых долговых ситуаций», незадолго до создания указанной Комиссии Норвегия признала совместную с заемщиками ответственность за возникновение ситуации неустойчивого долга и фактически списала Эквадору и еще четырем странам долги перед норвежским правительством<sup>10</sup>.

Этот случай добровольного принятия кредитором ответственности (хоть и разделенной с заемщиком) за ненадлежащее качество долга на сегодняшний день является уникальным.

Проблема «одиозности» суверенного долга была поднята в контексте урегулирования и реструктуризации в Мозамбике. В 2013–2014 годы страна заняла в общей сложности 2 млрд долл. США через государственные компании (прежде всего государственную рыболовную компанию Ematum) под гарантии министерства финансов страны для покупки судов для лова тунца и военных патрульных катеров и модернизации рыболовного сектора. Изначально из трех займов официально была раскрыта информация лишь об одном. Все эти заимствования не были полностью одобрены парламентом Мозамбика. В середине 2015 г. власти Мозамбика объявили о реструктуризации «тунцовых облигаций», подчеркнув, что заемные средства использовались не по назначению. Тогда же стало известно и о других двух ранее неизвестных внешних кредитах. В 2017 году расследование, проведенное по поручению посольства Швеции в Мапуту, выявило скандальные факты, связанные с неправомерными действиями, некомпетентностью, секретностью, коррупцией и нецелевым использованием средств. В деле оказались замешаны сотрудники швей-

<sup>9</sup> Доклад независимого эксперта по вопросу о последствиях внешней задолженности и других соответствующих международных финансовых обязательств государств для полного осуществления всех прав человека, в частности экономических, социальных и культурных прав, Чофаса Лумины. URL: <https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/HRC/14/21/Add.1&Lang=R> (дата обращения: 17.07.2022).

<sup>10</sup> Там же.

царского банка Credit Suisse и дочернее подразделение российского ВТБ. В 2016 году и в 2017 г. административный суд страны объявил государственные гарантии кредитов незаконными за нарушение Конституции и бюджетных законов. Аналогичную позицию в июне 2019 г. занял Конституционный совет Мозамбика, который объявил данную финансовую операцию совершенной в нарушение конституционных норм, касающихся национального бюджета, и признал ее недействительной [Megliani, M., p. 1637–1638]. Однако, несмотря на данное признание, на дальнейшую судьбу этого долга оно не оказало влияния, поскольку в 2017 г. все три займа были реструктурированы со сроками погашения в 2023 и 2031 гг.<sup>11</sup>, в результате чего очередной пересмотр мог еще более усугубить ситуацию.

Наконец, одним из актуальных эпизодов по якобы обращению к концепции «одиозного долга» является делящийся уже более 5 лет в судах Англии спор «The Law Debenture Trust Corporation plc v Ukraine»<sup>12</sup>, более известный как спор между Россией и Украиной по поводу непогашенных еврооблигаций. Нередко в связи с ним реанимируется фразеология, свойственная принятым «оправданиям» одиозности долга, служившего будто бы целям поддержания «антинародного правительства» (В. Януковича). История данного долга начинается в декабре 2013 г., когда Россия в рамках достигнутых ранее договоренностей о заимствовании осуществила первый транш в размере 3 млрд долл. США. Произошедшие вскоре события поставили перед новым правительством Украины вопрос о погашении данного долга. Учитывая возникшую межгосударственную напряженность, погашение оказалось проблематичным, и Law Debenture Trust Corporation plc как доверительный управляющий в соответствии с условиями эмиссии обратилась в Высокий суд Англии. На сегодняшний день точка в данном деле не поставлена, решение обжаловано в Верховном Суде Великобритании. И хотя заявление о признании данного долга «одиозным» официально не было сделано, обращает на себя внимание тот факт, что рассмотрение дела было приостановлено Верховным Судом по причине намерения суда рассмотреть сперва дело PIAC vs. Times Travel, в котором ставился вопрос о применении доктрины принуждения (*duress*).

Изложенные ситуации вновь поднимают вопрос о признании суверенных займов и гарантий, не имеющих надлежащего разрешения со стороны государственных органов, о коррупции при принятии решений и наличии средств правовой защиты кредиторов и заемщиков. Поскольку эти сделки, как правило, являются договорами с частными сторонами, такие вопросы

<sup>11</sup> Mozambique: Ematum debt restructuring “postpones gas gains”. URL: <https://clubofmozambique.com/news/mozambique-ematum-debt-restructuring-postpones-gas-gains-141734/> (дата обращения: 17.07.2022).

<sup>12</sup> См., напр.: The Law Debenture Trust Corporation plc (Appellant) v Ukraine (Represented by the Minister of Finance of Ukraine acting upon the instructions of the Cabinet of Ministers of Ukraine) (Respondent) No. 3. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0192.html> (дата обращения: 07.12.2022).

рассматриваются в свете внутреннего законодательства в национальных судах. Это обстоятельство фактически определяет исход судебных процессов. В целях обеспечения гармонизации правоприменительной и судебной практики возможное решение состоит в том, чтобы прибегнуть к выработке единообразного критерия хотя бы в научной доктрине. Однако на сегодняшний день данный аспект так и не получил какого-либо развития и официального признания.

Тем не менее перспективы для подхода к решению проблемы, как представляется, все же имеются. Статья 38 Статута Международного Суда ООН допускает доктрину как вспомогательное средство определения правовых норм. Однако применение доктрины должно опираться на определенный базис, который в данный момент отсутствует, поскольку имеет место объективный пробел с точки зрения норм, применимых к суверенному долгу: не существует ни универсальных международных договоров, регулирующих этот вопрос, ни иных юридическим путем установленных обязывающих правил в этой области.

В то же время определенный правовой материал накоплен в рамках отдельных международных экономических организаций. Например, в январе 2012 г. Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) приняла Принципы поощрения ответственного суверенного кредитования и заимствования, в которых определено, в частности, что «кредиторы должны сознавать, что государственные служащие, привлекаемые к участию в сделках суверенного кредитования и заимствования, несут ответственность за соблюдение общественных интересов (государства и его граждан, представителями которых они являются)», а также «несут ответственность за предоставление сведений своим суверенным клиентам, с тем чтобы заемщики могли принимать решение о привлечении кредита на основе полной имеющейся информации»<sup>13</sup>. Кроме того, кредиторы, финансирующие какой-либо проект в стране своего должника, обязаны заранее провести собственное исследование вероятной эффективности данного проекта и, по возможности, последующий мониторинг, включая финансовые, гражданские, социальные, культурные и экологические аспекты, причем эти обязательства должны быть пропорциональны их возможностям по проведению экспертизы и объемам кредитования.

### **Обсуждение и заключение**

Таким образом, на сегодняшний день при обсуждении условий урегулирования задолженности государства стороны иногда прибегают к концепции «одиозного долга», но ввиду ее условности и зыбкости результата предпочитают традиционные механизмы и методы (примерами служат случаи суверенного долга Ирака, Эквадора, Мозамбика и Украины) – реструктуризацию или списание.

<sup>13</sup> Принципы поощрения ответственной практики суверенного кредитования и заимствования. URL: [https://unctad.org/system/files/official-document/gdsddd2012misc1\\_ru.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/gdsddd2012misc1_ru.pdf) (дата обращения: 17.07.2022).

Несмотря на наличие в международно-правовой доктрине признаков, определенных такими исследователями, как А. Сак или М. Беджауи, не сложилось единого мнения о том, какие из проблемных долгов следует признавать «одиозными», вследствие того, что имеющиеся критерии во многом носят очевидно абстрактный характер. Кроме того, отсутствует правовой механизм в применении концепции «одиозного долга». В числе прочих остаются открытыми такие вопросы, как правовые последствия признания долгов «одиозными», ответственность сторон по «одиозным» обязательствам, необходимость их погашения, соотношение с иными механизмами урегулирования задолженности.

Тем не менее проблема признания или непризнания тех или иных суверенных долгов «одиозными» на самом деле является отражением более общей проблемы обеспечения ответственного кредитования государств. Вопросы, которые в свое время породили идею данной концепции, до сих пор не решены. Так, вызывает озабоченность долговое положение Украины в текущем году. Учитывая колоссальные объемы и широкий спектр инструментов экономической и военной поддержки, которые страна получила, не являющиеся безвозмездными, вопрос о платежеспособности заемщика стоит очень остро. Как данные займы будут погашаться, учитывая тяжелую экономическую ситуацию и туманные перспективы выхода из нее? Данный вопрос представляется проблемой не только самой Украины, но и всех государств, прямо или косвенно вовлеченных в этот кризис, и прежде всего России, так как события 2022 г. стали серьезным потрясением для всей мировой экономики, последовавшим сразу после пандемии. Мировой финансовый кризис 2007–2008 гг. начался с крушения системы массового ипотечного кредитования в США и повлек за собой финансовые потрясения по всему миру. Сегодня таким катализатором потрясений рискует стать безответственное кредитование Украины. Полученные займы надо любым соответствующим действующему праву образом погашать или реструктурировать, но можно ли применять имеющиеся для этих целей юридические инструменты, если возникновение данной задолженности явилось следствием сиюминутных политических предпочтений?

В отсутствие единообразной международно-правовой практики и единого международно-правового регулирования выходом из сложившейся ситуации могло бы стать формулирование и закрепление общеобязательных стандартов, касающихся надлежащего предоставления и обслуживания суверенного долга, выработанных в рамках международных организаций (МВФ – МБРР или их специализированных структур):

- долг должен быть привлечен для целей обеспечения развития государства, его экономики на благо населения;
- долг должен быть легитимным и привлеченным с учетом всех надлежащих правовых процедур;
- долг должен быть транспарентным, т. е. в отношении него должна быть обеспечена полная информационная прозрачность для всех заинтересованных сторон;

- ответственность за соблюдение вышеуказанных положений должна ложиться не только на заемщика, но и на кредитора;
- в отношении долга должна быть обеспечена детальная отчетность в части предоставления информации о его использовании и порядке обслуживания.

### СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

- Кицмаришвили Д. Э. Международно-правовые аспекты урегулирования долга Украины перед Российской Федерацией // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 9. С. 179–186. DOI: 10.17803/1994-1471.2018.94.9.179-186.
- Bedjaoui M. Ninth Report on Succession of States in Respect of Matters other than Treaties (UN Doc.A/CN.4/301 and Add.1 of 13 and 20 April 1977) // Yearbook of the International Law Commission. 1977. Vol. II, pt. 1. 74 p. URL: [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_301.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_301.pdf).
- Buchheit L. C., Gulati M., Thompson R. B. The Dilemma of Odious Debt // Duke Law Journal. 2007. No. 56. P. 1201–1262. URL: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1567](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1567).
- Cheng T. H. Renegotiating the Odious Debt Doctrine // Law and Contemporary Problems. 2007. Vol. 70, no. 3. P. 7–32. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol70/iss3/3>.
- Choi A. H., Posner E. A. A Critique of the Odious Debt Doctrine // Law and Contemporary Problems. 2007. Vol. 70, no. 3. P. 33–52. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol70/iss3/4>.
- Feilchenfeld E. H. Public Debts and State Succession. New York : The Macmillan Co, 1931. 922 p.
- Gelpern A. What Iraq and Argentina Might Learn from Each Other // Chicago Journal of International Law. Vol. 6, no. 1. Art. 23. URL: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol6/iss1/23>.
- King J. The Doctrine of Odious Debt in International Law: A Restatement // SSRN Electronic Journal. 2007. January 21. DOI: 10.2139/ssrn.1027682.
- Megliani M. Mozambican Illegal Debts: Testing the Odious Debt Doctrine // Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2020. Vol. 53, issue 5. P. 1637–1686. URL: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol53/iss5/4>.
- Moore J. B. A Digest of International Law. Vol. I. Washington : GPO, 1906. 794 p.
- Sack A. N. Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières: traité juridique et financier. Paris : Recueil Sirey, 1927. 608 p.

### References

- Bedjaoui, M., 1977. Ninth Report on Succession of States in Respect of Matters other than Treaties (UN Doc.A/CN.4/301 and Add.1 of 13 and 20 April 1977). *Yearbook of the International Law Commission*, II(1). 74 p. URL: [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_301.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_301.pdf).
- Buchheit, L. C., Gulati, M., Thompson, R. B., 2007. The Dilemma of Odious Debt. *Duke Law Journal*, 56, pp. 1201–1262. URL: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1567](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1567).
- Cheng, T. H., 2007. Renegotiating the Odious Debt Doctrine. *Law and Contemporary Problems*, 70(3), pp. 7–32. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol70/iss3/3>.
- Choi, A. H., Posner, E. A., 2007. A Critique of the Odious Debt Doctrine. *Law and Contemporary Problems*, 70(3), pp. 33–52. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol70/iss3/4>.
- Feilchenfeld, E. H., 1931. *Public Debts and State Succession*. New York: The Macmillan Co. 922 p.
- Gelpern, A., 2005. What Iraq and Argentina Might Learn from Each Other. *Chicago Journal of International Law*, 6(1). Art. 23. URL: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol6/iss1/23>.
- King, J., 2007. The Doctrine of Odious Debt in International Law: A Restatement. *SSRN Electronic Journal*. January 21. DOI: 10.2139/ssrn.1027682.
- Kitsmarishvili, D. E., 2018. International legal aspects of the settlement of Ukraine's debt to the Russian Federation. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava* = [Actual Problems of Russian Law], 9, pp. 179–186. (In Russ.) DOI: 10.17803/1994-1471.2018.94.9.179-186.
- Megliani, M., 2020. Mozambican Illegal Debts: Testing the Odious Debt Doctrine. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 53(5), pp. 1637–1686. URL: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol53/iss5/4>.
- Moore, J. B., 1906. *A Digest of International Law*. Vol. I. Washington: GPO. 794 p.
- Sack, A. N., 1927. *Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières: traité juridique et financier*. Paris: Recueil Sirey. 608 p.

### Информация об авторе / Information about the author

**Радченко Юлия Анатольевна**, адвокат, Московская городская коллегия адвокатов «Консультация» (Российская Федерация, 123112, Москва, Пресненская наб., д. 8, стр. 1).

**Yulia A. Radchenko**, Lawyer, Moscow City Bar Association “Konsultatsiya” (building 1, 8 Presnenskaya nab., Moscow, 123112, Russian Federation).



Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.  
The author declares no conflict of interest.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 19.09.2022; дата одобрения после рецензирования: 15.12.2022; дата принятия статьи к опубликованию: 16.12.2022.

Submitted: 19.09.2022; reviewed: 15.12.2022; revised: 16.12.2022.

Научная статья

УДК 34

DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.72-92



# Actually Acting Law: Materialistic Approach

Vladimir M. Syrykh<sup>1</sup>, Bakhyt Altynbassov<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation

<sup>2</sup> University of Bristol, UK

For correspondence: <sup>1</sup> 2707xyz@mail.ru, <sup>2</sup> gr19948@bristol.ac.uk

## Abstract

*Introduction.* The article contains the final results of theoretical studies of the foundations of the materialistic theory of law, that were conducted by the authors between 2020–2022. The basis of the article is the problems of ensuring the real operation of the generally recognised principles of international law in the domestic law of modern states.

*Theoretical Basis. Methods.* The doctrinal basis of the study is the mastering provisions of philosophy, the general theory of law, the sociology of law and the science of constitutional law. In the process of research, the universal dialectical method of cognition, general logical methods, as well as methods of hermeneutics, comparative legal, system analysis and interpretation of the law were used.

*Results.* The article substantiates the legitimacy of understanding the universal principles of law (equality, free will, etc.), as well as the generally recognised principles of international law, enshrined in the Universal Declaration of Human Rights, as an objective law that mediates the laws of development of modern law. Further, the dialectic of the transition of the named universal and general principles of law from possibility to reality, to the totality of actual relations, is revealed. It is shown that this process consists of three interrelated mechanisms: positive law, individual law and concrete law, the interaction of which proceeds in the form of dialectical negation of negation. The conclusion is substantiated that the regulation of social relations is the cumulative result of all these mechanisms. The presentation of the positivist doctrine of law as the only regulator of social relations is problematic.

*Discussion and Conclusion.* The article brings to the discussion of readers a new vision of the problems of legal regulation of social relations, as a single process designed to implement the real embodiment of the universally recognised principles of international law in specific respects. It also substantiates the conclusions about the legitimacy of recognizing an individual as an independent subject of lawmaking and actual relations as the ultimate goal of legal regulation. It is recognised that the organic combination of a dogmatic analysis of legislation with the study of the processes of its implementation in specific respects should become the leading direction of modern legal studies.

**Keywords:** materialist theory of law, objective law, principles of law, international law, national law, positive law, individual law, concrete law, valid law, legal relationships, legal consciousness, actual relationships, distorted form of law

**For citation:** Syrykh, V. M., Altynbassov, B., 2022. Actually acting law: materialistic approach. *Pravosudie/Justice*, 4(4), pp. 72–92. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.72-92.

## **Реально действующее право: материалистический подход**

**Владимир Михайлович Сырых<sup>1</sup>, Бахыт Омирханович  
Алтынбасов<sup>2</sup>**

<sup>1</sup> *Российский государственный университет правосудия, Москва,  
Российская Федерация*

<sup>2</sup> *Бристольский университет, Великобритания*

<sup>1</sup> 2707xyz@mail.ru, <sup>2</sup> altynbasov@yandex.ru

### **Аннотация**

*Введение.* Статья содержит итоговые результаты теоретических исследований основ материалистической теории права, проведенных авторами в 2020–2022 гг. Основу статьи составляют проблемы обеспечения реального действия общепризнанных принципов международного права во внутринациональном праве современных государств.

*Теоретические основы. Методы.* Доктринальной основой исследования являются основополагающие положения философии, общей теории права, социологии права и науки конституционного права. В процессе исследования были использованы всеобщий диалектический метод познания, общие логические методы, а также методы герменевтики, сравнительно-правовой, системного анализа и толкования норм права.

*Результаты исследования.* В статье обосновывается правомерность понимания всеобщих принципов права (равенства, свободы воли и др.), а также общепризнанных принципов международного права, закрепленных Всеобщей декларацией прав человека, в качестве объективного права, опосредствующего закономерности развития современного права. Далее раскрывается диалектика перехода названных всеобщих и общих принципов права из возможности в действительность, в совокупность фактических отношений. Показывается, что этот процесс состоит из трех взаимосвязанных механизмов: позитивного права, индивидуального права и конкретного права, взаимодействие которых протекает в форме диалектического отрицания отрицания. Обосновывается вывод о том, что регулирование общественных отношений является совокупным результатом всех названных механизмов. Тезис позитивистской доктрины о праве как единственном регуляторе общественных отношений является проблематичным.

*Обсуждение и заключение.* Статья выносит на обсуждение читателей новое видение проблем правового регулирования общественных отношений как единого процесса, призванного осуществить реальное воплощение общепризнанных принципов международного права в конкретных отношениях. Обосновываются также выводы о правомерности признания индивида в качестве самостоятельного субъекта правотворчества и фактических отношениях как конечной цели правового регулирования. Признается, что органичное сочетание догматического анализа законодательства с изучением процессов его воплощения в конкретных отношениях должно стать ведущим направлением современных исследований права.

**Ключевые слова:** материалистическая теория права, объективное право, позитивное право, индивидуальное право, конкретное право, действительное право

**Для цитирования:** Сырых В. М., Алтынбасов Б. О. Реально действующее право: материалистический подход // Правосудие/Justice. 2022. Т. 4, № 4. С. 72–92. DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.72-92.

## Introduction

**F**rom the perspective of legal positivism, the law has been recognised as the will of the state, in the form of the ruling elites of society, and elevated to the law. Individuals and other legal subjects should have been strictly guided by them in their activities [Baranov, P. P., 2015; Jong, H. M. de, Werner, W. G., 1998; Eleftheriadis, P., 2010]. Positivist theory has totally dominated the legal science and political and legal practice of democratic nations for the last two hundred years. Even the Soviet state, acting according to the canons of Marxism, betrayed it, recognising legal positivism as the only proper and real direction for a socialist society. According to Forji [Amin, G. F., 2021], Soviet legislation was perceived in the West as an extreme form of positivism, and Soviet international law was limited with norms that were not supported by Western nations.

Officially, such recognition took place at the first Union-wide Conference on the Science of Soviet Law and the State on July 16, 1938. The Chief Prosecutor of the USSR, Vyshinsky, in his report declared that law should be understood as a set of rules of conduct expressing the will of the ruling class, established by law. At the same time, he asserted (in a Pharisee manner) that “our definition has nothing in common with normative definitions” [Vyshinsky, A. Ya., 1949]. Soviet-Russian jurists liked this definition of law so much that, contrary to their philosophical and ideological doctrine – Marxis – they firmly believed in it despite the loss by the positivist doctrine in the last 50–70 years of claims to universal validity and indisputability.

Under the influence of the processes of a gradual, but natural process of democratisation of modern legislation, the positivist doctrine recognised, (and after it the legislator was forced to adapt) a range of institutions that directly contradicted its original principles. These were the introduction of a constitutional court with the authority to invalidate the laws based on their inconsistency with the provisions of the current constitution, the action of the European Court of Human Rights, (which invalidates the normative acts of the countries that do not comply with the European Convention on Human Rights). Some European countries have officially established themselves as constitutional nations, the guiding principle of which is the priority of valid law over the country’s legislation. At the same time, forms of public participation in the legislative activities of the state are expanding, even granting voters the right to pass laws in a referendum.

In this regard, we assume that the materialist theory of law has the greatest potential for appropriate justification and identification of effective measures for further democratisation of national law and practices of its implementation.

However, this doctrine is not widely accepted by lawyers and the public. Therefore, to attract the attention of a wide readership to this theory of law, the article sets out its theoretical framework, which significantly distinguishes it from the modern leading traditions of legal thoughts.

Before discussing the mechanism of transition of objective law from possibility to reality, we will briefly review the literature on objective law studies.

### **Literature Review**

The concept of “objective law” is used in the work of early and middle 20th century scholars and philosophers such as Leon Duguit, Evgeny Pashukanis, and Ayn Rand. Leon Duguit in his paper “Objective Law” notes that in modern society the metaphysical concept of subjective law is giving way to the concept of objective law, which imposes a social obligation on each member of society. Duguit argues that a new state system is coming, based “on the fact of mutual dependence”, connecting all of humanity in general with members of any social group.

Man is a typical being that cannot be separated by the thought of his surroundings, of the group to which he belongs, which is the nation today. Here we see the great fact of social solidarity or interdependence, reflecting his philosophical stance [Duguit, L., 1920]. In his next work, Duguit states that “men have the feeling that the observation of certain rules is necessary to assure their social life and their individual life which depends on it; they have the feeling that it is just for these rules to receive sanction and these rules are what we call juridical norm” [Duguit, L., 1921, p. 135]. Consequently, Duguit does not give a clear definition of objective law, and from his philosophical point of view, one can presume that this refers to social norms, which impose obligations on the members of society in the form of mutual social dependency, that is, solidarity among themselves.

The famous American writer and philosopher Ayn Rand understands the objective law as the law that defines criminal acts, forbids them, and determines the type of punishment for the offender. The primary purpose of such law is to set out general principles of conduct that support the rule of law, human rights and prevent citizens from acting against to each other’s rights [Rand, A., 1965]. Otherwise, in her view, nonobjective law is applied, allowing the official to impose his arbitrary will, that is, his policy, his decisions, his interpretations, his coercion, his punishment, or mercy on helpless and defenseless victims [Smith, T., 2016]. In such a state, the rule of law becomes a grand motto which conceals the reality of oppression and lack of freedom [Barnett, H., 2021]. Although Ayn Rand was not a lawyer, based on her philosophical views, it follows that positive law should come from the objective law that meets the needs of that society.

Ayn Rand further argues that the proper moral aim of human life is the pursuit of one’s own happiness and reasonable self-interest, and that the only social system compatible with this morality is a *laissez-faire* principle that demonstrates the full respect of the individual rights [Feng, L., 2019.]. Such an author’s position seems to have emerged under the idea of neo-liberalism, developed by economists at the University of Chicago in the USA in the 60s of the

last century. One of the fathers of this idea, Milton Friedman, Nobel Laureate in Economics, argued that to solve social problems, it is more effective to promote market relationships, with minimal government intervention. Proponents of this idea believed that efficiency, responsibility, and innovation in the social sphere could be achieved through market competition [Burgin, A., 2012].

The idea of fair capitalism, in which the state plays a supervisory role in economic relationships, thereby ensuring the freedom of individuals in the realisation of their economic and social rights, was the ideal for Ayn Rand. Therefore, according to Ayn Rand, the objective law must be rational and establish the rule of law, which protects the rights and interests of individuals in a free market country.

The interesting thoughts can be also seen in the works of Evgeny Pashukanis, who believes that to establish the objective law, it is not enough to know its normative content, but we need to know whether this normative content is implemented in a real life, that is, in social relationships. He believes that if certain relationships really developed, it means that a corresponding law was created, but if only a law or a decree was issued, but the relevant relationships did not arise in practice, then there was an attempt to create the objective law, but this attempt failed [Pashukanis, E. B., 1929]. The greatest philosopher and lawyer Charles Montesquieu also argues in his book "The Spirit of Law" that "any good law is useless if it is not implemented in practice" [Montesquieu, Ch., 1989]. Pashukanis' assertion that the law should be realised in actual social relationships is of great importance for our work, to be discussed in the last chapter of this article.

Therefore, in the literature on the theory of law, objective law is considered from the perspective of the relationship between the individual and society, the individual and the state, in general terms, without defining a mechanism which ensures the translation of initial principles into real life in the form of legal relationships of individuals.

The theory of positive law, as we know, denies the existence of objective law. Nevertheless, under the influence of democratisation processes, the legislature is forced to adapt some institutions of the rule of law, in direct contradiction with its original principles.

### **Discussion and Findings**

#### **Objective Law**

The main characteristic of the materialist theory of law is, first and foremost, the recognition of objective law as a real operational component of the legal regulatory mechanism. In that respect, it identifies itself with the natural law theory. Therefore, objective law is formed by the principles of international law, as well as the principles enshrined in the current constitutions of modern states and the laws of the country.

The principal sources of contemporary objective law are the norms of international law, enshrined in such fundamental acts as: 1) the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the General Assembly on December 10, 1948; 2) the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the General Assembly on 16 December 1966 and entered



into force on 3 January 1976; 3) the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly on December 16, 1966 and entered into force on March 23, 1976; 4) The Optional Protocol to the Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly on December 16, 1966; 5) the Declaration on Social Progress and Development adopted by the General Assembly on December 11, 1969; 6) the United Nations Millennium Declaration adopted by the General Assembly on September 8, 2000.

The historical role of the Universal Declaration of Human Rights lies in the fact that it is the first act of international law, which defined, firstly, the system of rights inherent in every person from the day of his birth and regardless of race, color, sex, language, religion, political or other beliefs, national or social origin, property, estate or other status, and, secondly, the principles for the implementation of these rights are enshrined in specific legal relations. The provisions of the Declaration were recommendations to UN Member States, setting out the basis for their legal policy.

In turn, the principles of international law are concretised by the sources of national law: the constitution and laws. These sources may contain a number of principles that are not provided for by the norms of international law but recognised as such by their legislative bodies. In addition, the principles of equality, free will, interdependence and equivalence should be recognised as universal principles of law, as laws of the legal form of the historically first economic exchange relationship [Marx, K., 2016]. That composition of the principles of objective law needs a detailed justification and concretization, otherwise, their reality, validity as components of objective law, is only presumed.

According to the materialist theory of law, objective law as a valid law is not linked to any existing form of being: legislation, legal consciousness or legal relationships, as assume representatives of legal positivism, psychological or sociological legal theories. Neither the state nor any other subject has a monopoly on the expression of objective law. Objective law is actually embodied in cognition and concrete actions, where the cognizing and acting subject correctly understand that law and realised it in his actions, entering into a certain legal relationship [Syrykh, V. M., 2011].

Objective law, like any consistent pattern, only becomes a real existing phenomenon once it is embedded in certain actual relationships. To achieve such results, the principles of law must pass through four stages: positive, individual, and concrete law, and actual relationships. Only the stage of a concrete law contains prescriptions about the rights and obligations of individual subjects as participants in certain legal relationships. Positive law, being the first, initial stage of translating the principles of law into reality, containing the will of the legislator, another law-making body regarding the general, abstract conditions for the implementation of the principles of law in public abstract relationships. However, objective law reaches its ultimate goal at the stage of actual relationships, after individual prescriptions are embodied in concrete actions and expressed in socially useful results for society and the state.

### Positive Law

The role of legal regulation lies in the fact that out of the many options for the connection of participants in a legal relationship, the state chooses a variant of behavior that can guarantee the stability of relations in society, create a mutual connection of participants in which they could satisfy their own interest without violating the public legal order. Relying on the power of coercion, the state seeks the help of the law to create a uniform behaviour of subjects in situations of the same type, since it is not possible to create a stable order in society in any other way. The state is directly interested in a sustainable order as the goal of its activities. Individuals are also directly interested in the legal order, seeing in it a means of realising their interests and satisfying needs, regardless of whether the norm belongs to the public or private law.

Modern lawmakers, like their ancestors a thousand years ago, firmly believe that all will emanate from them in the form of a legal act is a valid law, nothing else in this capacity exists. Whereas, in fact, everything is much more complex and vice versa. *The real nature of the law is not to raise the will of the state to the level of the law, but to provide society with prescriptions which define the content of objective law in relation to the conditions of society's existence through legal acts.* "Positive law, according to the materialist theory of law, is able to act as a valid law, not in any act of manifestation of the law-making will, but only if it corresponds to the universal principles of objective law such as interconnection, equality, equivalence, freewill" [Srykh, V. M., 2017, p. 9].

Positive law must determine, first and foremost, the measures which the subject acting must respect to avoid violating the requirements of objective law, its principles, to remain within the legal framework. A legal act may be considered a true law if its provisions comply with the principles of objective law: 90% compliance means 90% law, 0% compliance – 0% law. Consequently, the real regulator of social relations and the behaviour of their participants is not a positive law, but objective law. It serves as the criterion of law in all stages of the mechanism of transition from objective law to reality.

Positive law, like the moon, carries in itself an understanding of law reflected from another more powerful source. What would we say to a person who recognises the Moon as the true luminary of Earth dwellers because it is closer to Earth than to the Sun? However, positivists have declared the legal acts as the sole regulator of social relations propagating the absurdity in the relationship between objective law and positive law. Thus, the advocates of positive law enjoy the universal respect, and their fantasies in this regard are still universally acknowledged.

The history of law formation and development has convincingly shown the failure of individuals and society to independently determine boundaries in which selfish interests and the demands for material and spiritual benefits of individuals could remain legal, do not infringe on the rights and freedoms of other legal subjects. However, the state, which voluntarily assumed the obligation to determine a single measure of law for its subjects, also failed to cope with this task misinterpreting legal measures and passing off the interests and the will of the dominant economic and political class of society.

The legislative authority does not attach much importance to the problem of the conformity of legal acts with objective law and their legal doctrine also denies its existence. Moreover, patented positivists seek to quickly stifle and criticise any attempt by researchers to reveal the real relation between objective law and legislation. The positivist is ready to recognise the subjective will of the legislator as a valid law, subject to strict execution even in the case when the current rule of law is outdated or from the very beginning did not correspond to objective law and, accordingly, to the content of the relevant legal relationships. According to G. V. Mal'tsev, "Frankly erroneous, unfair and politically inconsistent norms of law can cease to exist only by losing their validity as a result of the abolition of law" [Mal'tsev, G. V., 2007, p. 605].

In addition, representative and legislative bodies, consisting of professional politicians, introducing primarily the interests of the wealthy strata of society, most often pass laws in the interests of this strata and do not always take into account the interests of workers and the poor. As a result, a significant part of the current legislation of modern industrialized countries and other nations is a distorted form of law that does not correspond to objective law. The distorted form of positive law still retains its effect in Russian legislation in the form of norms that grossly violate the principle of equality of private law subjects, their freedom of will, the equivalence of legal relations, and the imposition of duties that a significant part of the population is unable to fulfill [Syrykh, V. M., 2017].

In this case, Al Attar rightly states that, from a positivist perspective, a law can only be considered valid if it meets two mandatory requirements. The first is whether the authority that issued this law is correct itself, and the second is whether this correct authority follows the proper procedures for adopting this law. According to the author, the law is only valid if both conditions are strictly complied with [Attar, M. al, 2017]. However, for a proper definition of the validity of the law, complying with these external conditions of one's being is not sufficient. So, legal provisions must be compatible with the principles of law established by the Universal Declaration of Human Rights and other acts of international law adopted in their implementation.

Legislative regulations that encroach on individuals' rights and freedoms encounter passive or active resistance from them, which is expressed in many offences and crimes. Society has little desire to conform to the prescriptions of laws that impinge on their rights and freedoms, enshrined in the norms and principles of international law. According to Yu. V. Golik [2006], the dominant trends in crime over the last two hundred years are: its intensive growth, exceeding the population growth in its rhythm; the expansion of areas of criminal activity; "self-serving" of the motivation of criminal behavior; increasing its organization, technical equipment and self-defense; the use of increasingly destructive means and methods of committing crimes; an increase in the damage caused by crime; transnationalisation of the criminal environment; unification and feminization of subjects of crimes; an increase in the public danger of criminal activity, etc.

Although the state has deprived civil society of the right to form a private law at its discretion, the members of society have managed to preserve the

ability of having their own opinion on the valid law, which does not coincide with the prescriptions of the officially existing laws. Members of modern civil society, like their distant ancestors, have not lost their interest in objective law, their property rights, and their ability to make reasonable judgments, and therefore very intensively and various forms form their ideas about law and its implementation in specific ways. Moreover, in modern conditions, the ability of individuals and various social groups to know objective law, to understand the ways and mechanisms of its action has increased significantly due to education, the achievements of legal science and the development of culture and other spheres of society.

### **Individual Law**

Even in a country governed by the rule of law, it is difficult to believe that an individual obeys the rule of law blindly; rather, he *forms a system of his own (individual) positive law independently*, during all his practical activity, *selectively*.

In turn, it comprises the following three stages. First, an individual learns the current law in society. Next, he forms a system of legal norms that he is ready to implement in specific relationships. Finally, he forms his own will to perform legally significant actions. The results of this cognitive activity as a whole form *an individual law*.

Other researchers also give a similar definition “individual law can be defined as a system of rules and values formed in the process of legal socialisation and determining the legal behaviour of an individual in a certain situation, allowing him to identify himself with a certain social group” [Krasnov, A. V., Skorobogatov, A. V., 2018, p. 84]. They argue that individual law is a behavioral regulator that is creatively developed by subjects in the legal communication process as part of the commission of acts of legal behaviour, both based on the norms of positive law and taking into account the norms of customary, social law. In other words, the formation of individual law occurs in the process of legal socialisation. In this process, two main phases can be distinguished: primary socialisation, during which legal education takes place, the transfer of social-legal experience to the individual, including legal knowledge and legal values characteristic of the society (local) community, of which he is a member by virtue of origin; and secondary socialisation, thanks to which a person, with the help of individual legal experience, acquires the legal knowledge, values and skills necessary for him to identify with a certain social (professional) group, of which he seeks to become the subjectively [Krasnov, A. V., Skorobogatov, A. V., 2018].

Depending on the degree of penetration of the essence of the law and the understanding of the mechanism of legal regulation, three types of individual law are distinguished: ordinary, professional, and scientific. Persons who have no special legal background are subject to ordinary individual law. A feature of the law at this level is the absence within it of the norms of positive law, to which the individual has a negative attitude, recognizes them as inconsistent with his ideal and is in no hurry to fulfil them voluntarily.

There is an opinion that individual law is closely bound up with the legal consciousness of individuals, which is understood as the union of such terms as legal knowledge, legal awareness, trust in the law, legal opinion, etc. [Horák, F., Lacko, D., Klocek, A., 2021]. Being alone, with oneself, the individual forms a personal attitude to positive law gives it an axiological evaluation and determines the ways of realizing his social, public and private rights in specific legal relationships.

Contrary to the expectations of the positivists, one part of the population may initially be bewildered and puzzled, thinking about legislative novels, while the other will smile sceptically, saying that nothing good can be expected from our state. A certain part will even take the path of offences and crimes. Terrorists and corrupt officials, although socially dangerous criminals are still citizens of their state, and to effectively combat them, this negative phenomenon should be carefully studied in legal doctrine and practice to understand and eliminate the factors that give rise to it.

The ordinary individual law deprives positive law of universality and confers its purely personal character. Ideally, the law, from an individual's point of view, can differ considerably from the positive law and the law of other individuals. But it is precisely in this unique individuality that law acquires a special value in that it determines the essence and content of the legal position of the individual, the measure of freedom he desires in the sphere of private and public law, legal claims, and the measure of readiness to fulfil the assigned legal obligations. However, this measure usually turns out to be somewhat deformed in terms of expectations of increased material conditions, social assistance from the state and the reduction of the hardships associated with the execution of legal obligations imposed by the state.

The individual consciousness of persons with professional legal education and legal work experience appears differently. Its content consists of special knowledge obtained by individuals in the process of studying at the law faculties of universities or law academies. The individual law of this level largely coincides with official state criteria and requirements expressed in current legislation, however, it must have an inherent inner conviction, conscience, which, in the understanding of G. Hegel, "expresses the absolute right of subjective self-consciousness, namely to know in and out of itself, which is right and duty, and recognise as good only what it knows as such: at the same time, conscience expresses the affirmation that what it knows and wills as such is truly right and duty [Hegel, G., 1990, p.178].

The individual law (conscience) of the enforcer of the law shows its effect at all stages of the law application process. According to the law, its requirements are associated with enforcement only the most significant, meaningful from the point of view of the law, its protection against procedural violations. Meanwhile, the conduct of a significant part of legal and technical procedures is within the scope of the personal discretion of the law enforcement officer and is determined in accordance with the requirements of his individual law. Even law enforcement decisions taken with due regard for and in accordance with the law, in one part or another, are still determined by the discretion of the law enforcement officer. The formation of the individual law of persons engaged in



law enforcement activities is the most important objective of the state, which is addressed through the system of law schools, law faculties of universities, as well as the systematic passage of advanced training courses by practicing lawyers.

The highest level of individual legal consciousness is inherent in lawyers who conduct research activities focused on revealing the patterns of development and functioning of modern law, its history, as well as the features of its application in practice. In the process of conducting research work, lawyers criticize insufficiently perfect and ineffective norms of law and make their proposals for improving legislation and law enforcement practice. It is up to them that the most important social duty is to reveal the rational, the eternal, the progressive in the law and to “burn people’s hearts with the verb”, to bring the truth about law and legislation both to the state bodies and to the people, to the broad masses of working people, to explain to them the meaning and essence of their relation to the current law and ways of its implementation.

Thus, individual law is an independent and necessary form of objective law. Thanks to this form of law, objective law, like positive law, represents an important step towards the implementation of specific legal relationships. Individual law deprives positive law of impersonality. The law acquires a purely personal color, it acquires the status of the subjective right of an individual, which can differ significantly from both positive law and the rights of other individuals. But it is precisely within this unique individuality that the law acquires special value in the sense that it is no longer general, but from the position of an individual, determines the measure of legal freedom, his legal claims, and the measure of readiness to fulfil the assigned legal duties.

Consequently, it appears that the legal measure is undergoing a significant change, the evolution according to the social roles of the actors. For most of the population, this measure, as a rule, turns out to be somewhat deformed in terms of the amount of receiving common benefits and fulfilling legal obligations. The individual law of law enforcement is an effective way to establish the circumstances of the case, and their qualifications and to take a legitimate, justified, and fair decision. The individual law of the legal elite, represented by legal scholars, turns out to be an invaluable repository of reliable well-founded knowledge about the quality of the current legislation, the effectiveness of its operation and ways for further improvement.

Individual legal regulation has existed since the emergence of law to the present as a form of the historical first economic relationship of exchange and other similar relationships that arose later. Positive law as the leading component of the legal superstructure has been used only in the last millennium, because of the increasing complexity of social connections and the need to consolidate a uniform version of the society’s activities to achieve the objectives set by the state. The positive law is not more able to give, and it is not required. Its regulatory function is an invention of the positivists, promoted by the state itself. If the law is an effective regulator of social relations, then why is the state creating an army of special organs designed to ensure the actual functioning of the law. The trouble is that the law without this supporting bodies, appears as nothing more than scraps of paper covered with ink.



The third form of objective law – *concrete law* – has as its source not only legislation but also individual law, without which the abstract prescriptions of the legislator cannot lose their universal form and acquire a level of law in accordance with the characteristics of a particular relationship. Relying on legislation alone, as positivist doctrine suggests, the task of forming a concrete law would be impossible. Without the effective participation of individual law, as already mentioned, it is not possible either to identify the legal claims of the parties to a particular legal relationship or to make an authoritative decision on the legitimacy of these claims from the standpoint of the current legislation.

### **Concrete Law**

In positive law, which is a formalised system of abstract norms of law, there is no real life, it can only be inspired by the subjects of specific legal relationships. The general model of human activity is that it first thinks through and empathizes with its future actions looking for their optimal option. “A spider conducts operations that resemble those of a weaver, and a bee puts to shame many an architect in the construction of her cells. But what distinguishes the worst architect from the best of bees is this, that the architect raises his structure in imagination before he erects it in reality” [Marx, K., 2013]. A similar consistent pattern works in the field of legal regulation, including at the stage of forming a concrete law in the form of *an agreement or a law enforcement decision*.

In private law, a subject authorised to enter into a specific legal relationship is absolutely willing, in accordance with the current legislation, no one and nothing can force a subject of private law to enter into a legal relationship against his will and contrary to his interests. The more accurately positive law corresponds to the requirements of objective law and reflects the state of the relevant social relationships, the more often the desire of the subjects of these relationships to use positive law arises in order to satisfy their interests and needs.

Norms that embody legislative arbitrariness or preserve outdated variants of legal relationships are deliberately ignored by participants in concrete legal relationships. Outdated or arbitrarily established norms prevent the receipt of material or spiritual benefits in the amount guaranteed by developing social relationships, and thus their participants independently, bypassing the law, enter into legal relationships which enable them to fully satisfy their interests. Thus, society itself determines the degree of compulsory character and validity of private law.

Public law has a different order of functioning. The norms are embodied in concrete relationships, often at the will of their empowered party, although the level of obligatory nature of the norms of law here is much higher than in private law. State bodies and officials, as agents of the state, are forced to follow its normative instructions, regardless of their own desires and will. However, even this well-known principle of legality may not be fully respected and may be torpedoed by officials in the decisions that they are entitled to make at their own discretion.

The strict application of legislative arbitrariness in repressive acts in specific relations entails negative consequences such as the flagrant violation of citizens' rights and freedoms. This is convincingly demonstrated by the arbitrariness of the state, perpetrated throughout human history, which for the Rus-

sian reader may be most clearly represented by the fascist crimes committed during the Great Patriotic War, as well as Stalin's repression in 30–40 years of the last century.

Concrete law as a set of common and individual law enforcement decisions as a whole is an independent form of implementation of objective public law, which completes the process of legal influence on social relationships. The distinction between positive and concrete law, which the positivist doctrine sees, is in fact untenable.

The needs and interests of individuals and other subjects of private and public law are a real motive for legal behavior. Entering into a concrete legal relationship, an individual does not always think about how not to stumble, not to go beyond the legal field, he is most often driven by his personal material or spiritual interest, the desire to minimise its cost, and extract the maximum possible benefit from another participant in the legal relationship. Therefore, the dialectics of the correlation of positive, individual, and concrete law in the mechanism of legal influence ensures the success or failure of positive law, that is, the realisation of the ultimate goals of legal regulation. Relying only on positive law, viewing it as a guarantee of a stable law and order is unrealistic. It's like a young man's wish to drive a car, having only a car engine without a wheel and other parts of the car.

The general and inherent aspects of positive and concrete law as the initial and final stages of legal influence are characterised by the following. First, they are both designed to achieve the same legal regulatory objectives, to create a stable legal order in society, to spread common benefits on a legal basis, etc. Second, they are an effective means of achieving the will of the state in life through a system of concrete legal relationships. Third, they have an objective law as their common basis. Fourth, the final result expressed as a contract, or an enforcement act is the overall effect of positive and concrete law.

The unity of positive and concrete law is therefore not in their identity in terms of specific characteristics, as the positivist doctrine demands, but in their essence as different stages of a single process of translating objective law from possibility into reality. The logic of the operation of law is determined by its goals, focused on determining and fixing the measure of the lawful activity of the subjects of concrete relationships, corresponding to the principles of objective law. These goals cannot be realised before subjective rights and legal obligations can be embodied in concrete legal relationships. The law is not only a measurement of legal behavior, but also a concrete connection of interacting subjects. *That is why positive law, which is the way of the transformation of objective law in reality cannot pretend to be the only possible form of law.*

Combined organically into one process, positive and *concrete law* constitutes an existing law, but not all *existing laws* appear to be *valid laws, embodied in real relationships*. The purpose of legal regulation, as you know, is to create stable orders in society, aimed at meeting the needs of the subjects of actual relationships in material and spiritual benefits.

As a result, general and specific rules of law perform their function as a measure of lawful behavior only after they are embodied in specific actual relationships and change their status from formal normative phenomena to

the status of actually operational, valid legal prescriptions. Thus, *valid law is a set of norms of positive and concrete law that correspond to objective law as the basis embodied in real relationships*. The application of legal norms in specific relationships, reflecting the subjective arbitrariness of the legislator, which does not correspond to their objective basis, does not and cannot generate valid law. Strict adherence to the distorted form of positive law in the application of the law does not imply the strengthening of the rule of law, as the positivists believe, but complete lawlessness, massive infection of the real existing practice with erroneous normative decisions of the legislator embodied in law enforcement acts.

The law enforcer, bound by the constitutional principle of legality, experiences conflicting feelings. Non-compliance with legislation that does not correspond to a public servant's individual right has serious consequences. At the same time, the execution of laws that reinforce legislative arbitrariness, elevating the criminal will to the rank of general binding decisions, as was the case in Nazi Germany, is recognised as the same crime as the actions of the legislator. As we know, the guilty verdict was issued both to Hitler's associates and to persons who were directly involved in various punitive operations against the civilian population of the USSR and other European countries.

Therefore, an enforcement decision based on norms, which instead of a law measure containing legislative arbitrariness, cannot, in any case, become a valid law. If positive law is a distorted form, it will be the same for the enforcement decision. At the same time, valid positive law does not guarantee the validity of a law enforcement decision, which, for one reason or another, including the arbitrariness of an official, may deviate from it, not comply with the principles of objective law. Complete harmony between real positive law and the law enforcement decision based on it takes place only where both forms of law consistently have a single basis – objective law, which successfully adopts its principles in their immediate content.

### **Actual Relationships**

In accordance with the obligations assumed by the parties to the contract, they turn words into deeds, endeavour to accomplish, to give life to all that is written in the contract. Objective law achieves its ultimate goal: from a regularity that existed as a possibility, it, consistently taking the forms of positive, individual and concrete law, is embodied in immediate reality in the form of actual relationships.

The legal form and content of economic or other relationships, harmoniously corresponding to each other, generate results that can satisfy the needs of the subjects, and the economy of the country is asserting itself as a truly functioning and very important part of society. Thus, in real actions, it is possible to realise the goals of the individual, the objective law and the corresponding social sphere. *Therefore, the concrete relationship that completes the transition of objective law into reality has every reason, being the last in this process, to stand ahead of the previous forms of law as a really valid, genuine law.*

The complexity of the stage of actual relationships lies in the fact that a significant portion of them have a distorted form, incapable of translating

objective law into reality. Practice may be inconsistent as well as rational. Actual relationships, as a reality, of direct practice, are a valid form of objective law only if they are consistent with universal principles. The correspondence of actual relationships to positive law, however, does not guarantee their validity as a form of objective law, since a significant part of the norms of positive law, in turn, has a distorted form, is law only in its source and method of adoption, but not in legal and social content.

Thus, in the process of transition from possibility to reality, objective law successively passes through three forms and is finally embodied in the fourth. Only in a certain act of actual relationship the goals of the individual, objective law and the economy as a whole can be realised. Accordingly, the specific law, which completes the transition of objective law into reality, has every reason, being the last in this process, to become ahead of the previous forms of law as a really *valid*, valid “*living*” law, embodying legal patterns and creating micro conditions for the progressive development of society and the state.

The essence of the legal regulatory mechanism is to translate legal principles into actual laws of operation and development of law by enshrining in legislation as a measure of lawful behavior and legal responsibility. The implementation by the subjects of law of a legislatively defined measure creates a stable legal order in society, which in turn ensures the massive, collective activity of society to translate legal principles into real life in a system of actual social relationships. As a result, society, and the state, acting in accordance with the laws of social development, manage to ensure the progressive development of social spheres and successfully solve the problems of the maximum possible satisfaction of the universal human rights of everyone with the material and spiritual benefits.

It is clear that currently, given the state of society, for a variety of objective and subjective reasons, it is not always possible to achieve better results. Nevertheless, society and the state, acting in this way, in the direction of the stated ideal, will achieve positive results of their activities much more successfully and fruitfully than in the current practice, oriented towards positivist attitudes that elevate any legislative arbitrariness to the level of the law in force and only abstractly and helplessly setting the task of separating the valid law from the legislative provisions.

Positive law is deprived of the capacity to regulate social relationships, which is subjectively attributed to it by positivist doctrine, because of the absence of any motive and means for it. The endowment of the positive law with a regulating function did not take place at all through the goodness of the spiritual positivist doctrine of the law, but because of its one-sidedness and inability to reveal the contradictory process of legal regulation and recognise the fact that, from the perspective of this doctrine, it is impossible for an individual to apply the regulatory function of law. Such a conclusion was also not possible due to political reasons. Imagine how ridiculous the ideologists of positivism at the beginning of the 19th century would have been looked if they sincerely wanted to exorbitantly praise the bourgeois state and at the same time denied its role as the real regulator of social relationships in favor of the working class.

No matter how absurd from the perspective of modern positivism the conclusion about the individual as a regulator of concrete relationships, nevertheless, the fact remains that the individual has always conscientiously fulfilled this duty from the earliest days of the history of law for 5–6 thousand years. Not everyone can resist the temptation to take someone else, especially when something is somewhere without an owner. Therefore, it is necessary to determine the order in which a person should satisfy the needs for material goods without harming others.

Consequently, the legal regulatory function of the individual is a necessary and primary condition of his existence as a human being after the collapse of the tribal community system and the establishment of private ownership of material goods. Alienated from all other members of society, the individual, in order to satisfy his needs for material and spiritual benefits, was forced to enter into various kinds of social relationships, including relationships with other private owners like him. Historically, the first economic relationship, in the form of exchange, has also given birth to a new means of social regulation of the relationship among its participants – the law. For thousands of years, the individual has regularly exercised the function of regulating exchange relationships, and the universal principles of law identified by him have not lost their significance to the present. The state did not participate in this process, its function was the administration of justice, conducted according to the norms established by the individuals.

Only in the fifth century B. C., the state displayed a notable interest in legislation. Initially, for purely paternalistic purposes, to fill in the gaps in customary law, and then, in later periods, to consolidate the political power of the economically dominant class, its right to exploit the masses and the powerlessness of the latter. In modern times, there is an urgent need to introduce the legislator into its inherent framework of determining the measure of the lawful behavior of subjects. Legal regulations must be transferred definitively and irrevocably to the level of the individuals, in order to guarantee their free will within the limits established by the state.

The outlined model of socio-legal studies of the mechanism for transferring objective law into reality, that reveal only the scheme, the structure of these studies, convincingly indicates how complex and multifaceted the path to solving the fundamental centuries – old task of jurisprudence is to identify the existing rules of law at the level of actual relationships. At the same time, the solution of such a problem is not an ultimate goal of legal science but is only the first step towards the formation of a multifaceted scientifically justified information base that reliably testifies to the advantages and disadvantages of the system of existing legislation and social and legal factors that impede its successful functioning.

### **Conclusion**

Under modern conditions, the positivist theory of law, which has dominated the minds of lawyers for over two centuries, is increasingly showing its inconsistency falling in conflict with democratic institutions intended to ensure the effective functioning of universal human and citizen rights and freedoms (the rule of



law, constitutional courts, an individual's right to legal protection, etc.). The materialist theory of law, on the contrary, takes into account progressive, democratic trends in the development of contemporary law and determines the optimal mechanism for implementing the principles of law, justified by modern jurisprudence and enshrined in international legal acts in the form of universal rights and freedoms of man and citizen. These principles, reflecting the natural correlations of modern society, the state, and the individual, form an objective law, which is formal in nature and needs an effective mechanism for its implementation in immediate reality.

The mechanism determined by the logic of the transition of objective law from possibility to reality, consists of four elements (forms of law): 1) positive law, accepted by the state, other power structures; 2) individual law formed by each acting subject in accordance with the conditions of his existence; 3) concrete law in the form of civil law contracts and law enforcement acts; 4) actual relationships, the lawful behavior of the subjects, which corresponds to the principles of objective law, embodied in the norms of positive and concrete law. *Thanks to this mechanism, the role of the norms of international law in the regulation of intra-national relationships rises, as well as the status of the individual as an independent subject of legal regulation, through whose efforts it is only possible to translate positive law into immediate reality.*

## References

- Amin, G. F., 2021. Marxism, International Law and the Enduring Question of Exploitation: A History. *Athens Journal of Law*, 7(3). DOI: 10.30958/ajl.7-3-5.
- Attar, M. al, 2017. *Positivist Legal Theory*. URL: [https://www.youtube.com/watch?v=TRNA\\_nFnnVA&t=110s](https://www.youtube.com/watch?v=TRNA_nFnnVA&t=110s).
- Baranov, P. P., 2015. Positivistic legal thinking in jurisprudence, practice and everyday life of modern Russia. *Russian Journal of Legal Studies*, 2(4), pp. 7–14. (In Russ.) DOI: 10.17816/rjls18067.
- Barnett, H., 2021. Marxism and the rule of law. *Constitutional & Administrative Law*. London: Routledge-Cavendish. DOI: 10.4324/9781843144755-29.
- Burgin, A., 2012. The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective. *History of Political Economy*, 44(3), pp. 550–551. DOI: 10.1215/00182702-1717311.
- Duguit, L., 1920. Objective Law. *Columbia Law Review*, 20(8), pp. 817–831.
- Duguit, L., 1921. Objective Law. III. *Columbia Law Review*, 21(2), pp. 126–143. URL: <https://www.jstor.org/stable/1112412>.
- Eleftheriadis, P., 2010. Law and Sovereignty. *Law and Philosophy*, 29, pp. 535–569. DOI: 10.1007/s10982-010-9077-7.



- Feng, L., 2019. The virtue of selfishness: Economic ideas in atlas shrugged. *Interdisciplinary Studies of Literature*, 3(1), pp. 186–195. URL: <http://www.isljournal.com/uploads/soft/190505/1-1Z505114505.pdf>.
- Golik, Yu. V., 2006. *Prestupnost' – planetarnaya problema. K itogam XI Kongressa OON po preduprezhdeniyu prestupnosti i ugovnomu pravosudiyu* = [Crime is a planetary problem. To the results of the XI UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice]. URL: [https://libking.ru/books/sci\\_juris/637116-2-yurij-golik-prestupnost-planetarnaya-problema-k-itogam-xi-kongressa-oon-po-pred](https://libking.ru/books/sci_juris/637116-2-yurij-golik-prestupnost-planetarnaya-problema-k-itogam-xi-kongressa-oon-po-pred). (In Russ.)
- Hegel, G., 1990. *Filosofiya prava* = [Philosophy of law]. Moscow: Mysl'. 524 p. (In Russ.)
- Horák, F., Lacko, D., Klocek, A., 2021. Legal Consciousness: A Systematic Review of its Conceptualization and Measurement Methods. *Anuario de Psicologia Juridica*, 31(1), pp. 9–34. DOI: 10.5093/APJ2021A2.
- Jong, H. M. de, Werner, W. G., 1998. Continuity and Change in Legal Positivism. *Law and Philosophy*, 17(3), 233–250. DOI: 10.1023/A:1006028606562.
- Krasnov, A. V., Skorobogatov, A. V., 2018. Individual Law as the Basis of Legal Behavior of an Individual. *Russian Journal of Legal Studies*, 5(1), pp. 81–90. (In Russ.) DOI: 10.17816/rjls18352.
- Mal'tsev, G. V., 2007. *Sotsial'nyye osnovaniya prava* = [Social foundations of law]. Moscow: Norma. 800 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-16-107691-0.
- Marx, K., 2013. *Capital: Volumes One and Two*. Wordsworth Classics of World Literature. Wordsworth Editions Ltd. 1168 p. ISBN-13: 978-1840226997.
- Marx, K., 2016. Economic and philosophic manuscripts of 1844. *Theory Re-Wired: New Connections to Classical and Contemporary Perspectives*. 2nd ed. DOI: 10.4324/9781315775357.
- Montesquieu, Ch., 1989. *The Spirit of the Laws*. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Eds. A. M. Cohler, B. C. Miller, H. S. Stone. Cambridge University Press. 808 p. ISBN-13: 978-0521369749.
- Pashukanis, E. B., 1929. *Obshchaya teoriya prava i marksizm* = [General theory of law and Marxism]. 3rd ed. Moscow: Publishing House of the Communist Academy. 136 p. (In Russ.)
- Rand, A., 1965. *Objective Law*. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=hcs1Evb6Bzk&t=1145s>.
- Smith, T., 2016. Objective Law. In: A. Gotthelf, G. Salmieri, eds. *A Companion to Ayn Rand*. John Wiley & Sons, Ltd. Pp. 209–221. DOI: 10.1002/9781118324950.ch9.
- Syrykh, V. M., 2011. *Materialisticheskaya teoriya prava. Izbrannoye* = [Materialist theory of law. Selected works]. Moscow: Russian Academy of Justice. 1260 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-93916-302-6.

Syrykh, V. M., 2017. Problems of harmonization of positive and social (pre-positive) private law. *Lex Russica*, 7, pp. 9–29. (In Russ.) DOI: 10.17803/1729-5920.2017.128.7.009-029.

Vyshinsky, A. Ya., 1949. [The main tasks of the science of Soviet socialist law]. *Voprosy teorii gosudarstva i prava* = [Questions of the theory of state and law]. Moscow: State Publishing House of Legal Literature. Pp. 53–122. (In Russ.)

### Список источников

Баранов П. П. Позитивистское правопонимание в юридической науке, практике и повседневной жизни современной России // Российский журнал правовых исследований. 2015. Т. 2, № 4. С. 7–14. DOI: 10.17816/rjls18067.

Вышинский А. Я. Основные задачи науки советского социалистического права // Вопросы теории государства и права. М. : Госюриздат, 1949. С. 53–122.

Гегель Г. Философия права. М. : Мысль, 1990. 524 с.

Голик Ю. В. Преступность – планетарная проблема. К итогам XI Конгресса ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию. 2006. URL: [https://libking.ru/books/sci\\_juris/637116-2-yurij-golik-prestupnost-planetarnaya-problema-k-itogam-xi-kongressa-oon-po-pred](https://libking.ru/books/sci_juris/637116-2-yurij-golik-prestupnost-planetarnaya-problema-k-itogam-xi-kongressa-oon-po-pred).

Краснов А. В., Скоробогатов А. В. Индивидуальное право как основа правового поведения индивида // Российский журнал правовых исследований. 2018. Т. 5, № 1. С. 81–90. DOI: 10.17816/rjls18352.

Мальцев Г. В. Социальные основания права. М. : Норма, 2007. 800 с. ISBN: 978-5-16-107691-0.

Пашуканис Е. Б. Общая теория права и марксизм. 3-е изд. М. : Изд-во Коммунист. Акад., 1929. 136 с.

Сырых В. М. Материалистическая теория права : Избранное. М. : РАП, 2011. 1260 с. ISBN: 978-5-93916-302-6.

Сырых В. М. Проблемы гармонизации позитивного и социального (предпозитивного) частного права // *Lex Russica*. 2017. № 7. С. 9–29. DOI: 10.17803/1729-5920.2017.128.7.009-029.

Amin G. F. Marxism, International Law and the Enduring Question of Exploitation: A History // *Athens Journal of Law*. 2021. Vol. 7, no. 3. DOI: 10.30958/ajl.7-3-5.

Attar M. al. Positivist Legal Theory. 2017. URL: [https://www.youtube.com/watch?v=TRNA\\_nFnnVA&t=110s](https://www.youtube.com/watch?v=TRNA_nFnnVA&t=110s).

Barnett H. Marxism and the rule of law // *Constitutional & Administrative Law*. London: Routledge-Cavendish, 2021. URL: <https://doi.org/10.4324/9781843144755-29>.

- Burgin A. The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective // *History of Political Economy*. 2012. Vol. 44, no. 3. P. 550–551. DOI: 10.1215/00182702-1717311.
- Duguit L. Objective Law // *Columbia Law Review*. 1920. Vol. 20, no. 8. P. 817–831.
- Duguit L. Objective Law. III // *Columbia Law Review*. 1921. Vol. 21, issue 2. P. 126–143. URL: <https://www.jstor.org/stable/1112412>.
- Eletheriadis P. Law and Sovereignty // *Law and Philosophy*. 2010. Vol. 29. P. 535–569. DOI: 10.1007/s10982-010-9077-7.
- Feng L. The virtue of selfishness: Economic ideas in atlas shrugged // *Interdisciplinary Studies of Literature*. 2019. Vol. 3, no. 1. P. 186–195. URL: <http://www.isljournal.com/uploads/soft/190505/1-1Z505114505.pdf>.
- Horák F., Lacko D., Klocek A. Legal Consciousness: A Systematic Review of its Conceptualization and Measurement Methods // *Anuario de Psicología Jurídica*. 2021. Vol. 31, no. 1. P. 9–34. DOI: 10.5093/APJ2021A2.
- Jong H. M. de, Werner W. G. Continuity and Change in Legal Positivism // *Law and Philosophy*. 1998. Vol. 17, no. 3. P. 233–250. DOI: 10.1023/A:1006028606562.
- Marx K. *Capital: Volumes One and Two*. Wordsworth Editions Ltd, 2013. 1168 p. (Wordsworth Classics of World Literature). ISBN-13: 978-1840226997.
- Marx K. *Economic and philosophic manuscripts of 1844* // *Theory Rewired: New Connections to Classical and Contemporary Perspectives*. 2nd ed. 2016. DOI: 10.4324/9781315775357.
- Montesquieu Ch. *The Spirit of the Laws* / eds. A. M. Cohler, B. C. Miller, H. S. Stone. Cambridge University Press, 1989. 808 p. (Cambridge Texts in the History of Political Thought). ISBN-13: 978-0521369749.
- Rand A. *Objective Law*. 1965. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=hcsIEvb6Bzk&t=1145s>.
- Smith T. *Objective Law* // *A Companion to Ayn Rand* / eds. A. Gotthelf, G. Salmieri. John Wiley & Sons, Ltd, 2016. P. 209–221. DOI: 10.1002/9781118324950.ch9.

### **Information about the authors / Информация об авторах**

**Vladimir M. Syrykh**, Dr. Sci. (Law), Professor, Chief Researcher of the Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation), Honored Worker of Science of the Russian Federation.

**Сырых Владимир Михайлович**, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Российского государственного университета правосудия (Российская Федерация, 117418, Москва, ул. Новочеремуш-кинская, д. 69), заслуженный деятель науки Российской Федерации.

**Bakhyt Altynbassov**, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Doctoral Candidate of the Faculty of Law and Social Sciences, University of Bristol, UK (Beacon House, Queens Road, Bristol, BS8 1QU, UK).

**Алтынбасов Бахыт Омирханович**, кандидат юридических наук, ассоциированный профессор, докторант Факультета права и социальных наук Бристольского университета, Великобритания (Beacon House, Queens Road, Bristol, BS8 1QU, UK).

### **Funding and Conflicts of interests/Competing interests**

The authors received no financial support for the research, authorship, and publication of this article. The authors declare that they have no conflict of interest.

### **Финансирование и конфликты интересов/конкурирующие интересы**

Авторы не получали никакой финансовой поддержки для исследования, авторства и публикации этой статьи. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 10.10.2022; дата одобрения после рецензирования: 07.12.2022; дата принятия статьи к опубликованию: 10.12.2022.

Submitted: 10.10.2022; reviewed: 07.12.2022; revised: 10.12.2022.

Научная статья

УДК 349

DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.93-108



# Правовое регулирование в сфере исследований генома человека: история становления, современное состояние и перспективы развития

**Валентина Викторовна Лапаева**

*Институт государства и права, Российская академия наук  
(ИГП РАН), Москва, Российская Федерация  
lapaeva07@mail.ru*

## Аннотация

*Введение.* В настоящее время во всех технологически развитых странах существует обширное законодательство, регламентирующее отношения в области исследований генома человека.

*Теоретические основы. Методы.* Теоретическую основу исследования составила философско-правовая доктрина соотношения личного и общего блага, согласно которой свобода человека в достижении личного блага может быть ограничена для защиты аналогичной свободы другого человека, а также ценностей общего блага, выступающих в качестве условия личных свобод. В статье использованы такие методы исследования, как хронологический метод исторического анализа, сравнительно-правовой и юридико-догматический методы, а также философско-правовая методология анализа диалектики соотношения индивидуального и общего блага.

*Результаты исследования.* Общей для различных государств особенностью развития данного направления правового регулирования является то обстоятельство, что первоначальные импульсы к его формированию были получены на уровне международного права, причем преимущественно «мягкого права», функционирующего в форме деклараций и рекомендаций международных организаций и международных научных форумов. Эти нормативные акты до сих пор определяют главные параметры соответствующего законодательства разных стран, поскольку все попытки перевести правовое регулирование рассматриваемой сферы отношений на глобальный международно-правовой уровень пока не увенчались успехом. При этом можно констатировать заметный разброс подходов национальных законодателей к ряду наиболее спорных проблем в области исследований генома человека. В статье анализируются история становления, современное состояние и перспективы развития международного регулирования отношений в этой сфере. В контексте такого анализа рассматриваются соответствующее российское законодательство и возможные направления его развития на основе оптимального баланса частных и публичных интересов.

*Обсуждение и заключение.* Анализ дискуссий по рассматриваемой проблематике показывает, что существо споров сводится к разной трактовке проблемы поиска баланса частных и публичных интересов, которая должна решаться в плоскости более широкого философско-правового анализа проблемы соотношения личного и общего блага.

**Ключевые слова:** правовое регулирование, геном человека, международный опыт, «мягкое право», российское законодательство

**Информация о финансировании.** Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда по теме «Социогуманитарные контуры геномной медицины» (проект № 19-18-00422).

**Для цитирования:** Лапаева В. В. Правовое регулирование в сфере исследований генома человека: история становления, современное состояние и перспективы развития // Правосудие/Justice. 2022. Т. 4, № 4. С. 93–108. DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.93-108.

## Original article

# Legal Regulation in the Field of Human Genome Research: History of Formation, Current State and Development Prospects

**Valentina V. Lapaeva**

*Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences  
(ISL RAS), Moscow, Russian Federation  
For correspondence: lapaeva07@mail.ru*

## Abstract

*Introduction.* At present, in all technologically developed countries there exists extensive legislation regulating relations in the field of human genome research.

*Theoretical Basis. Methods.* The theoretical basis of the study was the philosophical and legal doctrine of the relationship between personal and common good, according to which a person's freedom in achieving personal good can be limited to ensure the protection of the similar freedom of another person. This includes the values of the common good, acting as a condition for personal freedoms. Research methods: The chronological method of historical analysis, comparative legal and legal dogmatic methods, as well as philosophical and legal methodology for analyzing the dialectic of the relationship between the individual and the common good.

*Results.* A common feature of the development of this area of legal regulation for various states is the fact that the initial impulses for its formation were received at the level of international law, and mainly "soft law", functioning in the form of declarations and recommendations of international organisations and international scientific forums. These regulations still determine the main parameters of the relevant legislation of different countries, since all attempts to transfer the legal regulation of the sphere of relations under consideration to the global international legal level have not yet been successful. At the same time, one can state a noticeable scatter in the approaches of national legislators to a number of the most controversial problems in the field of



human genome research. The article analyzes the history of formation, the current state and prospects for the development of international regulation of relations in this area. In the context of such an analysis, the relevant Russian legislation and possible directions for its development are considered based on the optimal balance of private and public interests.

*Discussion and Conclusion.* An analysis of the discussions on the issues under consideration shows that the essence of the disputes results in a different interpretation of the problem of finding a balance of private and public interests. These should be resolved in the plane of a broader philosophical and legal analysis of the problem of the relationship between the personal and the common good.

**Keywords:** legal regulation, human genome research, international experience, soft law, Russian legislation

**Funding information.** The study was carried out with a grant from the Russian Science Foundation (project No. 19-18-00422).

**For citation:** Lapaeва, V. V., 2022. Legal regulation in the field of human genome research: history of formation, current state and development prospects. *Pravosudie/Justice*, 4(4), pp. 93–108. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.93-108.

### **Вместо введения: краткая история исследований генома человека**

**П**режде чем говорить о правовом регулировании в сфере исследований генома человека, целесообразно сделать экскурс в историю становления и развития генетики. Это научное направление зарождается в первые годы XX в., когда несколькими учеными из разных стран были заново открыты так называемые законы Г. Менделя, т. е. принципы передачи наследственных признаков, сформулированные чешским исследователем на основе опытов, проведенных в 1856–1863 гг. В первой трети XX в. был заложен фундамент классической генетики как науки о наследственности, а в 1953 г. в данной области совершен значительный рывок, связанный с открытием структуры молекулы ДНК. За прошедший с этого момента период «ДНК превратилась из малопонятной молекулы, интересной лишь для горстки специалистов, в ядро целой научной технологии... изменившей многие аспекты повседневной жизни, касающиеся каждого» [Уотсон, Дж., Берри, Э., Дэвис, К., 2019, с. 7].

На основе достижений фундаментальной науки сформировалась и начала активно развиваться новая сфера знаний – генная инженерия, представляющая собой «совокупность методов, позволяющих создавать в пробирке, то есть *in vitro*, рекомбинантные молекулы ДНК с последующей передачей этих новых генетических структур из одного организма в другой. Целью генной инженерии является получение клеток (в первую очередь бактериальных), способных в промышленных масштабах синтезировать «человеческие» белки» [Акимкин, Г., ред., 2020, с. 9].

В 1980–1990-х гг. на стыке генетики и молекулярной биологии зарождается *геномика* (наука, изучающая геном и гены живых организмов), важнейшим направлением которой стали исследования генома человека. Отличительной особенностью научных исследований в данной области изначально была высокая степень их интернационализации, обусловленная не

только огромной трудоемкостью и финансовой затратностью работы, но и общечеловеческой значимостью ее результатов. С 1973 года с периодичностью в два года собирались совещания ведущих мировых исследователей, изучающих геном человека, и велась работа по объединению национальных исследовательских программ. Важнейшим итогом этой деятельности стало создание Международной организации по изучению генома человека (HUGO – The Human Genome Organisation)<sup>1</sup>, взявшей на себя значительную часть работы по такому нормативному сопровождению исследований, в рамках которого принципы научного этоса дополняются социальными «ценностями, которые выступают в качестве условий функционирования науки» [Степин, В. С., 2011, с. 259].

HUGO приняла активное участие в организации глобального исследовательского проекта «Геном человека», поставившего грандиозную по масштабам и значимости задачу секвенирования всего человеческого генома, т. е. определения последовательности нуклеотидов в молекуле ДНК, обеспечивающей хранение, передачу из поколения в поколение и реализацию генетической программы развития организма. Начало финансированию проекта было положено Министерством энергетики США, заинтересованным в изучении мутаций генома человека под влиянием радиации: для отслеживания генетических мутаций у жертв ядерных взрывов в Хиросиме и Нагасаки, а также у их потомков была важна полная карта человеческого генома [Уотсон, Д., Берри, Э., Дэвис, К., 2019, с. 195]. Позже к финансированию подключились национальные институты здравоохранения США, а также участники проекта из других стран<sup>2</sup>.

Благодаря мобилизации усилий ученых, бизнеса и государственных структур целого ряда технологически развитых стран в очень короткие сроки – уже к 2001 г. – был опубликован первый черновой вариант секвенированного генома человека, а в 2003 г. ученые уточнили данные и объявили об окончании работы по данному проекту. Параллельно с этим активно развивалась геномная инженерия, важнейшим направлением которой является редактирование генов, т. е. манипуляции с ДНК по удалению или замене генов, связанные с использованием специализированных программируемых нуклеаз или «молекулярных ножниц» [Акимкин, Г., ред., 2020,

<sup>1</sup> Этико-правовые аспекты проекта «Геном человека» (международные документы и аналитические материалы) / ред.-сост. В. И. Иванов, Б. Г. Юдин. М. : ФЦНТП «Технологии гражданского назначения», 1998. 190 с. В организацию изначально вошли 220 ученых из разных стран, в том числе пять советских биологов, один из которых (А. Д. Мирзабеков) был избран ее вице-президентом.

<sup>2</sup> В СССР Постановлением Совета Министров в 1988 г. была утверждена Государственная научно-техническая программа «Геном человека», получившая серьезное финансирование, однако вскоре финансирование было прекращено и «...реального участия в секвенировании отечественные ученые не принимали. Программа геномных исследований в России была полностью перестроена и сконцентрирована на новой области – биоинформатике» (Международная организация по изучению генома человека. URL: <http://www.ru.wikipedia.org>... Международная...изучению...человека (дата обращения: 19.09.2022).

с. 11]. Важнейшим прорывом в этой области стало создание в 2012 г. технологии направленного редактирования генома CRISPR-Cas9, за которую была получена Нобелевская премия по химии.

При всем значении успехов в деле секвенирования генома человека на данный момент остается не выясненным функциональное предназначение большей части ДНК, которую генетики первоначально образно обозначили как «мусорную ДНК», а затем переименовали в «темную материю» генома. Как отмечается в аннотации к книге английского генетика Н. Кэри, недавно стало ясно, что эти «мусорные» области ДНК, составляющие 98% данной молекулы, во многом «определяют сложность человеческого организма, его возможные болезни и даже – скорость старения! Здесь – ключи к пониманию эволюции и сущности самой жизни» [Кэри, Н., 2016, с. 1]. В ближайшее время основные прорывы в изучении генома человека будут связаны, по-видимому, с исследованиями в этом направлении, а также с выработкой все более эффективных технологий геномного редактирования.

### **Теоретические основы. Методы**

Теоретико-методологическую основу исследования составила концепция соотношения личного и общего блага, опирающаяся на философско-правовую доктрину критериев ограничения прав человека, согласно которой права человека могут быть ограничены для защиты других прав человека, а также ценностей общего блага, выступающих в качестве условия реализации прав человека. Данное положение, получившее конституционно-правовое закрепление в ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации, должно найти свою творческую конкретизацию при решении всех спорных проблем правового регулирования отношений в сфере исследований генома человека.

В статье использованы такие методы исследования, как хронологический метод исторического анализа, сравнительно-правовой и юридико-догматический методы, а также философско-правовая методология анализа диалектики соотношения индивидуального и общего блага.

### **Результаты исследования**

**Международно-правовое регулирование отношений в сфере геномных исследований и технологий.** Как подчеркивал первый руководитель проекта «Геном человека», один из первооткрывателей структуры ДНК Дж. Уотсон, ученые, взявшиеся за реализацию столь беспрецедентного предприятия планетарного масштаба, должны были понимать всю полноту своей ответственности за его последствия. Поэтому было принято решение пять процентов от всего огромного по масштабам финансирования выделить на изучение этических, юридических и социальных проблем, связанных с реализацией проекта [Уотсон, Д., Берри, Э., Дэвис, К., 2019, с.200].

Другое важное решение участников проекта, имевшее серьезные правовые последствия, было принято ими в 1996 г. на совещании на Бермудских островах, когда были сформулированы так называемые «бермудские принципы», согласно которым информация о последовательности генов является всеобщим достоянием человечества и должна находиться в откры-

том доступе [Jones, K., Ankeny, R., Cook-Deegan, R., 2018]. Реализуя эти установки, участники проекта в ежедневном режиме публиковали получаемые ими данные. Однако американская коммерческая компания Celera Genomics, сумевшая составить успешную конкуренцию международному проекту (во многом благодаря мощным спонсорам, открытию более эффективного метода секвенирования, а также использованию данных, предоставленных в открытом доступе), не пожелала делиться результатами своих исследований. Более того, Celera сумела зарегистрировать целый ряд патентных заявок на секвенированные фрагменты ДНК. Между тем еще в 1992 г. была обнародована позиция Международного совета научных союзов (ICSU), согласно которой «информация о последовательностях нуклеиновых кислот (т. е. информация о структуре ДНК. – В. А.) не может патентоваться как таковая»<sup>3</sup>, а в 1997 г. была принята Всеобщая декларация о геноме человека и о правах человека, в которой подчеркивается, что геном человека в его естественном состоянии не должен служить источником извлечения доходов (ст. 4) и что следует обеспечивать всеобщий доступ к достижениям наук, изучающих геном человека (ст. 12).

Сложившаяся ситуация стала одним из наиболее ярких проявлений внутреннего напряжения в научном сообществе «в период быстрого и непростого изменения культуры академических биомедицинских исследований от традиции открытой науки к ориентированному на ограничения частному предпринимательству» [Eisenberg, R., 2002]. Впоследствии по пути, проложенному Celera, пошли многие более мелкие компании, в результате чего в США, являвшихся на тот момент бесспорным лидером в развитии генетических исследований, разразилась так называемая «генетическая золотая лихорадка», которая, по мнению ряда известных специалистов, нанесла ущерб науке и здравоохранению. Для ее прекращения потребовалось вмешательство Президента США Б. Клинтона, заявившего, что человеческий геном сам по себе нельзя запатентовать. Данное заявление пресекло попытки компании Celera ограничить доступ к получаемым ею данным, а также привело к тому, что многие патенты были успешно оспорены в суде. Однако окончательная точка в этих спорах была поставлена лишь в 2013 г., когда Верховный Суд США постановил, что природные человеческие гены (в отличие от синтетических ДНК, созданных в лаборатории) не могут быть объектом патентной защиты<sup>4</sup>.

Эта история в очередной раз показала, что регулятивный потенциал норм «мягкого права» недостаточен для сдерживания тех, кто, по словам Дж. Уотсона, ощутил «действие пьянящей биотехнологической смеси – наука плюс бизнес» [Уотсон, Дж., Берри, Э., Дэвис, К., 2019, с. 197]. Поэтому участники проекта «Геном человека» с самого начала придавали большое значение правовому обеспечению своей работы. В Декларации Междуна-

<sup>3</sup> Этико-правовые аспекты проекта «Геном человека» (международные документы и аналитические материалы). С. 34.

<sup>4</sup> Верховный Суд США запретил патентовать геном человека. URL: [http://www.medvestnik.ru...news...sud\\_ssha\\_zapretil\\_patentovat...](http://www.medvestnik.ru...news...sud_ssha_zapretil_patentovat...) (дата обращения: 12.09.2022).

родной рабочей группы по правовым аспектам проекта от 1993 г. (г. Бильбау) подчеркивалось, что со стороны «законодателей, судей, адвокатов и вообще специалистов в области права необходима осведомленность в том, что касается технического прогресса в области генетики»<sup>5</sup>. Главным выводом этой Декларации является положение о целесообразности разработки международных соглашений в данной сфере, гармонизации национально-законодательства разных стран и организации наднационального контроля. В русле данного подхода на базе Национальных институтов здравоохранения США была разработана Программа по этическим, правовым и социальным составляющим биотехнологического развития (Ethical, Legal, and Social Implications, сокращенно – ELSI), ориентированная на разработку и реализацию государственной политики в данной сфере [Bulger, R., Meyer Bobby, E., Fineberg, H. V., eds., 1995, p. 433].

Позднее этот опыт был развит в Европейском союзе и начал применяться в более широком контексте [Гребенщикова, Е. Г., 2018, с. 135–136]. А с 80-х гг. прошлого века правовые аспекты проведения геномных исследований и применения созданных на их основе технологий начали разрабатываться в Совете Европы. Итоги этой работы получили отражение в целом ряде нормативных актов рекомендательного характера: в Рекомендациях Парламентской Ассамблеи ПАСЕ по генетической инженерии 1982 г., Рекомендациях ПАСЕ по использованию эмбрионов и плодов человека в целях диагностики, терапии, научных исследований, промышленного использования и торговли 1986 г., Рекомендациях Кабинета министров по генетическому тестированию и скринингу в целях здравоохранения 1992 г.<sup>6</sup> и т. д. Параллельно с этим в рамках Руководящего комитета по биоэтике Совета Европы шла работа над текстом Конвенции о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины<sup>7</sup>, которая была открыта для подписания в апреле 1997 г. в испанском городе Овьедо (далее – Конвенция Овьедо). Конвенция включает в себя специальную главу, посвященную геному человека, в которой: запрещается любая дискриминация лица по признаку его генетического наследия (ст. 11); генетическое тестирование на наличие заболевания или на предрасположенность к нему допускается только в медицинских целях или в целях медицинской науки при условии консультаций генетика (ст. 12); вмешательство в геном человека, направленное на его модификацию, разрешается лишь в медицинских целях и при условии, что оно не направлено на изменение генома наследников данного человека (ст. 13); не допускается использования геномных технологий для выбора пола будущего ребенка, за исключением случаев, связанных с медицинскими показаниями (ст. 14)<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Этико-правовые аспекты проекта «Геном человека» (международные документы и аналитические материалы). С. 44.

<sup>6</sup> Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>7</sup> О различных этапах этой работы см.: [Andorno, R., 2005].

<sup>8</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights



Спустя полгода после открытия для подписания Конвенции Овьедо Генеральной конференцией ЮНЕСКО была принята Всеобщая декларация о геноме человека и о правах человека<sup>9</sup>, провозгласившая в ст. 1, что «геном человека лежит в основе изначальной общности всех представителей человеческого рода, а также признания их неотъемлемого достоинства и разнообразия» и что «геном человека знаменует собой достояние человечества». В этих двух обнародованных почти одновременно нормативных актах, относящихся к «жесткому» и «мягкому» праву, сразу же обозначились принципиальные различия в подходах к некоторым проблемам регулирования отношений в области геномных исследований, которые до сих пор блокируют единое международно-правовое регулирование глобального уровня и не позволяют достичь консенсуса хотя бы в рамках Совета Европы<sup>10</sup>.

Прежде всего обращает на себя внимание принципиальное, как представляется, различие в трактовке проблемы соотношения индивидуального и общего блага при проведении биомедицинских исследований и использовании их результатов. Парадоксальным образом последовательная правовая позиция в этом вопросе представлена в Декларации, в то время как подход Конвенции не поддается правовой интерпретации. Так, ст. 2 Конвенции гласит: «Интересы и благо отдельного человека превалируют над интересами общества или науки». Таким образом, в нормативном правовом акте речь идет не о правах, а о благе и интересах индивида (т. е. о категориях, имеющих сугубо субъективную природу) в их различении с интересами общества. В отличие от этого в ст. 10 Декларации говорится, что «никакие исследования в области генома человека... не должны превалировать над уважением прав человека, основных свобод и человеческого достоинства отдельных людей или, в соответствующих случаях, групп людей». А поскольку право – это всегда итог согласования различных интересов, то в данном случае предполагается, что интересы и благо каждого индивида должны быть согласованы с интересами и благом иных индивидов и теми интересами общества (т. е. требованиями общего блага), которые являются условием реализации прав человека<sup>11</sup>.

---

and Biomedicine. Oviedo, 04.04.1997. URL: <http://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention> (дата обращения: 05.09.2022).

Позднее эти нормы были конкретизированы в дополнительных протоколах к Конвенции Овьедо, посвященных клонированию человеческих существ (1998 г.), биомедицинским исследованиям (2005 г.) и генетическому тестированию (2008 г.).

<sup>9</sup> Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека. URL: <https://Consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc...INT...3146> (дата обращения: 30.04.2019).

<sup>10</sup> Конвенцию Овьедо подписали лишь 35, а ратифицировали 29 государств – членов Совета Европы, хотя согласно ст. 33 Конвенции к ней могут присоединяться также и государства, не входящие в Совет Европы.

<sup>11</sup> Даже если оставить в стороне тот факт, что ученый – это тоже человек со своими интересами, представлениями о благе и даже с конституционно гарантированной свободой научного творчества, а также исключить из анализа иных носителей «интересов общества или науки», ограничившись только пациентами,



Другой пункт, по которому обнаружили разногласия в подходах, связан с проблемой редактирования наследуемого генома человека, и прежде всего редактирования человеческого эмбриона. Как уже отмечалось, ст. 13 Конвенции запрещает любое вмешательство в геном человека, направленное на изменение генома его наследников, несмотря на то что этот почти безоговорочный<sup>12</sup> запрет входит в противоречие и со ст. 2 этой же Конвенции, закрепляющей приоритет интересов и блага индивида, и со ст. 3, гарантирующей равную доступность медицинской помощи, и со ст. 11, запрещающей дискриминацию человека по признаку его генетического наследия. Декларация же касается проблем редактирования наследуемого генома лишь в аспекте клонирования: ст. 11 Декларации запрещает репродуктивное клонирование, т. е. клонирование в целях воспроизводства человеческих существ<sup>13</sup>. При этом остается открытым вопрос о том, кто или что считается человеческим существом, особенно значимый в контексте инвариантности подходов к определению правового статуса человеческого эмбриона, сложившихся в мировой юридической практике.

В декабре 2000 г. была принята Хартия основных прав Европейского союза, в ст. 3 которой был введен ряд важных в контексте рассматриваемой темы запретов: на «евгеническую практику, в частности направленную на отбор лиц», на «использование человеческого тела и его частей в качестве источника финансовой выгоды» и на «клонирование человека в целях воспроизводства»<sup>14</sup>. Однако все последующее развитие международного регулирования отношений в области проведения геномных исследований и применения геномных технологий так и не вышло на уровень правовых норм, а тем более – норм, признанных в глобальном масштабе<sup>15</sup>, к принятию которых призывал целый ряд международных форумов.

Проблема выработки глобальных правовых правил в сфере геномных исследований и технологий резко актуализировалась после того, как в 2018 г. с использованием технологии CRISPR-Cas9 в Китае были рождены близнецы с модифицированным геномом [Лапаева, В. В., 2021a]. Китай-

---

остается неясным, как при таком подходе согласовать интересы пациентов-испытуемых, непосредственно участвующих в биомедицинском эксперименте, иных лиц, нуждающихся в разрабатываемом лечении, и всех потенциальных пациентов.

<sup>12</sup> Хотя некоторые авторы и пытаются как-то использовать выражение «направленное на изменение генома» (курсив мой. – В. Л.), однако это не решает проблемы.

<sup>13</sup> В российском законодательстве этот вопрос на данном этапе получил решение в Федеральном законе от 20 мая 2002 г. № 54-ФЗ «О временном запрете на клонирование человека» (Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 21. Ст. 1917).

<sup>14</sup> Хартия Европейского союза об основных правах (Страсбург, 12 декабря 2007 г.). URL: <https://www.normativ.kontur.ru/document...> (дата обращения: 19.09.2022).

<sup>15</sup> Удалось принять лишь акты декларативного характера – Международную декларацию о генетических данных человека от 2003 г. и Декларацию Организации Объединенных Наций о клонировании человека от 2005 г.

ский эксперимент, получивший резко отрицательную оценку со стороны всего научного сообщества, тем не менее обострил дискуссии среди генетиков и биоэтиков о возможностях и пределах исследований в этой области [Wolf, D. P., Mitalipov, P. A., Mitalipov, S. M., 2019; Andorno, R., et al., 2020]. Итогом дискуссий стало создание в 2019 г. Консультативного комитета экспертов Всемирной организации здравоохранения, поставившего своей задачей выработку международной регуляторной стратегии в сфере редактирования генома. В принятых Комитетом в 2021 г. рекомендациях<sup>16</sup> наметился отход от доминировавшего ранее жестко запретительного подхода к редактированию наследуемого генома человека: экспертами Комитета предлагается разрешать такое вмешательство при условии проведения широких и всеобъемлющих общественных дебатов о возможных последствиях геномного редактирования, а также дальнейших исследований, направленных на разработку стандартов клинической безопасности и определения рисков неблагоприятных последствий для отдельных лиц, групп и общества в целом [Попова, О. В., 2021, с. 100].

**Российское законодательство, регламентирующее отношения в сфере исследований по редактированию генома человека.** В настоящее время отношения в области клинических исследований, связанных с геномом человека, регулируются Федеральным законом от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств»<sup>17</sup>, регламентирующим исследовательскую практику редактирования генома *in vivo* (когда генотерапевтические лекарственные препараты вводятся напрямую в организм человека), а также Федеральным законом от 23 июня 2016 г. № 180-ФЗ «О биомедицинских клеточных продуктах»<sup>18</sup>, который регламентирует отношения в процессе трансплантации в организм человека генетически модифицированных клеток, производящих терапевтический белок. При этом, по мнению специалистов, в обоих законах не учтена в должной мере специфика генных препаратов, а в сфере соответствующего подзаконного нормативного регулирования «...отсутствует единое... отношение к ним как к подгруппе лекарственных препаратов, требующих дополнительных методов обеспечения безопасности, эффективности и качества» [Ниязов, Р., Панов, А., Ясный, И., 2020].

При совершенствовании указанных нормативных правовых актов, регламентирующих практику клинических исследований, которая связана с редактированием соматических клеток (т. е. клеток уже сформировавшегося организма, не принимающих участия в половом размножении), у нашего законодателя есть возможность опираться на уже богатый зарубежный опыт. Сложнее обстоит дело с редактированием в исследовательских

<sup>16</sup> World Health Organization. WHO Expert Advisory Committee on Developing Global Standards for Governance and Oversight of Human Genome Editing. 2021. URL: <http://www.who.int/publications/i/item/9789240030381> (дата обращения: 11.03.2022).

<sup>17</sup> Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 16. Ст. 1815.

<sup>18</sup> Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 26 (ч. I). Ст. 3849.

целях половых клеток человека, поскольку законодательное регулирование в этой области в разных странах мира существенно различается: от полного запрета на генетическое редактирование клеток зародышевой линии до отсутствия каких-либо запретов. Тем не менее даже в тех странах, которые (как и Россия) не подписали Конвенцию Овьедо и где (как и в России) отсутствует национальное законодательное регулирование экспериментов с редактированием генома человека, исследователи, за исключением упомянутого ранее эксперимента китайского генетика, работают в рамках требования Конвенции Овьедо, а также ряда международных норм «мягкого права», согласно которым запрещена модификация генома в репродуктивных целях. Кроме того, до недавнего времени в этой области действовало так называемое «правило 14 дней», устанавливающее лимит возраста эмбриона, с которым допускались эксперименты. Однако в мае 2021 г. Международное общество исследования стволовых клеток (ISSCR) отказалось от этого правила и внесло изменения в регламенты, согласно которым каждый эксперимент будет рассматриваться в индивидуальном порядке и проходить несколько этапов контроля для определения сроков его завершения [Subbaraman, N., 2021]. Исследователи придерживаются также и этих правил, поскольку отступление от них повлекло бы за собой разрыв связей с международным сообществом.

Однако данное обстоятельство отнюдь не означает согласия с подобными ограничениями. Показательна в этом плане острая дискуссия, возникшая в 2019 г. после заявления одного из российских ученых о желании повторить китайский эксперимент, усовершенствовав его методологию. Это заявление, обеспокоившее международную научную общественность, не получило заметной поддержки внутри российского биомедицинского сообщества – эксперимент не состоялся. Однако ситуация высветила правовую неопределенность в вопросе о том, можно ли рассматривать подобные эксперименты как научные исследования, для проведения которых достаточно согласия этического комитета соответствующей исследовательской организации, или в данном случае речь должна идти о клинической апробации новой биомедицинской технологии, для проведения которой согласно п. 2 ст. 36 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»<sup>19</sup> необходимы заключения этического комитета и экспертного совета Минздрава России.

Преодоление обнаруженного правового пробела (как и целого ряда иных аналогичных пробелов в российском законодательстве) – это крайне сложная и ответственная работа. С одной стороны, важно не поставить лишние барьеры на пути развития отечественной науки в исключительно трудных для нее на данный момент условиях, а с другой стороны, еще более важно не нанести ущерб человечеству в лице его нынешних и будущих поколений, превратив таким образом российскую науку в изгой в рамках международного научного сообщества. При обсуждении подобных вопросов следует избегать упрощенных подходов.

<sup>19</sup> Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

Именно такой упрощенный, как представляется, подход предлагают, например, авторы, утверждающие, что «гены и геномы человека могут рассматриваться в качестве особых объектов гражданских прав», поскольку их патентная защита дает «ощутимые преимущества в области охраны прав интеллектуальной собственности и тем самым защищает новую биомедицинскую разработку – гены и геномы – на определенный срок» [Левушкин, А. Н., 2019, с. 27]. И дело не только в том, что доминировавшие ранее представления о патентных правах как о стимуле развития инноваций в последнее время уступает место иному взгляду на ситуацию, согласно которому в некоторых случаях патенты «могут препятствовать новаторству, конкуренции, созданию новых инноваций» [Мохов, А. А., Яворский, А. Н., 2018]. Важно учитывать технологическую специфику открытия новых генов, которая во многом носит рутинный характер (а значит, патенты на такие открытия не будут стимулом для научно-технического творчества), а также то обстоятельство, что традиционный подход к оценке преимуществ патентной защиты основан на таком «сомнительном для патентов на гены допущении, что патентообладатель вносит вклад в технологическую базу, который в противном случае не был бы доступен бесплатно» [Eisenberg, R., 2002, p. 1387].

### **Обсуждение и заключение**

На примере проблемы патентования генов человека хорошо видно, что для выработки надлежащего правового баланса частных и публичных интересов в области проведения генетических исследований и применения соответствующих технологий необходим учет самых разных нюансов проблемы, что требует совместной работы генетиков, биоэтиков и юристов. То же самое, как показывают идущие в науке дискуссии, относится и к таким спорным проблемам, как редактирование наследуемого генома человека, манипуляции с эмбрионом человека «in vitro», правовой режим деятельности биобанков и т. д., применительно к которым также необходим поиск баланса между различными правами человека.

Теоретическая и практическая сложность выстраивания подобного баланса требует подключения к этой работе специалистов в области философии права. Кроме того, есть основания полагать, что в рассматриваемой сфере отношений мы имеем дело с ситуацией, когда право как система прав человека обнаруживает свою неспособность противостоять тем угрозам для всего человечества, которые несут в себе технологии редактирования наследуемого генома человека. Здесь столкнулись, с одной стороны, право на охрану здоровья и на возможность каждого человека пользоваться достижениями научно-технологического прогресса независимо от его генетического статуса, а с другой стороны, вполне реальная опасность того, что развитие геномной медицины, основанной на технологиях редактирования генома человека, откроет дорогу апгрейду, т. е. совершенствованию физических, когнитивных и психологических качеств человека в русле трансгуманистической перспективы.

А это уже не только философско-правовая проблема, поскольку по своей значимости она выходит в плоскость философско-мировоззренческого

подхода к осмыслению природы человека и человечества как биосоциальной общности. Здесь мы имеем дело не с обычным противоречием между индивидуальными и общественными интересами, которое могло бы быть разрешено в правовой плоскости: речь идет о таком соотношении личного и общего блага, которое не вписывается в правовую конструкцию общего блага как условия блага каждого. Поэтому дальнейшее совершенствование правового регулирования в сфере геномных исследований и технологий должно опираться на философское осмысление перспектив развития человечества в эпоху новых технологий, ориентированных на постчеловеческое будущее [Лапаева, В. В., 2021b].

### Список источников

- Генетические технологии / под ред. Г. Акимкина. М. : ФБУН ЦНИИ Эпидемиологии Роспотребнадзора, 2020. 200 с. ISBN: 978-5-6045286-0-0.
- Гребенщикова Е. Г. Этика как управление // Сибирский философский журнал. 2018. Т. 16, № 4. С. 135–146.
- Кэри Н. Мусорная ДНК. Путешествие в темную материю генома / пер. с англ. П. Капанадзе. М. : Лаборатория знаний, 2016. 339 с. ISBN: 978-5-001-430-0.
- Лапаева В. В. Перспектива создания «дизайнерских детей»: философско-правовые проблемы // История государства и права. 2021а. № 12. С. 52–58. DOI: 10.18572/1812-3805-2021-12-52-58.
- Лапаева В. В. Право техногенной цивилизации перед вызовами технологической дегуманизации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021b. № 3. С. 4–35. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.4.35.
- Левушкин А. Н. Гражданско-правовое регулирование геномных технологий и оборотоспособность генов как объектов гражданских прав // Гражданское право. 2019. № 5. С. 26–29. DOI: 10.18572/2070-2140-2019-5-26-29.
- Мохов А. А., Яворский А. Н. Гены и иные образования на основе генов как объекты права интеллектуальной собственности // Гражданское право. 2018. № 4. С. 27–31. DOI: 10.18572/2070-2140-2018-4-27-31.
- Ниязов Р., Панов А., Ясный И. Генные и клеточные лекарства: сложное регулирование для сложных продуктов // Биомолекула : электрон. журн. 2020. 20 сент. URL: <https://www.biomolecula.ru/Лента...-i-kletochnye-lekarstva...>
- Попова О. В. Редактирование генома человека в этико-нормативном поле // Социогуманитарные контуры геномной медицины : коллектив. моногр. / под ред. Е. Г. Гребенщикова. М. : ИНИОН РАН, 2021. С. 79–101. ISBN: 978-5-248-014-1.
- Степин В. С. Цивилизация и культура. СПб. : СПбГУП, 2011. 407 с. ISBN: 978-5-7621-0612-2.

Уотсон Дж., Берри Э., Дэвис К. История генетической революции / пер. с англ. А. Пасечника. СПб. : Питер, 2019. 507 с. ISBN: 978-5-4461-0549-6.

Andorno R. The Oviedo Convention: a European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law // *Journal of International Biotechnology Law*. 2005. Vol. 2. P. 133–143. DOI: 10.1515/jibl.2005.2.4.133.

Andorno R., Darnovsky M., Baylis F., Dickenson D. Geneva Statement on Heritable Human Genome Editing: The Need for Course Correction // *Trends in Biotechnology*. 2020. Vol. 38, no. 4. P. 1–4. DOI: 10.1016/j.tibtech.2019.12.022.

Eisenberg R. Why the Gene Patenting Controversy Persists // *Academic Medicine*. 2002. Vol. 77, issue 12, pt. 2. Pp. 1381–1387. DOI: 10.1097/00001888-200212001-00009.

Jones K., Ankeny R., Cook-Deegan R. The Bermuda Triangle: The Pragmatics, Policies, and Principles for Data Sharing in the History of the Human Genome Project // *Journal of the History of Biology*. 2018. Vol. 51. P. 693–805. DOI: 10.1007/s10739-018-9538-7.

Society's Choice: Social and Ethical Decision Making in Biomedicine / eds. R. Bulger, E. Meyer Bobby, H. V. Fineberg ; Institute of Medicine (US) Committee on the Social and Ethical Impacts of Developments in Biomedicine. Washington, DC : National Academies Press, 1995. 560 p. DOI: 10.17226/4771.

Subbaraman N. Limit on lab-grown human embryos dropped by stem-cell body // *Nature*. 2021. Vol. 594. P. 18–19.

Wolf D. P., Mitalipov P. A., Mitalipov S. M. Principles of and strategies for germline gene therapy // *Nature Medicine*. 2019. No. 25. P. 890–897. DOI: 10.1038/s41591-019-0473-8.

## References

Akimkin, G., ed., 2020. *Geneticheskiye tekhnologii* = [Genetic technologies]. Moscow: Central Research Institute of Epidemiology of the Federal Service for Supervision of Consumer Rights Protection and Human Welfare. 200 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-6045286-0-0.

Andorno, R., 2005. The Oviedo Convention: a European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law. *Journal of International Biotechnology Law*, 2, pp. 133–143. DOI: 10.1515/jibl.2005.2.4.133.

Andorno, R., Darnovsky, M., Baylis, F., Dickenson, D., 2020. Geneva Statement on Heritable Human Genome Editing: The Need for Course Correction. *Trends in Biotechnology*, 38(4), pp. 1–4. DOI: 10.1016/j.tibtech.2019.12.022.

Bulger, R., Meyer Bobby, E., Fineberg, H. V., eds., 1995. *Society's Choice: Social and Ethical Decision Making in Biomedicine*. Institute of Medicine



- (US) Committee on the Social and Ethical Impacts of Developments in Biomedicine. Washington, DC: National Academies Press. 560 p. DOI: 10.17226/4771.
- Carey, N., 2016. *Musornaya DNK. Puteshestvie v temnyyu materiyu genoma* = [Junk DNA. A journey into the dark matter of the genome]. Transl. from Eng. by P. Kapanadze. Moscow: Laboratoriya znaniy. 339 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-001-430-0.
- Eisenberg, R., 2002. Why the Gene Patenting Controversy Persists. *Academic Medicine*, 77(12:2), pp. 1381–1387. DOI: 10.1097/00001888-200212001-00009.
- Grebenshchikova, E. G., 2018. Ethics as management. *Sibirskij filosofskij zhurnal* = [Siberian Philosophical Journal], 16(4), pp. 135–146. (In Russ.) DOI: 10.25205/2541-7517-2018-16-4-135-146.
- Jones, K., Ankeny, R., Cook-Deegan, R., 2018. The Bermuda Triangle: The Pragmatics, Policies, and Principles for Data Sharing in the History of the Human Genome Project. *Journal of the History of Biology*, 51, pp. 693–805. DOI: 10.1007/s10739-018-9538-7.
- Lapaeva, V. V., 2021a. The prospect of creating “designer children”: philosophical and legal problems. *Istoriya gosudarstva i prava* = [History of the State and Law], 12, pp. 52–58. (In Russ.) DOI: 10.18572/1812-3805-2021-12-52-58.
- Lapaeva, V. V., 2021b. The right of technogenic civilization before the challenges of technological dehumanization. *Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly ekonomiki* = [Law. Journal of the Higher School of Economics], 3, pp. 4–35. (In Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2021.3.4.35.
- Levushkin, A. N., 2019. Civil law regulation of genomic technologies and the turnover of genes as objects of civil rights. *Grazhdanskoe pravo* = [Civil Law], 5, pp. 26–29. (In Russ.) DOI: 10.18572/2070-2140-2019-5-26-29.
- Mokhov, A. A., Yavorsky, A. N., 2018. Genes and other formations based on genes as objects of intellectual property rights. *Grazhdanskoe pravo* = [Civil Law], 4, pp. 27–31. (In Russ.) DOI: 10.18572/2070-2140-2018-4-27-31.
- Niyazov, R., Panov, A., Yasny, I., 2020. Gene and cellular drugs: complex regulation for complex products. *Biomolekula* = [Biomolecule]. Electronic journal. September. (In Russ.) URL: <https://www.biomolekula.ru/Lenta...-i-kletochnye-lekarstva...>
- Popova, O. V., 2021. Editing of the human genome in the ethical and normative field. In: E. G. Grebenshchikova, ed. *Sociogumanitarnye kontury genomnoj mediciny* = [Socio-humanitarian contours of genomic medicine]. A collective monograph. Moscow: INION RAS. Pp. 79–101. (In Russ.) ISBN: 978-5-248-014-1.
- Stepin, V. S., 2011. *Civilizaciya i kul'tura* = [Civilization and Culture]. St. Petersburg: St. Petersburg Humanitarian University of Trade Unions. 407 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-7621-0612-2.

Subbaraman, N., 2021. Limit on lab-grown human embryos dropped by stem-cell body. *Nature*, 594, pp. 18–19.

Watson, J., Berry, E., Davis, K., 2019. *Istoriya geneticheskoy revolyucii* = [The History of the genetic revolution]. Transl. from Eng. by A. Pasechnik. St. Petersburg: Piter. 507 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-4461-0549-6.

Wolf, D. P., Mitalipov, P. A., Mitalipov, S. M., 2019. Principles of and strategies for germline gene therapy. *Nature Medicine*, 25, pp. 890–897. DOI: 10.1038/s41591-019-0473-8.

### **Информация об авторе / Information about the author**

**Лапаева Валентина Викторовна**, доктор юридических наук, главный научный сотрудник сектора философии права, истории и теории государства и права Института государства и права Российской академии наук (ИГП РАН), заслуженный деятель науки Российской Федерации.

**Valentina V. Lapaeva**, Dr. Sci. (Law), Chief Researcher of the Philosophy of Law, History and Theory of State and Law Department, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Honored Scientist of the Russian Federation.

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interest.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 01.06.2022; дата одобрения после рецензирования: 05.10.2022; дата принятия статьи к опубликованию: 10.10.2022.

Submitted: 01.06.2022; reviewed: 05.10.2022; revised: 10.10.2022.

Научная статья

УДК 340

DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.109-125



# Соотношение концепций толкования и судейского развития права в современной германской правовой доктрине

**Марина Анатольевна Белова**

*Российский государственный университет правосудия, Москва,  
Российская Федерация  
kkp@rsuj.ru*

## **Аннотация**

*Введение.* Рассматривается актуальная проблема, которая находит отражение в трудах многих германских ученых-юристов и практиков, а также является предметом острых дискуссий, – разграничение понятий толкования права (Auslegung) и судейского «развития права» (richterliche Rechtsfortbildung). В современной германской правовой доктрине остается дискуссионным вопрос рассмотрения судейского права (Richterrecht) как формы права. В исследовании подчеркивается отрицание возможности признания судейского права в качестве формы права, основываясь на строгой связанности судов законом как центральным составным элементом демократического правового государства с закрепленным в Конституции принципом разделения властей и исключительным правом правотворчества законодательных органов.

*Теоретические основы. Методы.* Методологическую основу работы составляют общеправовой диалектико-материалистический метод познания, общенаучные методы, такие как исторический, логический (в рамках которого были использованы такие приемы, как анализ, синтез, индукция, дедукция), а также частнонаучные методы: историко-правовой, метод сравнительного исследования.

*Результаты исследования.* Рассмотрено соотношение концепций толкования и судейского развития права. Установлено, что в современных германских концепциях толкования права отсутствует единое понимание самого термина «судейское право». Проведен анализ позиции Федерального Конституционного Суда Германии, согласно которой судья не может отступать от закрепленного законодателем смысла и цели нормы. Он должен уважать основное решение законодателя и максимально надежно исполнять (осуществлять) его волю при изменившихся условиях. Таким образом, Федеральный Конституционный Суд придает историческому аргументу при толковании права решающее значение, а также указывает, что связанность законом и правом ограничивает суды в свободе выбора метода толкования.

*Обсуждение и заключение.* В результате исследования сделан вывод о необходимости строгого разграничения толкования права (Auslegung) и судейского

развития права (*richterliche Rechtsfortbildung*), являющегося по существу признанием судейского правотворчества (*richterliche Normsetzung*), что является нарушением конституционного принципа разделения властей в правовом государстве. Данный фактор препятствует тому, чтобы под неточно обозначенным мнимым «объективным толкованием права» в действительности скрывалось судейское развитие права, судейское правотворчество, а именно отклоняющееся от закона «вложение» («*Einlegung*») не предусмотренных законом целей регулирования.

**Ключевые слова:** объективная концепция толкования права, субъективная концепция толкования права, судейское развитие права, судейское право

**Для цитирования:** Белова М. А. Соотношение концепций толкования и судейского развития права в современной германской правовой доктрине // Правосудие/Justice. 2022. Т. 4, № 4. С. 109–125. DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.109-125.

## Original article

# Correlation of the Concepts of Interpretation and Judicial Development of Law in Modern German Legal Doctrine

**Marina A. Belova**

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

*For correspondence: kkp@rsuj.ru*

## Abstract

*Introduction.* The article deals with an actual problem, which is reflected in the works of many German legal scholars and practitioners. It is also the subject of heated discussions – the distinction between the concepts of interpretation of law (*Auslegung*) and judicial “development of law” (*richterliche Rechtsfortbildung*). In modern German legal doctrine, the issue of considering judicial law (*Richterrecht*) as a form of law remains debatable. The study emphasises the denial of the possibility of recognizing judicial law as a form of law, based on the strict binding of courts by law as a central component of a democratic constitutional state with the principle of separation of powers enshrined in the Constitution and the exclusive right of legislative bodies to make law.

*Theoretical Basis. Methods.* The methodological basis of the work is the general philosophical dialectical-materialistic method of cognition, general scientific methods, such as historical, logical (within which such techniques as analysis, synthesis, induction, deduction were used), as well as private scientific methods: historical and legal, the method of comparative research.

*Results.* The correlation between the concepts of interpretation and judicial development of law is considered. It has been established that in modern German concepts of interpretation of law there is no common understanding of the very term “judicial law”. An analysis was made of the position of the Federal Constitutional Court of Germany, according to which a judge cannot deviate from the meaning and purpose of the norm enshrined by the legislator. He must respect the main decision of the legislator and most reliably fulfill (carry out) his will under changed conditions.

Thus, the Federal Constitutional Court attaches decisive importance to the historical argument in the interpretation of law, and also indicates that the binding of law and law limits the courts in the freedom to choose the method of interpretation.

*Discussion and Conclusion.* As a result of the study, it was concluded that it is necessary to strictly distinguish between the interpretation of law (*Auslegung*) and judicial development of law (*richterliche Rechtsfortbildung*), which is essentially the recognition of judicial lawmaking (*richterliche Normsetzung*), which is itself a violation of the constitutional principle of separation of powers in a constitutional state. This factor prevents the fact that under the inaccurately designated imaginary “objective interpretation of law” the judicial development of law, judicial law-making, namely the “investment” (“*Einlegung*”) deviating from the law of the goals of regulation not provided for by law, is actually hidden.

**Keywords:** objective concept of law interpretation, subjective concept of law interpretation, judicial development of law, judicial law

**For citation:** Belova, M. A., 2022. Correlation of the concepts of interpretation and judicial development of law in modern German legal doctrine. *Pravosudie/Justice*, 4(4), pp. 109–125. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.109-125.

## Введение

**В** настоящее время в правовой доктрине Германии продолжается острая дискуссия между «объективной» и «субъективной» концепциями толкования права. В этой области следует опираться на различие между толкованием (*Auslegung*) и судебским развитием права (*richterliche Rechtsfortbildung*), для обоснования которого используются изменяющиеся семантические теории, в основе которых лежит не только методологическая проблема, но и, возможно, различное понимание Конституции и представления о задачах, а также границах юриспруденции [Белова, М. А., 2021, с. 14]. Субъективная концепция придает решающее значение регулятивной воле законодателя, должный метод толкования согласно этой концепции – первоначально исследовать историческое предписание и цель нормы (*Normzweck*). Объективная концепция, напротив, исходит из того, что закон с момента опубликования как бы «отрывается» от законодателя и приобретает самостоятельность, так что воля правотворца утрачивает свою актуальность [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 473].

Достойна внимания оценка, которую дал историческому толкованию Федеральный Конституционный Суд ФРГ: «Субъективные представления органов или отдельных лиц, участвующих в законодательном процессе, о значимости этого положения не являются решающими. История их создания важна для толкования только в той мере, в которой она подтверждает правильность интерпретации, установленной в соответствии с заявленными принципами, или исправляет сомнения, которые не могут быть разрешены указанным способом»<sup>1</sup>.

К тому же Федеральный Конституционный Суд снижает значение исторического толкования тем, что делает его влияние на результат толкования

<sup>1</sup> BVerfGE 1, 299 (312).

зависимым от дословного текста подлежащего применению предписания. Суд полагает, что воля исторического законодателя может «учитываться только при условии, когда она в самом законе нашла достаточно определенное выражение»<sup>2</sup>.

В современной германской правовой доктрине актуальным остается вопрос, который находит отражение в трудах многих германских ученых-юристов и практиков, а также является предметом острых дискуссий, – разграничение понятий толкования права (*Auslegung*) и судейского «развития права» (*richterliche Rechtsfortbildung*), а также рассмотрения судейского права (*Richterrecht*) как формы права.

### **Теоретически основы. Методы**

Теоретическую основу составили научные труды отечественных и зарубежных ученых в области теории права. Методологическую основу работы составляют общеправовые диалектико-материалистический метод познания, общенаучные методы, такие как исторический, логический (в рамках которого были использованы такие приемы, как анализ, синтез, индукция, дедукция), а также частнонаучные методы: историко-правовой, метод сравнительного исследования.

### **Результаты исследования**

В рамках продолжающейся критики объективной концепции толкования права известный немецкий ученый-юрист, профессор, бывший судья Верховного земельного суда в Штутгарте Бернд Рютерс в статье «Государство судей: миф или реальность» («*Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht*»), характеризуя современное состояние юридической науки и права в Германии, заявляет: «За последние десятилетия Федеративная Республика Германия прошла путь к скрытым изменениям конституции и превратилась из правового государства, основанного на принципе разделения властей, в “государство судей” <...> Так называемая объективная теория с якобы “объективно-телеологическими критериями” для судейских отклонений от закона превращает судей из *служителей* (*Diener*) закона в *господ* (*Herren*) правопорядка <...> В результате судейское право действует как высший источник права» [Рютерс, Б., 2019, с. 45, 50; Рютерс, Б., 2020, с. 223]. Б. Рютерс считает это недопустимым и отстаивает позицию о невозможности того, чтобы «под толкованием скрывалось судейское правотворчество, а именно отклоняющееся от закона “вложение” (*Einlegung*) не предусмотренных законом целей регулирования»<sup>3</sup>.

Вопрос судебного правотворчества является актуальным и в современной российской правовой доктрине. Так, профессор В. В. Ершов жестко настаивает на невозможности признания правотворческой функции судов. Ученый убедительно доказывает два важных тезиса: с теоретических

<sup>2</sup> BVerfGE 11, 126 (130).

<sup>3</sup> Существует ли судейское нормотворчество? От редакции // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 31.



позиций правотворчество органов судебной власти несостоятельно; с практической точки зрения таковое контрпродуктивно, поскольку может приводить к нарушению установленных законом прав и правовых интересов [Ершов, В. В., 2016; Ершов, В. В., 2017; Ершов, В. В., 2020; Ершов, В. В., 2021].

Вопрос рассмотрения судейского права как источника права в современной германской правовой доктрине остается спорным, поскольку, как отмечает В. Н. Корнев, «его признание противоречит учению об источниках права» [Корнев, В. Н., 2015, с. 36]. Подавляющее большинство представителей юридического сообщества Германии отрицают возможность признания судейского права в качестве источника права, основываясь при этом на учении о разделении властей, следуя которому правотворческие акты судебной власти признаются «чуждыми системе» [Rüthers, V., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 150], «в процессе его рассмотрения в качестве источника права... ничего определенного не имеется в виду ни относительно природы, ни относительно характера и юридической силы...» [Марченко, М. Н., 2016, с. 6]. И все же суды высших инстанций в отдельных случаях заявляли противоположное. Так, в годовом отчете Верховного Федерального Суда за 1966 г. по этому поводу отмечается следующее: «Не может быть никаких сомнений, по крайней мере среди юристов, что во все обозримые периоды времени применяемое право представляло собой смесь статутного права и судейского права и что закон, воплощенный в решениях судов, никогда не совпадал во всем с тем правом, которое установил законодатель...»<sup>4</sup>

Заслуживает внимания также доклад бывшего президента Верховного Федерального Суда в год десятилетнего юбилея Суда (1960 г.), в котором он провел своеобразную соединительную линию: юридический (*rechtswissenschaftlich*) позитивизм пандектной системы через законный позитивизм (*Gesetzespositivismus*) в начале XX в. к *судейскому развитию права* (*Rechtsfortbildung*) современности [Fischer, R., 2019, p. 3 ff.].

О полномочии судов развивать право высказывал свою позицию и Федеральный Конституционный Суд, в первую очередь, в решении Сорайи (*Soraya Entscheidung*, 1973)<sup>5</sup>. В соответствии с этим решением условием для развития права является то, что писанный закон не выполняет свою функцию решения проблемы, которую предстоит решить, а скорее содержит пробел регулирования. Этот пробел затем должен быть восполнен судебным решением «в соответствии со стандартами практического разума и обоснованными общими идеями справедливости общества». Федеральный Конституционный Суд рассматривает задачу и полномочия судов по «творческому нахождению права» как необходимую составную часть функции правосудия в соответствии с конституцией. Это подтверждается функцией развития права Больших сенатов высших федеральных судов, которая

<sup>4</sup> Mitteilungen zum Jahresbericht des Bundesgerichtshofes 1966 // NJW. 1967. P. 816 f.

<sup>5</sup> BVerfGE 34, 269.

регулируется процессуальным законодательством. Однако представляется, что понятие «творческое нахождение права» объединяет противоположные явления: там, где судья сталкивается с пробелом в законе, он не может «найти» право. Он должен установить (создать) его сам [Белова, М. А., 2022а, с. 122]. Как отмечает Рютерс, «в пробеле судье не хватает правовых стандартов (*gesetzliche Maßstab*) и, следовательно, возможности понять “чужую” оценку (*Wertung*). Он сам должен принять решение (создать право), которое (в последней инстанции) будет иметь нормативную силу для будущих дел подобного рода. Вот почему актуален термин “судейское право”» [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 493].

Хотя термин «судейское право» очень часто используется в настоящее время в германской правовой доктрине, нельзя сказать, что он основан на единообразном концептуальном содержании. Проведенный анализ германской научной литературы позволил сделать вывод, что в современной правовой доктрине Германии отсутствует единое понимание самого термина «судейское право» [Белова, М. А., 2022b, с. 122]. Часть авторов понимают под «судейским правом» «различные проявления судебной практики» (*verschiedene Erscheinungsformen richterlicher Spruchpraxis*) [Biaggini, G., 1991, p. 51 f.; Rüthers, B., 2017, p. 458 f.]; другие рассматривают судейское право как вид обычного права (*Gewohnheitsrecht*) [Barth, R., 1996, p. 42] или как составную часть статутного права (как «живое статутное право» – *lebendiges Gesetzesrecht*) [Esser, J., 1967, p. 95]; судейское право также используется как синоним «прецедентного права» (*Präjudizienrecht*) [Bydlinski, F., 2011, p. 501 ff.]. Некоторые авторы обозначают как «судейское право» каждое отдельное судебное решение [Kruse, H. W., 1971, p. 9] либо только результат судебного толкования (*Auslegung*) неопределенных юридических терминов или генеральных клаузул (*Generalklauseln*) [Barth, R., 1996, p. 42], часть авторов считают «судейским правом» только «противоречащие закону решения» (*contra-legem-Entscheidungen*) [Müller, F., 1986, p. 80].

Исходя из представления деятельности судьи по нахождению права, которая ведет к вынесению решения по делу, в современной германской правовой доктрине выделяют следующие четыре подхода с критическим мнением по вопросу возможности именовать эту деятельность как «судейское право» [Белова, М. А., 2022b, с. 123].

1) «Subsumtionsautomat».

Во всех случаях, когда судья принимает решение исключительно путем установления фактов и их субсумпции под конкретную (однозначную (*eindeutig*)) норму, результат может быть обозначен как «судейское право» исключительно для характеристики того, что дело было разрешено в результате *судейской деятельности* (*richterliche Tätigkeit*) [Gretschner, S., 1972, p. 33]. То есть «судейское право» означает не что иное, как вынесение судебного решения, под ним здесь понимается каждое конкретное решение по делу. Но, как критически отмечает Й. Майер-Ладевиц, «...если судья “не прилагает творческих усилий” (*kreative Zutun des Richters*) для вынесения решения, в приговоре отражается только воля законодателя. Помимо осу-

ществления воли законодателя (Umsetzen des Willens des Gesetzgebers), судья не внес никакого вклада, который мог иметь последствия, выходящие за рамки решенного дела» [Gretschner, S., 1972, p. 33].

Если же судебское право должно стоять наряду со статутным и обычным правом, то смысл его не может заключаться только в *описании деятельности* судьи. Статутное и обычное право – это результаты процесса, который заканчивается чем-то качественно особенным, а именно законом, правом. «Право» описывает формы проявления правопорядка, которые обладают определенным качеством, выражая свое собственное содержательное регулирование. Простое же повторение уже существующего регулирования не должно называться «правом», и, соответственно, речь не может идти о «судейском праве» [Белова, М. А., 2022b, с. 124].

2) Gesetzesauslegung (толкование права).

Второй подход исходит из того, что дела, которые судья может решить в отдельных случаях только путем привлечения методической помощи (methodische Hilfen) к применению права, т. е. толкуя право, ставят перед судьей задачу, в решении которой он творчески выступает наряду с законодателем. Хотя судья «остаётся в рамках закона», он должен прибегать к рассуждениям, выходящим за рамки отдельной нормы, чтобы иметь возможность вынести решение по конкретному делу. В случае неопределённых понятий и генеральных клаузул законодатель дал судьям явное «поручение» к развитию права (Rechtsfortbildung)<sup>6</sup>.

Таким образом, здесь судьи придают закону конкретную форму, «не выходя за его пределы» [Gretschner, S., 1972, p. 34]. Используя правовые методы, они конкретизируют общую волю законодателя, которая нашла недостаточно полное выражение в отдельных нормах. Законодатели и судьи разделяют задачу создания норм, причем первым создателем является законодатель, «законодательная власть создает законы, судьи наполняют их жизнью, привлекают для решения повседневных проблем» [Gretschner, S., 1972, p. 34].

Таким образом, если судья «выполняет поручение по нахождению права» (Rechtsfindungsauftrag) [Scheffelt, M., 2001, p. 161 ff.], результат его деятельности может быть оправданно назван «судейским правом». Если же судья не только актуализирует (aktualisiert) закон, но и вносит в него что-то новое, результат этого творческого процесса больше не может рассматриваться только как применение статутного права. Здесь судья *изменяет* существующее право для разрешения конкретного дела [Gretschner, S., 1972, p. 34].

Стоит отметить, что в противоположность приведенной выше позиции некоторые авторы [см., например: Ipsen, J., 1975, p. 26 ff.] все же не хотят говорить о судебском праве в случаях толкования права. Они рассматривают как судебское право только такой результат судебной практики, который заключается в судебском развитии права (richterliche Rechtsfortbildung) или правотворчестве [Белова, М. А., 2022b, с. 125].

<sup>6</sup> См.: BVerfGE 34, 269; 82, 6 (12).

### 3) Lückenfüllung (восполнение пробелов).

Третий подход исходит из того, что судьи должны подчиняться принципу «запрета суду отказываться от выполнения своих обязанностей» (Rechtsverweigerungsverbot)<sup>7</sup>. Все же этот запрет не обязывает их к правотворчеству (Rechtsneuschöpfung), но согласно господствующему мнению (h.M.) это открывает им свободу «творчески использовать связанность законом и правом» (ст. 20 Основного Закона) [Ipsen, J., 1975, p. 26 ff.]. Им дозволено решать дела, которые напрямую не подпадают под какие-либо правовые нормы. В этих случаях устанавливается пробел в регулировании, который восполняется, например, с помощью аналогии.

В отдельных случаях бывает и так, что дело из «чувства справедливости» (Rechtsempfinden) сознательно решается вопреки правовому регулированию (contra legem) [Krey, V., 1978, p. 428–432].

По мнению Р. Циппелиуса, «судья в любом случае изначально исходит из закона. Он “помогает” закону действовать за пределами его предыдущего применения или ограничивает его действие. Акт создания права здесь имеет большую самостоятельность, чем в ранее сформированных категориях: судья не только формирует волю законодателя, но и развивает ее дальше (weiterbildet). Он добавляет закону предполагаемую, разумную и справедливую волю законодателя и соответственно таким образом исправляет (korrigiert) его» [Zippelius, R., 1971, § 13].

Этими действиями судья представляет (vertritt) законодателя. Это представительство (Vertretung) основано на предположении, что законодатель что-либо упустил или совершил ошибку. Совершенствование законодательного регулирования независимо от его обоснования (оправдания) и следует называть судебским правом [Gretschner, S., 1972, p. 35].

### 4) Rechtsschöpfung (правотворчество).

Согласно четвертому подходу судьи идут еще дальше, когда создают совершенно новые правовые нормы или институты. В этом случае они перемещаются в (мнимом) пустом пространстве статутного и обычного права. Пытаясь принимать решения даже в тех случаях, когда у них нет возможности использовать ни статутное, ни обычное право, они в конечном итоге становятся «заместителем законодателя» (Ersatzgesetzgeber) [Gretschner, S., 1972, p. 35]. Они больше не действуют как при аналогии, перенося регулирование права на сопоставимые случаи, а заново полностью создают (neubilden) правовые нормы, на основе которых выносят решение по делу.

Хотя новые правила не полностью отделены от закона, а сформированы с учетом существующего регулирования, но в итоге создается гораздо более расширенная конструкция, чем в случаях аналогии: создается совершенно новый состав с собственными правовыми последствиями, не только расширяется действие одного (состава). В этом случае создание права является наиболее четкой формой судебного права [Gretschner, S., 1972, p. 36].

Результаты изучения германской юридической литературы, а также судебной практики позволяют привести следующие примеры.

<sup>7</sup> BVerfGE 84, 212 (226 f.)

Параграф 50 Гражданского процессуального кодекса ФРГ (ZPO) гласит, что гражданской процессуальной правоспособностью обладает лишь лицо, обладающее правоспособностью. Согласно прецедентному праву Федерального верховного суда профсоюзы, тем не менее и вопреки § 50 ГПК, имели гражданскую процессуальную правоспособность, хотя они организованы как неправоспособные союзы<sup>8</sup>.

В § 253 Германского Гражданского Уложения (BGB) не упоминаются требования о денежной компенсации за нарушение личных неимущественных прав. Однако в случае серьезных нарушений личных неимущественных прав суд позволяет потерпевшей стороне требовать денежной компенсации<sup>9</sup>.

Сами же федеральные суды не признают возможность судебного правотворчества. Например, в 1980 г. 1-й сенат Федерального суда по трудовым спорам (BAG) вынес три основных постановления, согласно которым работодатели имеют право на защиту от забастовок. Сенат основывал это право не на постоянной судебной практике Федерального суда по трудовым спорам (BAG), а на действующем праве коллективных договоров (Tarifrecht). Судейское право как основание полномочия для объявления локаута в мотивировочной части решения он категорически отклонил. С позиции данного дела Сенат причислил свои решения по трудовым спорам, включив их в право коллективных договоров, к действующему федеральному праву и таким образом отменил запрет на установление локаута в Конституции федеральной земли Гессен [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 151].

Также представляется возможным выделить отдельный подход, согласно которому в рассмотрении вопроса судейского права часть авторов воздерживаются от проведения строгого различия между этапами правоприменения в традиционных областях толкования и развития права [Белова, М. А., 2022b, с. 127]. В частности, К. Ларенц, К.-В. Канарис утверждают, что толкование и развитие права – не принципиально разные, а лишь различные стадии одного и того же интеллектуального процесса. Также при судейском развитии права речь идет «не только о восполнении пробелов в законе в узком смысле, но и о включении и дальнейшем развитии новых правовых идей (мыслей), на которые, возможно, намекали в самом законе, реализация которых в судебной практике поэтому выходит за рамки первоначального плана закона, более или менее видоизменяет его» [Larenz, K., Canaris, C.-W., 1995, p. 187]. В «продолжении толкования», таким образом, план судьи заменяет план законодателя. Судам приписывается некий «слепой полет» над границами между толкованием права и судейским правотворчеством: «...это говорит о том, что уже простое толкование права судом может представлять собой развитие права, хотя и совсем не осознанное для суда, а также, с другой стороны, что это судейское развитие права за пределами толкования по-прежнему использует интерпретацион-

<sup>8</sup> См.: BGHZ 42, 210; 50, 235.

<sup>9</sup> См.: BGHZ 26, 349.



ные методы в более широком смысле. Таким образом, толкование может продолжаться как бы непрерывно в рамках открытого развития права» [Larenz, K., Canaris, C.-W., 1995, p. 187].

Представляется, что причина обозначенной проблемы заключается в отсутствии правового регулирования данного вопроса в Германии. В связи с этим обратимся к Швейцарскому Гражданскому Уложению 1907 г., которое в действующей редакции в ст. 1 п. 2, 3 устанавливает следующее: «Если в законе не может быть найдено соответствующее постановление, то судья должен решить дело на основании обычного права, а при отсутствии и такового – по праву, которое он установил бы в качестве законодателя. При этом он следует указаниям науки и практики»<sup>10</sup>.

Это положение вызвало появление в Швейцарии обширной, выходящей далеко за рамки национальной правовой системы литературы по судебному правотворчеству в области пробелов. Статья 1 Швейцарского Гражданского Уложения разъясняет, что судья в области пробелов при принятии решений по отдельным делам также действует таким способом, который приближается или даже приравнивается к судебному «правотворчеству» [Белова, М. А., 2022b, с. 128]. Восполнение пробелов в ст. 1 ШВГУ связано с деятельностью законодателя. Судья должен разрешить дело в соответствии с «правилом», которое он установит как законодатель. Это говорит о том, что судебное восполнение пробелов не должно рассматриваться судами изолированно, как отдельные дела. Не должно быть, чтобы «каждое дело имело свой метод» [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 519]. Суды, скорее, должны ориентировать свое решение на разграничительные группы дел, для которых затем должны быть сформированы общие правила [Larenz, K., 1965, p. 13]. Таким образом, суд создает для группы дел, к которой относится решение, новые, связанные с этой группой, универсально действующие правовые нормы. Это формальное требование дополняется содержательной спецификацией. При преобразовании права (*Rechtsneubildung*) п. 3 ст. 1 ШВГУ устанавливает предел для судебного «законодательства», своего рода рамки правотворчества, связывая суды с «проверенными временем (надежными, испытанными) доктринами и традициями (обычаями)». Таким образом, судьи в Швейцарии в процессе преодоления пробела не должны реформировать или модернизировать правовой и социальный порядок и не должны преследовать новые цели регулирования. Им следует только «экстраполировать» существующий, проверенный (временем) правопорядок на неурегулированные интересы и группы дел [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 520].

Сопоставимого законодательного определения задач судов в области пробелов в германском праве нет. Это заставляет задуматься, какие выводы можно сделать из установленной конституционно роли судебной власти в выполнении ее задачи в области устранения пробелов. По крайней мере,

<sup>10</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. URL: <https://www.gesetze.ch/inh/inhsub210.htm>.



швейцарское законодательство четко дает понять, что эту роль в восполнении пробелов нельзя назвать «творческим нахождением права». Эта формулировка вводит в заблуждение по двум причинам:

– в пробеле речь идет не о нахождении права, а об установлении права (правотворчестве), потому что там, где по определению отсутствует правовое регулирование, оно не может быть «найдено»;

– слово «творческое» наводит на мысль о свободном творении нового права. Именно это не является задачей судов. Скорее речь идет о связанном законом и правом судебском правотворчестве в смысле развития права, а не о политико-правовой реконструкции юридических оценок (*gesetzlichen Wertungen*) [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 520].

Область пробелов – важная, но не единственная область применения судебного правотворчества. Существует еще одна концепция, авторы которой считают, что «...правоприменитель нередко находит правовые нормы для рассматриваемых обстоятельств дела, под которые их можно отнести (*subsumieren*) и которые должны применяться в соответствии с описанными выше критериями толкования права. Но юридические последствия, которые должны быть вынесены после этого, кажутся ему по веским причинам недопустимыми. Он считает, что не должен подчиняться (следовать) предписанию, содержащемуся в норме. Если он последует своим сомнениям, он утратит свою роль как связанный законом судья» [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 494]. Тогда речь идет уже не о «простом» развитии права (*Rechtsfortbildung*), а о реформировании права (*Rechtsneubildung*) через отступление от закона. Это порождает многочисленные и сложные проблемы, которые объединены в вопросе: может ли и когда суд отступить от существующего правового регулирования? Какие для этого необходимы предпосылки? [Белова, М. А., 2022b, с. 130].

Высокий конституционный ранг связанности судьи законом (абз. 3 ст. 20, абз. 1 ст. 97 Основного Закона) указывает на то, что отступления судей от закона абсолютно не допустимы. Однако, как утверждают авторы обсуждаемой концепции, распространенная судебная практика говорит об обратном: «...в многочисленных случаях во всех областях права обнаруживаются решения судов высшей инстанции, которые существующие предписания законов “истолковали” не только вопреки дословному тексту, но и вопреки первичной (исходной) цели правовой нормы или признали неприменимой и заместили посредством судебного, связанного с группами случаев (*fallgruppenbezogen*) правотворчества (*Normsetzung*), т. е. посредством судебного права (*Richterrecht*)» [Fischer, R., 2019, p. 149 ff.]. Рассмотрим некоторые примеры, на которые ссылаются авторы подобных утверждений.

Законодатель ГГУ исходил из принципа *pacta sunt servanda* и на фоне непоколебимой уверенности в стабильности и безопасности существующего государственного и общественного строя решительно отвергал идею законодательного закрепления «прекращения действия основания сделки (договора)» (то, что в то время называлось «*clausula rebus sic stantibus*»). Б. Виндшайд уже в то время предупреждал, что «если «*clausula*»-*Lehre* (учению) как законодателю указать на дверь, то оно (учение) войдет обратно

через окно» [Rüthers, B., 2017, p. 13 ff.]. Решающие изменения в социальной жизни в результате проигранной Второй мировой войны, множественных валютных кризисов и системных изменений привели к отказу от ценностей и целей регулирования законодательства ГГУ, которые ориентированы на строгую добросовестность исполнения договорных обязательств («*pacta sunt servanda*»). После Второй мировой войны была, наконец, разработана с опорой на § 242 ГГУ дифференцированная система критериев оценки для нарушения основания договора. § 242 ГГУ в ходе судебного развития «оказался не только окном, но и удобным, широко открытым черным ходом для общего (универсального), не желаемого законодателем в ГГУ «основания договора» [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 551]. Судейское право, развитое для основания сделки, было воспринято в ГГУ в своих основных положениях Законом о модернизации долгового права в 2002 г. в виде § 313.

В соответствии с § 50 абз. 1 ГПК ФРГ обладает процессуальной правоспособностью только тот, кто обладает правоспособностью (дееспособностью). Неправоспособные объединения имели в соответствии с официально действующей до 29 сентября 2009 г. редакцией § 50 абз. 2 ГПК ФРГ только пассивную, не активную процессуальную правоспособность. Тем не менее Федеральный Верховный Суд (BGH) уже давно признал за профсоюзами, как бы «росчерком пера замещающего законодателя» (*Ersatzgesetzgeber*) [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 552], вопреки нормативной цели абз. 2 § 50 ГПК ФРГ активную процессуальную правоспособность<sup>11</sup>.

Как отмечает Б. Рютерс, «отклонения судей от закона» не происходят по свободному усмотрению судов. То обстоятельство, что изменились факты или общие представления о ценностях, сам по себе недостаточен для оправдания отступлений или отклонений судьей от предписаний закона» [Rüthers, B., 2006, p. 958–960].

Перед принятием решений, означающих отступление от существующих норм, судья должен учитывать установленные конституцией границы судебной власти по отношению к законодательной. Юридическое сообщество в принципе должно иметь «возможность быть уверенным в том, что суды применяют действующее право» [Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013, p. 559]. Подчинение судьи закону является фундаментальным принципом демократического правового государства.

### Обсуждение и заключение

Таким образом, сделан вывод о необходимости строгого разграничения толкования права (*Auslegung*) и судейского развития права (*richterliche Rechtsfortbildung*), являющегося по существу признанием судейского правотворчества (*richterliche Normsetzung*), что нарушает конституционный принцип разделения властей в правовом государстве. Данный фактор препятствует тому, чтобы под неточно обозначенным мнимым «объективным толкованием права» в действительности скрывалось судейское разви-

<sup>11</sup> См.: BGHZ 26, 349.

тие права, судебское правотворчество, а именно отклоняющееся от закона «вложение» («Einlegung») не предусмотренных законом целей регулирования.

Установлено, что в современных германских концепциях толкования права отсутствует единое понимание самого термина «судейское право»: под «судейским правом» понимаются «различные проявления судебной практики» (*verschiedene Erscheinungsformen richterlicher Spruchpraxis*), судебское право рассматривается как вид обычного права (*Gewohnheitsrecht*) или как составная часть статутного права (как «живое статутное право» – «*lebendiges Gesetzesrecht*»), понятие «судейское право» также используется как синоним «прецедентного права» (*Präjudizienrecht*). В других концепциях как «судейское право» обозначается каждое отдельное судебное решение или же только результат судебного толкования (*Auslegung*) неопределенных юридических терминов или генеральных клаузул (*Generalklauseln*). В ряде концепций «судейским правом» считают только «противоречащие закону решения» (*contra-legem-Entscheidungen*).

В результате проведенного исследования можно сделать вывод, что в современной германской правовой доктрине сохраняется дискуссионность рассмотрения судебского права (*Richterrecht*) как формы права. Подчеркивается отрицание возможности признания судебского права в качестве формы права, основываясь на строгой связанности судов законом как центральным составным элементом демократического правового государства с закрепленным в Конституции принципом разделения властей и исключительным правом правотворчества законодательных органов [Белова, М. А., 2022а, с. 18].

### Список источников

- Белова М. А. Сравнительный анализ концепций толкования права в Германии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2022а. 19 с.
- Белова М. А. Сравнительный анализ концепций толкования права в Германии : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2022b. 168 с.
- Белова М. А. Теории толкования права в современной германской правовой доктрине // Российское правосудие. 2021. № 9. С. 13–19.
- Ершов В. В. Актуальные проблемы правопонимания, правотворчества и правоприменения // Российское правосудие. 2016. № 9. С. 14–17.
- Ершов В. В. Природа «позиций судов»: теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2017. № 12. С. 5–15.
- Ершов В. В. Судебное «правотворчество» в XXI веке // Российское правосудие. 2021. № 2. С. 5–12.
- Ершов В. В. Судебное правотворчество: «pro et contra» // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 1. С. 7–35.
- Корнев В. Н. Проблемы теории права в романо-германской юридической науке // Российское правосудие. 2015. № 5. С. 26–38.

Марченко М. Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 1 (56). С. 5–13.

Рютерс Б. Государство судей: миф или реальность? // Правосудие/Justice. 2019. Т. 1, № 2. С. 45–51.

Рютерс Б. Философия права в руинах послевоенного периода: комментарии к докладу Моники Фроммель // Правосудие/Justice. 2020. Т. 2, № 3. С. 213–224.

Barth R. Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht. Berlin : Duncker und Humblot, 1996. 644 S.

Biaggini G. Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Basel : Helbing und Lichtenhahn, 1991. 516 S.

Bydlinski F. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. 2 erg. Aufl. Wien ; New York : Springer, 2011. 671 S.

Esser J. Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht // FS für Fritz von Hippel / Hrsg. J. Esser, H. Thieme. Tübingen, 1967. S. 95–130.

Fischer R. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre, 1960 // Gesammelte Schriften: Grundfragen revisionsgerichtlicher Rechtsprechung und Beiträge zum Gesellschaftsrecht / Hrsg. M. Lutter, W. Stimpel. Berlin ; Boston : De Gruyter, 2019. S. 3–10.

Gretschner S. Die “allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts” und die deutsche Rechtsquellenlehre Eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes : dissertation zur Erlangung des akademischen Grades doctor iuris (Dr. iur.). Dresden, 1972. 189 S.

Ipsen J. Richterrecht und Verfassung. Berlin : Duncker und Humblot, 1975. 252 S.

Krey V. Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem // Juristenzeitung. 1978. 33 Jahrg, Nr. 13. S. 428–432.

Kruse H. W. Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts. Berlin : Mohr Siebeck, 1971. 20 S.

Larenz K. Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen. Karlsruhe : C. F. Müller, 1965. 14 S.

Larenz K., Canaris C.-W. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Berlin Heidelberg : Springer Verlag, 1995. 326 S.

Müller F. Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV. Berlin : Duncker und Humblot, 1986. 140 S.

Rüthers B. Die unbegrenzte Auslegung. 8, unveränd., um ein neues Nachw. erw. Aufl. Tübingen : Mohr Siebeck, 2017. 551 S.

Rüthers B. Zwischenruf aus der methodischen Wüste: “Der Richter wird schon richten?” // Juristenzeitung. 2006. 61 Jahrg, Nr. 19. S. 958–996.

Rüthers B., Fischer C., Birk A. *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*. 7 Aufl. München : C. H. Beck Verlag, 2013. 598 S.

Scheffelt M. *Die Rechtssprechungsänderung. Ein Beitrag zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Anwendung der Ergebnisse im Verwaltungsrecht*. Konstanz : Hartung-Gorre, 2001. 328 S.

Zippelius R. *Einführung in die juristische Methodenlehre*. München : Beck, 1971. 137 S.

### References

Barth, R., 1996. *Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht*. Berlin: Duncker und Humblot. 644 S.

Belova, M. A., 2021. Theories of interpretation of law in the modern German legal doctrine. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 9, pp. 13–19. (In Russ.)

Belova, M. A., 2022a. *Comparative analysis of legal interpretation concepts in Germany* = [Comparative analysis of the concepts of the interpretation of law in Germany]. Abstract of Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. 19 p. (In Russ.)

Belova, M. A., 2022b. *Comparative analysis of legal interpretation concepts in Germany* = [Comparative analysis of the concepts of the interpretation of law in Germany]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. 168 p. (In Russ.)

Biaggini, G., 1991. *Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*. Basel: Helbing und Lichtenhahn. 516 S.

Bydlinski, F., 2011. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2 erg. Aufl. Wien; New York: Springer. 671 S.

Ershov, V. V., 2016. Actual problems of legal understanding, law-making and law enforcement. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 9, pp. 14–17. (In Russ.)

Ershov, V. V., 2017. The nature of “positions of courts”: theoretical and practical problems. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 12, pp. 5–15. (In Russ.)

Ershov, V. V., 2020. Judicial lawmaking: “pro et contra”. *Pravosudie/Justice*, 2(1), pp. 7–35. (In Russ.)

Ershov, V. V., 2021. Judicial “law-making” in the XXI century. *Rossiiskoe pravosudie* = [Russian Justice], 2, pp. 5–12. (In Russ.)

Esser, J., 1967. Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht. In: J. Esser, H. Thieme, Hrsg. *FS für Fritz von Hippel*. Tübingen. Ss. 95–130.

Fischer, R., 2019. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre, 1960. In: M. Lutter, W. Stimpel, Hrsg. *Gesammelte Schriften: Grundfragen revisionsgerichtlicher Recht-*

*sprechung und Beiträge zum Gesellschaftsrecht*. Berlin; Boston: De Gruyter. Ss. 3–10.

Gretschner, S., 1972. *Die "allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts" und die deutsche Rechtsquellenlehre Eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*. Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades doctor iuris (Dr. iur.). Dresden. 189 S.

Ipsen, J., 1975. *Richterrecht und Verfassung*. Berlin: Duncker und Humblot. 252 S.

Kornev, V. N., 2015. Problems of the theory of law in Romano-Germanic jurisprudence. *Rossijskoe pravosudie* = [Russian Justice], 5, pp. 26–38. (In Russ.)

Krey, V., 1978. Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem. *Juristenzeitung*, 33(13), ss. 428–432.

Kruse, H. W., 1971. *Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*. Berlin: Mohr Siebeck. 20 S.

Larenz, K., 1965. *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen*. Karlsruhe: C. F. Müller. 14 S.

Larenz, K., Canaris, C.-W., 1995. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl. Berlin; Heidelberg: Springer Verlag. 326 S.

Marchenko, M. N., 2016. Features of judicial precedent in the system of Romano-Germanic law. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* = [Journal of Foreign Legislation and Comparative Jurisprudence], 1, pp. 5–13. (In Russ.)

Müller, F., 1986. *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*. Berlin: Duncker und Humblot. 140 S.

Rüthers, B., 2006. Zwischenruf aus der methodischen Wüste: "Der Richter wird's schon richten?". *Juristenzeitung*, 61(19), ss. 958–996.

Rüthers, B., 2017. *Die unbegrenzte Auslegung*. 8, unveränd., um ein neues Nachw. erw. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck. 551 S.

Rüthers, B., 2019. The State of Judges: Myth or reality? *Pravosudie/Justice*, 1(2), pp. 45–51. (In Russ.)

Rüthers, B., 2020. Philosophy of law in the ruins of the post-war period: comments on the report of Monica Frommel. *Pravosudie/Justice*, 2(3), pp. 213–224. (In Russ.)

Rüthers, B., Fischer, C., Birk, A., 2013. *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*. 7. Aufl. München: C. H. Beck Verlag. 598 S.

Scheffelt, M., 2001. *Die Rechtssprechungsänderung. Ein Beitrag zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Anwendung der Ergebnisse im Verwaltungsrecht*. Konstanz: Hartung-Gorre. 328 S.

Zippelius, R., 1971. *Einführung in die juristische Methodenlehre*. München: Beck. 137 S.



---

---

### **Информация об авторе / Information about the author**

**Белова Марина Анатольевна**, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного права имени Н. В. Витрука Российского государственного университета правосудия (Российская Федерация, Москва, 117418, ул. Новочеремушкинская, д. 69).

**Marina A. Belova**, Cand. Sci. (Law), Senior Lecturer of the Vitruk Constitutional Law Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

ORCID: 0000-0001-9461-7949

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interest.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 21.10.2022; дата одобрения после рецензирования: 02.11.2022; дата принятия статьи к опубликованию: 03.11.2022.

Submitted: 21.10.2022; reviewed: 02.11.2022; revised: 03.11.2022.

Научная статья

УДК 340

DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.126-145



# Переподготовка и повышение квалификации судей в России: историко-правовое исследование

**Сергей Иванович Пухнаревич**

*Российский государственный университет правосудия, Москва,  
Российская Федерация  
pukhnarevich@rsuj.ru*

## Аннотация

*Введение.* Автором анализируются нормативные правовые акты и доктринальные источники, относящиеся к отдельным этапам процессов становления и развития в России системы повышения квалификации и переподготовки судей.

*Теоретические основы. Методы.* В исследовании использованы диалектический, историко-правовой и формально-юридический подходы к анализу правовых актов, регулирующих процесс становления и развития институтов системы повышения квалификации и переподготовки судей Российской Федерации на различных исторических этапах развития нашей страны. При анализе доктринальных источников, относящихся к теме исследования, использовался герменевтический метод толкования научных текстов.

*Результаты исследования.* В исследовании показано, что в процессе исторического развития нашего государства в центре внимания руководства страны всегда находились вопросы повышения квалификации и переподготовки судей, потому что судебная система постоянно нуждалась в судебных кадрах высокой квалификации. Кроме того, ряд ситуаций, имевших место в российском государстве, требовали своего разрешения с участием судебных органов.

*Обсуждение и заключение.* Изложенное позволило сделать несколько выводов: 1) в советский период была сформирована система правовых актов, закреплявших и регулировавших централизованную союзно-республиканскую систему переподготовки и повышения квалификации судей; 2) под воздействием решений IV (чрезвычайного) Всероссийского съезда судей, ставшего переломным в реализации судебной реформы, и в связи с образованием Российской академии правосудия (ныне – РГУП) переподготовка и повышение квалификации судей осуществляются на основе системы федеральных правовых актов и актов, принятых Верховным Судом Российской Федерации и Российским государственным университетом правосудия; 3) специфика правовых форм, применяемых РГУП в процессе переподготовки и повышения квалификации судей, позволяет говорить о концепции правового и индивидуального регулирования правоотношений в этой сфере образовательного процесса, разработанного Университетом.

**Ключевые слова:** судья, правосудие, переподготовка, повышение квалификации, обучение, университет, государственные служащие, стажировка

**Для цитирования:** Пухнаревич С. И. Переподготовка и повышение квалификации судей в России: историко-правовое исследование // Правосудие/Justice. 2022. Т. 4, № 4. С. 126–145. DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.126-145.

## Original article

# Retraining and Professional Development of Judges in Russia: A Historical and Legal Study

**Sergey I. Pukhnarevich**

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

*For correspondence: pukhnarevich@rsuj.ru*

## Abstract

*Introduction.* The author of the article analyses the regulatory legal acts and doctrinal sources relating to the individual stages of the processes of formation and development in Russia of the system of professional development and retraining of judges.

*Theoretical Basis. Methods.* The study uses dialectical, historical-legal and formal-legal approaches to the analysis of legal acts regulating the process of formation and development of institutions of the system of advanced training and retraining of judges of the Russian Federation at different historical stages of development of the country. When analysing doctrinal sources related to the topic of the research, hermeneutic method of interpretation of scientific texts was used.

*Results.* The study shows that during the historical development of our state, the country's leadership has always focused on the issues of professional development and retraining of judges, because the judicial system has always been in constant need of highly qualified judicial personnel. In addition, a number of situations occurring in the Russian state required their resolution with the participation of the judiciary.

*Discussion and Conclusion.* The above mentioned allowed several conclusions to be drawn: 1) during the Soviet period a system of legal acts was formed, which consolidated and regulated the centralised Union-republican system of judges' retraining and professional development; 2) under the influence of the decisions of the Fourth (Emergency) All-Russian Congress of Judges, which became a turning point in the implementation of judicial reform, and in connection with the establishment of the Russian Academy of Justice (now Russian State University of Justice), the retraining and professional development of judges is implemented by a system of federal legal acts and acts adopted by the Supreme Court of the Russian Federation and the Russian State University of Justice; 3) specific character of legal forms applied by the Russian State University of Justice in the process of retraining and professional development of judges allows to speak about the concept of legal and individual regulation of legal relations in this sphere of educational process which was developed by the University.

**Keywords:** judge, justice, retraining, professional development, training, university, civil servants, internship

**For citation:** Pukhnarevich, S. I., 2022. Retraining and Professional Development of Judges in Russia: A Historical and Legal Study. *Pravosudie/Justice*, 4(4), pp. 126–145. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.126-145.

## Введение

Основу настоящего исследования в историко-правовом контексте развития нашей страны составляет период с 1917 г. по настоящее время, т. е. от подготовки и формирования судейского корпуса после Великой Октябрьской социалистической революции вплоть до настоящего времени. Указанный исторический период предлагается разделить на четыре этапа. Первый этап (1917–1941 гг.) связан с зарождением и развитием адекватных форм подготовки судейских кадров и обусловлен появлением новой государственно-правовой реальности. Второй этап (1941–1945 гг.) связан с особенностями переподготовки и повышения квалификации судей в период Великой Отечественной войны. Третий этап (1946–1991 гг.) – это создание централизованной союзно-республиканской системы повышения квалификации работников судов. Четвертый этап (1991 г. – по настоящее время) начинается с распада Советского Союза и продолжается реформами сегодняшних дней. Для него характерны построение системы повышения квалификации и переподготовки судей с учетом конституционного принципа разделения властей, а также использование в процессе обучения современных телекоммуникационных технологий.

## Теоретические основы. Методы

В концептуальном плане основу проведенного исследования составили научные труды таких отечественных и зарубежных ученых и политических деятелей, как В. В. Ершов, А. Я. Кодинцев, В. И. Кононенко, В. М. Лебедев, В. И. Ленин, Н. В. Муравьев, П. А. Муллов, И. И. Олейник, О. Ю. Олейник, В. В. Пейсиков, П. Соломон, П. И. Стучка, Р. Уортман, и других ученых – юристов и историков. В их трудах сформулированы теоретические установки, на основе которых дан анализ каждого этапа в становлении системы переподготовки и повышения квалификации судей и исследованы отдельные аспекты в регулировании правоотношений, которые складывались в этой сфере образовательной деятельности.

Методологической основой исследования являются диалектический, историко-правовой и формально-юридический подходы к анализу правовых актов, регулирующих правоотношения в процессе становления и развития институтов системы повышения квалификации и переподготовки судей Российской Федерации на различных исторических этапах развития нашей страны. Кроме того, в части анализа доктринальных источников, относящихся к теме исследования, использовался герменевтический метод толкования научных текстов. Применение названных методов научного исследования позволило системно вскрыть объективные причины возникновения и развития институтов и форм переподготовки и повышения квалификации судей, провести всесторонний анализ правовых актов, регулирующих процессы переподготовки и повышения квалификации судей в нашей стране.

## Результаты исследования

Одним из важнейших условий эффективной деятельности органов судебной власти во все времена является профессионализм их кадрового состава.

ва. От того, насколько профессионально подготовлены судьи, зависят качество рассмотрения дел в суде, защита прав и законных интересов физических и юридических лиц и, в конечном счете, реализация такой функции государства, как отправление правосудия.

Проблемы обучения работников судов и судей существовали еще во времена Российской империи, и если вопросы подготовки юристов были как-то урегулированы, то подготовка к новому виду деятельности или обучение уже работающих служащих отсутствовали как таковые. В частности, эта проблема затронута в статье доцента Императорского Казанского университета Павла Андреевича Муллова «О практическом юридическом образовании» в 1861 г. В ней он писал, что в ряде случаев на места следователей, мировых посредников, в судебные должности назначаются лица, окончившие курс в университетах, лицеях и гимназиях (политикоэкономы, филологи, математики), на многие должности выбираются дворянством лица, не имеющие к ним подготовки, и все они не имеют возможности восполнить недостаток юридического образования, даже тем, которые имеют теоретическую и практическую подготовку в юридическом университете, по службе требуются дополнительные знания [Муллов, П. А., 1861, с. 58].

В связи с этим, по мнению П. А. Муллова, было бы полезно расширить деятельность юридических факультетов (проведение публичных лекций для популярного изложения теоретических юридических сведений, насколько возможно такое преподавание и притом в ограниченных рамках); для соединения практического образования с теоретическим создать постоянные юридические консультации. Все это предлагалось П. А. Мулловым организовывать на безвозмездной основе силами преподавателей факультетов или на возмездной за счет средств (пособий), выделяемых правительством, или за счет оплаты служащих, желающих получить юридическое образование. Однако для губернских и уездных городов в силу отсутствия в них университетов и отсутствия в России того периода юридических обществ, которые могли бы содействовать урегулированию существующих вопросов, эта проблема становилась нерешаемой, в том числе и из-за отсутствия объяснительных и руководительных книг к действующим законам. В силу указанных выше причин, как писал П. А. Муллов, тому или иному «уездному суду приходится нередко, в затруднительных случаях, решать дела наугад, в потемках, как Бог на душу пошлет, без уверенности в правости и законности решения. Таким образом, положение уездного присутствия, в особенности судебного места бывает иногда весьма незавидным: секретарь не знает, заседатели не знают, судья не знает, как решить дело, и дело все-таки решается, и решается, может быть, окончательно, без права апелляции» [Муллов, П. А., 1861, с. 59].

По мнению Н. В. Муравьева, за период с 1864 г., когда были созданы учреждения кандидатов на должности судей, по 1886 г. положение этой категории было весьма сложным и не изменилось за последующие двадцать лет с создания [Муравьев, Н. В., 1886, с. 1]. В то время кандидаты на должности судей рассматривались как прямой и «главнейший источник пополнения судебного сословия, школа, образующая и подготавливающая

членов его» [Муравьев, Н. В., 1886, с. 6]. «Места секретарей, следователей и товарищей прокурора окружного суда, эти первые ступени магистратуры, открывающей путь и к дальнейшему прохождению ее иерархической лестницы, должны замещаться кандидатами если не исключительно, то во всяком случае преимущественно...» [Муравьев, Н. В., 1886, с. 6]. К концу XIX в. ситуация по вопросу переподготовки и повышения квалификации мало изменилась в лучшую сторону, даже учитывая введение закона о судебной кандидатуре<sup>1</sup>, в соответствии с которым кандидатами на должности государственной службы по судебному ведомству могли назначаться лица, получившие высшее юридическое образование.

В период после революции и до начала Великой Отечественной войны в стране постепенно складывалась система подготовки и переподготовки юридических кадров для судебной системы. Вместе с тем, как показывают исследования, в предвоенный период кадровый вопрос не был решен, несмотря на определенные успехи в подготовке специалистов. Это было связано с тем, что после свершения Великой Октябрьской социалистической революции было необходимо выстраивать новую систему государственных органов, особое внимание обращая на создание органов судебной власти, органов безопасности и правоохраны. Стояла задача немедленной замены упраздненного буржуазного суда новым народным судом. Это касалось как непосредственно судоустройства, так и кадрового состава судебных органов. В условиях новых политико-идеологических и правовых реалий советской власти надо было решать вопрос о кадрах судебных органов, о подготовке и переподготовке таких работников, которые способны действовать тогда, когда революционное правосознание рассматривалось в качестве источника права для правоприменителя. В органах управления Советской России, в том числе в центральных органах юстиции, работали большевики, которые имели профессиональное юридическое образование. Они прекрасно понимали роль права в государственном строительстве и необходимость подготовки юридических кадров [Крыжан, А. В., 2018, с. 109]. Известный советский государственный деятель и юрист П. И. Стучка отмечал, что новая власть признавала нехватку для нормальной судебной деятельности образованных юристов, кроме того, реально существовала опасность забастовки буржуазных юристов-специалистов [Стучка, П. И., 1931, с. 8]. На недостаток юридических кадров в первые годы советской власти указывали и зарубежные ученые [Соломон, П., 2008, с. 32; Уортман, Р., 2004, с. 11].

Первоначально, в первые годы советской власти, кадровая проблема судов решалась за счет представителей трудящихся классов, которые, как правило, не имели юридического образования, что допускалось и ст. 12 Декрета ВЦИК от 30 ноября 1918 г. «О народном суде Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (Положение)», которая

---

<sup>1</sup> Высочайшее утвержденное мнение Государственного Совета от 24 декабря 1891 года // Полное собрание законов Российской империи с 1649 года. Т. 11. № 8188.



устанавливала требования к народным судьям<sup>1</sup>. Положение о судоустройстве РСФСР, принятое ВЦИК 19 ноября 1926 г., несколько изменило требования к кандидатам на должность народного судьи, но не установило наличие юридического образования в качестве обязательного требования к народному судье (п. 15)<sup>2</sup>. В 20-х годах руководству страны стало ясно, что необходимо усилить и ускорить юридическую подготовку работников судов, которые имели слабую либо вообще не имели никакой систематической правовой подготовки. Судьи при вынесении решения по делу уже не могли руководствоваться революционным правосознанием: им были необходимы знания материального и процессуального законодательства. Кроме того, для выполнения стоявших перед государством задач социалистического строительства, в том числе и в сфере правосудия, требовались высококвалифицированные кадры, которые обладали бы юридическими знаниями необходимого уровня. Эти знания могли быть получены только в учебных заведениях высшего и среднего образования, а также на соответствующих краткосрочных курсах.

На IV сессии Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета было принято Постановление от 22 декабря 1922 г. «Об открытии юридических курсов»<sup>3</sup>, согласно которому предписывалось не позднее 1 января 1923 г. открыть Высшие юридические курсы в городе Москве для подготовки высшего персонала юстиции и десять областных юридических курсов для подготовки народных судей и следователей с годичным сроком обучения. Эти курсы рассматривались как «институт по переподготовке руководящих работников юстиции, проявивших себя способными и растущими специалистами, но нуждающимися в теоретической подготовке» [Олейник, И. И., Олейник, О. Ю., 2005, с. 84].

На улучшение качественного состава судебных кадров оказал определенное влияние циркуляр Народного комиссариата юстиции РСФСР от 15 апреля 1924 г. № 52 «О проверке и улучшении личного состава нарсудей и работы нарсудов». В соответствии с циркуляром губернские суды должны были установить порядок проведения ревизий в подведомственных им народных судах. Особое внимание уделялось тем уездам, где, по сведениям губсуда, личный состав нарсудей и качество их работы представлялись наименее удовлетворительными, а также где ревизии еще не производились, при проведении ревизии необходимо было обращать внимание и на существо выносимых этим народным судом приговоров и решений как с точки зрения усвоения народным судьей материальных и процессуальных норм, так и с точки зрения проведения правильной классовой политики, а также осуществлять пересмотр личного состава народных судей с правом отзыва народных судей, кроме принадлежащих к рабочему классу, которые при разрешении дел обнаруживают правильный классовый подход,

<sup>1</sup> Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 85. Ст. 889.

<sup>2</sup> Собрание узаконений РСФСР. 1926. № 85. Ст. 624.

<sup>3</sup> Постановление СНК РСФСР «Об открытии юридических курсов» // Известия ВЦИК. 1922. 27 дек.

хотя бы в данный момент еще недостаточно усвоили нормы действующего законодательства<sup>4</sup>.

В 30-е годы широкое распространение получило соцсовместительство, которое было распространено и на судебную систему. Определение соцсовместительства дано было в постановлении президиума Центральной контрольной комиссии (ЦКК) ВКП(б) и коллегии НК РКИ СССР от 19 августа 1931 г.: «Социалистическое совместительство заключается в том, что рабочие, оставаясь на производстве, бесплатно выполняют отдельные функции управления в соваппарате...»<sup>5</sup> Введение соцсовместительства стало практической реализацией ленинской идеи, сформулированной им в знаменитой работе 1918 г. «Очередные задачи Советской власти»: «Целью нашей является бесплатное выполнение государственных обязанностей каждым трудящимся, по отбытии 8-часового “урока” производительной работы» [Ленин, В. И., 1974, с. 204]. В связи с этим руководители учреждений, которые принимают у себя соцсовместителей, проводят различные оргмероприятия.

Например, Московский областной суд подготовил практическое пособие «В помощь народному заседателю и судье-выдвиженцу», в котором было написано: «Многие товарищи народные судьи, в особенности из выдвиженцев, и народные заседатели часто заявляют о трудности руководствоваться законами и ведомственными постановлениями по причине их громозкости, а отчасти неясности их изложения. Тем более эти трудности ими испытываются в начальной стадии их работы, когда они не знакомы еще с судебной политикой и практикой»<sup>6</sup>. Кроме того, в пособии излагались и толковались статьи Уголовного и Гражданского кодексов, наиболее частая практика их применения при рассмотрении уголовных и гражданских дел.

Соцсовместители работали также помощниками прокуроров, выступали в качестве государственных обвинителей в судебных процессах [Булюлина, Е. В., 2020, с. 22]. Однако в скором времени соцсовместительство сошло на нет ввиду явной юридической некомпетентности социалистических совместителей.

В 1936 году были реорганизованы юридические курсы и школы, получившие статус учреждений по переподготовке кадров. Можно сказать, что в период после Октябрьской революции 1917 г. и до Великой Отечественной войны в Советской России все же удалось создать учреждения и организации, которые занимались по мере своих сил и возможностей подготовкой и переподготовкой советских судей. Непосредственно накануне Великой Отечественной войны были проведены мероприятия, направленные

<sup>4</sup> См.: Сборник циркуляров Наркомюста РСФСР за 1922–1925 гг. (действующих на 15 июля 1926 г.) / сост. А. В. Егоров, В. И. Фридберг, С. С. Аскарханов. М. : Юрид. изд-во Наркомюста РСФСР, 1926. С. 8.

<sup>5</sup> Смотр массовой работы КК-РКИ. Сборник руководящих материалов по вопросам шефства над госаппаратом, соцсовместительства и совместной работы КК-РКИ и профсоюзов. М. : Изд-во Мособлисполкома, 1933. С. 32.

<sup>6</sup> В помощь народному заседателю и судье-выдвиженцу. М. : Изд-во Мособлисполкома, 1931. 108 с.

на повышение качества кадрового состава работников юстиции, однако война помешала осуществлению поставленных целей.

Во время Великой Отечественной войны работа по переподготовке и повышению квалификации судей не прекращалась. В Москве и Ленинграде были сформированы ревизорские составы городских управлений НКО, и по их инициативе созывались общегородские оперативные совещания трибунальских работников. При юридических школах были внедрены экстернаты, на должности судей назначались народные заседатели. В случае отчисления студентов со старших курсов по собственному желанию или невнесения платы за обучение они направлялись на работу в суды, а при отказе могли быть привлечены к уголовной ответственности. До окончания войны начали свою работу юридический факультет МГУ имени М. В. Ломоносова и Харьковский юридический институт, выпускники которых пополняли кадры судебной системы.

Сразу же после окончания войны руководство страны приступило к работе по повышению образовательного уровня работников органов юстиции. В деле перестройки работы по подготовке кадров важную роль сыграло Постановление ЦК ВКП(б) «О состоянии юридического образования в СССР»<sup>7</sup>, которое вышло 5 октября 1946 г. Оно предусматривало передачу высших юридических учебных заведений, которыми ранее заведовало Министерство юстиции, в ведение Министерства высшего образования. Вместе с тем проведение кадровой политики оставалось за органами Министерства юстиции СССР. Кроме подготовки с получением высшего образования на юридических факультетах и институтах в стране действовала система очных и заочных юридических школ, а также курсы с одногодичной и девятимесячной подготовкой, выпускники которых также пополняли кадровый состав судов. Министерством юстиции для улучшения кадровой ситуации предпринимались попытки использования даже дореволюционной практики. Речь идет о предложениях в 1950 г. Министра юстиции СССР К. П. Горшенина принять положение о кандидатах на судебные должности [Кодинцев, А. Я., 2009, с. 38]. Планировалось, что такие кандидаты будут работать в течение нескольких лет секретарями судебных заседаний, секретарями народных судей, судебными исполнителями. По окончании кандидатского стажа аттестационная комиссия решала бы дальнейшую судьбу кандидата на судебную должность [Пухнаревич, С. И., 2020, с. 40].

В 50-е годы кадровый вопрос постоянно находился в центре внимания руководства СССР. На практике применялись различные формы повышения квалификации и переподготовки судей. Например, широко использовалась такая форма, как производственная практика. В конце 1950 г. была утверждена Инструкция об организации производственной практики судей и работников органов юстиции<sup>8</sup>, в которой определялся порядок про-

<sup>7</sup> Собрание законодательства. 1946. № 11–12 (ноябрь – декабрь). С. 15–18.

<sup>8</sup> Кодинцев А. Я. Государственная политика в СССР в 30–50-е годы XX в. в сфере юстиции : моногр. Курган : Изд-во Курган. гос. ун-та, 2008. С. 519 ; Бородин С. В. Верховный Суд союзной республики как орган надзора за деятельно-

хождения практики работников различных звеньев судебной системы на основании планов судов, которые включались в общий квартальный план работы министерств и управлений юстиции. Проведение практики судей включалось также в планы вышестоящих судов, куда судьи должны были направляться на практику. Для каждого судьи составлялся и индивидуальный план. Инструкция предусматривала порядок прохождения практики: народные судьи – только в вышестоящем суде; председатели, заместители председателей, члены окружных, областных, краевых судов, верховных судов автономных республик и спецсудов СССР – в Верховном Суде, министерстве юстиции союзной республики, окружном спецсуде.

В начале 1952 г. Министерством юстиции СССР была поставлена задача получения всеми судьями высшего образования, о чем свидетельствует принятый 26 января 1952 г. приказ № 4 Министерства юстиции СССР. Для улучшения переподготовки юридических кадров и повышения их квалификации разрешалось Министерству юстиции СССР организовать Всесоюзный институт усовершенствования работников юстиции, а Советам Министров союзных республик – республиканские курсы повышения квалификации работников юстиции, что было установлено в совместном Постановлении ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 30 июля 1970 г. № 634 «О мерах по улучшению работы судебных и прокурорских органов»<sup>9</sup>. В развитие совместного Постановления было принято Типовое положение о Республиканских курсах повышения квалификации работников юстиции, которое было утверждено приказом от 15 декабря 1972 г. № 24<sup>10</sup>. Курсы повышения квалификации работников юстиции создавались при министерствах юстиции союзных республик. Вопросы учебно-методического руководства курсами и контроль за их деятельностью Министерство юстиции РСФСР оставило за собой, что дало возможность формирования единых подходов к повышению квалификации различных категорий работников судов и органов юстиции.

По-прежнему важную роль в повышении квалификации работников республиканских судов играла организация производственной практики, которая проводилась на основании Методических указаний по организации производственной практики работников местных органов юстиции и суда в Министерстве юстиции РСФСР и Верховном Суде РСФСР, которые были утверждены Министром юстиции РСФСР и Председателем Верховного Суда РСФСР 9 июня 1972 г.<sup>11</sup> Производственная практика признается

---

стью судов республики по рассмотрению уголовных дел : дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1954. С. 224–233 ; *Перлов И. Д.* Организация работы советского суда. М. : Госюриздат, 1953. С. 38, 47, 55.

<sup>9</sup> Собрание действующего законодательства СССР. Т. 42, разд. XX. М. : Известия, 1976. 414 с.

<sup>10</sup> Сборник приказов, постановлений коллегии, инструкций и указаний Министерства юстиции СССР. М. : Известия, 1976.

<sup>11</sup> Сборник приказов, инструкций и указаний Министерства юстиции РСФСР / Министерство юстиции РСФСР ; под общ. ред. заместителя Министра юстиции РСФСР Ю. Д. Северина. М. : Сов. Россия, 1976.

одной из важных форм повышения деловой квалификации, обмена опытом, изучения политических и деловых качеств работников органов юстиции и суда.

В принятом Советом Министров РСФСР Постановлении от 30 декабря 1977 г. № 677 «О дальнейшем совершенствовании системы повышения квалификации руководящих работников и специалистов народного хозяйства в РСФСР»<sup>12</sup> было указано на недостатки в деятельности институтов, факультетов и курсов повышения квалификации по организации повышения квалификации. Вместе с тем, как следует из приказа Министерства юстиции от 21 июня 1978 г. № 43 «О мерах по дальнейшему совершенствованию системы повышения квалификации руководящих кадров и специалистов органов, учреждений юстиции и судов»<sup>13</sup>, деятельность республиканских курсов повышения квалификации работников юстиции признавалась эффективной. Кроме курсов повсеместно функционировали постоянно действующие семинары, организовывались производственная практика (стажирование), научно-практические конференции, где руководители и специалисты различных категорий овладевали современными формами и методами работы. Широко практиковалось обучение сотрудников в высших юридических учебных заведениях без отрыва от производства, что давало возможность пополнять органы, учреждения юстиции и суды квалифицированными кадрами. Приказом устанавливался единый порядок: все руководящие работники и специалисты должны были повышать квалификацию не реже одного раза в шесть лет.

Все указанные меры позволили к 80-м гг. создать в стране союзно-республиканскую систему повышения квалификации работников судов. Можно сделать вывод о том, что создававшаяся система была строго централизованной как по принципам организации, так и по программам подготовки и переподготовки судебных кадров, поскольку обучение на республиканских курсах повышения квалификации работников юстиции проводилось по учебным планам и программам, утверждаемым министерством юстиции союзной республики в соответствии с примерными учебными планами и программами, разработанными Министерством юстиции СССР, а координация всей работы осуществлялась из одного центра – Министерства юстиции СССР.

Накануне распада СССР в среде юридической общественности возникла дискуссия о путях дальнейшего развития отечественной судебной системы. Один из тезисов в публичных выступлениях представителей судебного сообщества непосредственно касался организации государственной системы подготовки судебных кадров [Кононенко, В., 1989]. В целом судебная власть находилась в зависимости от органов как исполнительной, так и законодательной власти, что было отмечено в Постановлении Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. № 1801-1 «О Концепции судебной ре-

<sup>12</sup> Свод законов РСФСР. Т. 3. М.: Сов. Россия, 1988. 599 с.

<sup>13</sup> Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».



формы в РСФСР»<sup>14</sup>. Чтобы изменить такое положение, были приняты Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»<sup>15</sup>, а в январе 1998 г. – Закон Российской Федерации «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации»<sup>16</sup>.

С момента создания Судебного департамента начался новый период в формировании государственной системы подготовки и переподготовки кадров для судов Российской Федерации. В том же году Указом Президента Российской Федерации от 11 мая 1998 г. № 528 была создана Российская академия правосудия, функции и полномочия учредителя которой осуществляет Верховный Суд Российской Федерации. На Академию в числе прочих были возложены следующие функции: подготовка кандидатов на должности судей и работников аппаратов судов; профессиональная переподготовка и повышение квалификации судей и работников аппаратов судов<sup>17</sup>.

На VII Всероссийском съезде судей, который состоялся 4 декабря 2008 г., председатель экзаменационной комиссии при Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации ректор Российской академии правосудия В. В. Ершов определил концепцию Академии, которая действует до сих пор и заключается в том, что подготовку будущего судьи необходимо начинать в наиболее раннем возрасте, а повышать квалификацию действующих судей – в течение всего периода их профессиональной деятельности; обучение должно быть обязательным, специализированным и регулярным; базироваться на фундаментальных и прикладных научных знаниях международного и российского права не только в «книгах», но и в «жизни», а также на овладении необходимыми практическими навыками для работы в суде<sup>18</sup>.

Председатель Верховного Суда Российской Федерации В. М. Лебедев в выступлении на VII Всероссийском съезде судей указал, что значительная часть кадрового состава судей является высококвалифицированными юристами с большим опытом судебной работы. Но в то же время необходимо привлечение образованных, высоконравственных и заинтересованных в карьерном росте специалистов для судебной системы. В. М. Лебедев также отметил частичное решение этой задачи Российской академией правосудия, в которой в 2000–2007 гг. повысили квалификацию более

<sup>14</sup> Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР от 31 октября 1991 г. № 44. Ст. 1435.

<sup>15</sup> URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_12834/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_12834/).

<sup>16</sup> URL: <https://base.garant.ru/12107240/>.

<sup>17</sup> Указ Президента Российской Федерации от 11 мая 1998 г. № 528 «О Российской академии правосудия» // Российская газета. 1998. 19 мая.

<sup>18</sup> Выступление председателя экзаменационной комиссии при ВККС РФ ректора Российской академии правосудия Ершова В. В. на VII Всероссийском съезде судей от 4 декабря 2008 г. // Вестник Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации. 2009. № 1. С. 20–22.



45 тыс. судей, сотрудников аппаратов судов и Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации. Учитывая, что цель создания специализированного учебного заведения для судебной системы – профессиональная подготовка на должность судьи, необходима дополнительная подготовка, так как около 30% желающих занять должность судьи не выдерживают квалификационного экзамена.

Председатель Верховного Суда Российской Федерации также указал на то, что 26 июня 2008 г. Верховным Судом Российской Федерации в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации внесен проект федерального закона «О внесении изменений и дополнений в закон Российской Федерации “О статусе судей в Российской Федерации”». Законопроект предусматривал профессиональную подготовку судьи федерального суда, впервые назначенного на должность, в форме обучения в Российской академии правосудия и стажировки в суде общей юрисдикции продолжительностью до одного года с сохранением заработной платы на период обучения и стажировки. Реализация этих предложений, по словам В. М. Лебедева, позволит молодым судьям изучить современные теоретические и практические проблемы материального и процессуального права, выработать необходимые практические навыки подготовки процессуальных документов и ведения судебного процесса<sup>19</sup>. В качестве базовой образовательной организации для этой цели указана Российская академия правосудия.

В 2014 году Академия была переименована в Российский государственный университет правосудия, который включает 11 филиалов, расположенных в федеральных округах. В Университете (г. Москва) созданы: факультет повышения квалификации и переподготовки судей, государственных гражданских служащих судов общей юрисдикции и Судебного департамента; факультет повышения квалификации федеральных судей, рассматривающих экономические споры, и профессиональной переподготовки судей, впервые назначенных на должности федеральных судей, факультет дополнительного образования, а в филиалах – факультеты повышения квалификации.

Профессиональная переподготовка урегулирована, в частности, ст. 76 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»<sup>20</sup>, которая устанавливает, что дополнительное профессиональное образование направлено на удовлетворение образовательных и профессиональных потребностей, профессиональное развитие человека, обеспечение соответствия его квалификации меняющимся условиям профессиональной деятельности и социальной среды. Дополнительное профессиональное образование осуществляется посредством реализации дополнительных профессиональных программ (программ повышения квалификации и программ профессиональной переподготовки). Программа повышения квалификации направлена на совершенствование и (или) по-

<sup>19</sup> URL: <http://ssrf.ru/siezd-sudiei/858>.

<sup>20</sup> URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_140174/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_140174/).

лучение новой компетенции, необходимой для профессиональной деятельности, и (или) повышение профессионального уровня в рамках имеющейся квалификации. Программа профессиональной переподготовки направлена на получение компетенции, необходимой для выполнения нового вида профессиональной деятельности, приобретение новой квалификации.

Часть 6 ст. 76 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» устанавливает, что содержание дополнительной профессиональной программы определяется образовательной программой, разработанной и утвержденной организацией, осуществляющей образовательную деятельность, если иное не установлено настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами, с учетом потребностей лица, организации, по инициативе которых осуществляется дополнительное профессиональное образование. Разработка программ профессиональной переподготовки и программ повышения квалификации судей федеральных судов осуществляется Российским государственным университетом правосудия самостоятельно. Указанное правовое предписание установлено Положением о профессиональной переподготовке и повышении квалификации судей федеральных судов (утверждено Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 18 апреля 2018 г.)<sup>21</sup>.

Судья, впервые назначенный на должность судьи, проходит обучение по программе профессиональной переподготовки. Судья федерального суда, впервые назначенный на должность судьи, проходит обучение по программе профессиональной переподготовки в образовательных организациях высшего образования и организациях дополнительного профессионального образования, осуществляющих дополнительное профессиональное образование судей, в том числе в форме стажировки в суде, с сохранением на этот период ежемесячного денежного вознаграждения и других выплат, предусмотренных соответствующими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

Порядок и сроки прохождения судьей профессиональной переподготовки, а также основания освобождения судьи от прохождения профессиональной переподготовки определяются Верховным Судом Российской Федерации. Общая продолжительность профессиональной переподготовки судьи не может превышать шести месяцев. Период прохождения профессиональной переподготовки судьи включается в стаж работы в должности судьи. По результатам прохождения профессиональной переподготовки судье федерального суда, впервые назначенному на должность судьи, присваивается квалификационный класс. Судья обязан повышать квалификацию. Повышение квалификации судей федеральных судов осуществляется по мере необходимости, но не реже одного раза в три года с сохранением на этот период ежемесячного денежного вознаграждения, ежеквартального денежного поощрения и других выплат, предусмотренных соответствующими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, в образовательных организациях

<sup>21</sup> URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_406366/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_406366/).

высшего образования и организациях дополнительного профессионального образования, осуществляющих дополнительное профессиональное образование судей, в том числе в форме стажировки в суде. Порядок, сроки и иные формы прохождения судьей повышения квалификации определяются Верховным Судом Российской Федерации<sup>22</sup>.

Порядок, сроки и формы получения дополнительного профессионального образования мировыми судьями и судьями конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации определяются законами субъектов Российской Федерации. Дополнительное профессиональное образование судей осуществляется для судей федеральных судов за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, а для мировых судей и судей конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации – за счет ассигнований бюджета соответствующего субъекта Российской Федерации.

Положение о стажировке судей, впервые назначенных на должности судей федеральных судов, обучающихся по программам дополнительного профессионального образования в Российском государственном университете правосудия, принято 7 марта 2017 г.<sup>23</sup> Постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 18 апреля 2018 г. утверждено Положение о профессиональной переподготовке и повышении квалификации судей федеральных судов<sup>24</sup> (с изменениями от 22 июля 2020 г. в части реализации программ повышения квалификации и программ профессиональной переподготовки с применением дистанционных образовательных технологий), в соответствии с которым целью повышения квалификации судей федеральных судов является обновление теоретических знаний и совершенствование практических навыков судей в связи с повышением требований к уровню их квалификации и необходимостью освоения ими изменений и дополнений в российском и международном праве, а также судебной практике.

#### **Образовательные программы дополнительного профессионального образования реализуются в РГУП в г. Москве**

• Факультет повышения квалификации и переподготовки судей, государственных гражданских служащих судов общей юрисдикции и Судебно-уголного департамента планирует и организует обучение:

– по *программам повышения квалификации судей федеральных судов общей юрисдикции всех уровней;*

– по *программам повышения квалификации государственных гражданских служащих судов общей юрисдикции всех уровней.*

• Факультет повышения квалификации федеральных судей, рассматривающих экономические споры, и профессиональной переподготовки су-

<sup>22</sup> Закон Российской Федерации от 26 июня 1992 г. № 3132-1 (ред. от 16 апреля 2022 г.) «О статусе судей в Российской Федерации» (ст. 20.1) // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 30. Ст. 1792.

<sup>23</sup> URL: [https://rgup.ru/rimg/files/\\_Положение\\_о\\_стажировке.pdf](https://rgup.ru/rimg/files/_Положение_о_стажировке.pdf).

<sup>24</sup> URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_406366/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_406366/).

дей, впервые назначенных на должности федеральных судей, планирует и организует обучение:

– по *программам профессиональной переподготовки*: впервые назначенных на должности судей федеральных судов общей юрисдикции; впервые назначенных на должности судей федеральных арбитражных судов; впервые назначенных на должности мировых судей г. Москвы;

– по *программам повышения квалификации*: судей федеральных арбитражных судов; мировых судей; государственных гражданских служащих федеральных арбитражных судов.

• Факультет дополнительного образования организует обучение:

– государственных гражданских служащих федеральных судов по *программам повышения квалификации и профессиональной переподготовки*, не входящим в соответствующий план; государственных гражданских служащих управлений Судебного департамента в субъектах Российской Федерации;

– по *программам повышения квалификации, профессиональной переподготовки по образовательным сертификатам*; повышение квалификации обучающихся по договорам о целевом обучении, заказчиком по которым является судебная система.

**Факультеты повышения квалификации (в филиалах Университета) организуют обучение:**

• по *программам профессиональной переподготовки впервые назначенных на должности мировых судей*;

• по *программам повышения квалификации*: мировых судей; государственных гражданских служащих федеральных арбитражных судов; государственных гражданских служащих судов общей юрисдикции всех уровней; государственных гражданских служащих управлений Судебного департамента в субъектах Российской Федерации.

В филиалах осуществляются также подготовка и сопровождение реализации ознакомительных курсов для работников судебной системы Российской Федерации; повышение квалификации обучающихся по договорам о целевом обучении, заказчиком по которым является судебная система; техническое сопровождение прохождения итоговой аттестации обучающимися в г. Москве судьями федеральных судов.

Обучение судей федеральных судов по всем программам дополнительного профессионального образования осуществляется в соответствии с планами повышения квалификации и профессиональной переподготовки, согласованными Судебным департаментом и утвержденными Верховным Судом Российской Федерации. В целях формирования плана Судебный департамент осуществляет сбор заявок на очередной учебный год, на основании которых формирует справку о потребности на обучение федеральных судей. Университет готовит в рамках заявленной Судебным департаментом потребности проект плана, который включает: наименование дополнительных программ, периоды обучения групп, наименование федеральных судов и количество слушателей, распределенных по группам.

Обучение государственных гражданских служащих судебной системы по программам дополнительного профессионального образования осуществ-

вляется в соответствии с планами повышения квалификации и профессиональной переподготовки, утверждаемыми Судебным департаментом. Формирование проекта плана обучения государственных гражданских служащих отличается тем, что Университет распределяет слушателей (помощники судей федеральных судов общей юрисдикции, помощники судей федеральных арбитражных судов, секретари судебных заседаний федеральных арбитражных судов, секретари судебных заседаний судов общей юрисдикции) с учетом субъектов Российской Федерации и часовых поясов, поэтому обучение проводится также в филиалах РГУП.

До марта 2020 г. обучение федеральных судей осуществлялось в аудиториях в Университете (г. Москва). После введения ограничительных мер в связи с санитарно-эпидемиологической обстановкой (распространение новой коронавирусной инфекции) все образовательные программы, включая программы дополнительного профессионального образования, реализуются с применением электронного обучения и дистанционных образовательных технологий.

Регистрация и учет судей кассационных судов общей юрисдикции, кассационного военного суда, апелляционных судов общей юрисдикции, апелляционного военного суда, верховных судов республик и им равных, федеральных арбитражных судов, государственных гражданских служащих указанных судов, зачисляемых на дополнительные профессиональные программы, осуществляется работниками указанных федеральных судов, ответственными за организацию обучения. Регистрация и учет судей районных, городских, межрайонных и гарнизонных военных судов, государственных гражданских служащих указанных судов осуществляется работниками управлений Судебного департамента в субъектах Российской Федерации, ответственными за организацию обучения. В федеральных судах и управлениях Судебного департамента в субъектах Российской Федерации назначаются ответственные работники, отвечающие за: регистрацию слушателей в сервисе регистрации; соответствие категорий и количества слушателей, указанных в плане повышения квалификации, количеству обучающихся; достоверность персональных и иных данных слушателей; обеспечение контроля за организацией своевременного формирования учебных групп и направления на обучение; взаимодействие с Университетом по вопросам организации обучения.

Обучение всех слушателей осуществляется с отрывом от исполнения ими профессиональных обязанностей в сроки, установленные планами повышения квалификации, профессиональной переподготовки и информационными письмами Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации. Доступ слушателей к учебным материалам обучающего контента осуществляется согласно расписанию учебных занятий (время московское) по соответствующей дополнительной профессиональной программе. Расписание занятий отвечает потребностям категории обучаемых, является мобильным, что позволяет в связи с изменениями законодательства Российской Федерации в различных отраслях права вводить наиболее актуальные темы в учебный курс. Учебные планы формируются на основании предложений заведующих кафедрами Университета по соответству-



ющей тематике. Занятия проводят как профессорско-преподавательский состав Университета, так и судьи Верховного Суда Российской Федерации и нижестоящих судов, работники аппарата Верховного Суда. Учебные занятия с судьями федеральных судов проводятся полностью с применением дистанционных образовательных технологий в режиме реального времени посредством видео-конференц-связи с последующей возможностью просмотра занятия в записи.

Учебные занятия с государственными гражданскими служащими проводятся с применением дистанционных образовательных технологий в режиме реального времени посредством видео-конференц-связи (40% учебного времени); 60% – это видеолекции, размещенные на образовательном портале. После каждого учебного дня предусматривается обязательное прохождение тестирования по изученному материалу. Продолжительность (объем) учебных занятий по каждой дополнительной профессиональной программе – 8 часов в день.

Приоритетной формой занятий является лекция, иные формы занятий проводятся с использованием дистанционных образовательных технологий. Фиксация выполнения учебного плана каждым слушателем начинается с начала первого учебного дня обучения и продолжается вплоть до выполнения итогового тестирования. Продолжительность обучения по программе профессиональной переподготовки впервые назначенных на должности федеральных судей в настоящее время составляет 312 часов.

Впервые назначенные на должность федеральные судьи проходят стажировку в суде перед прохождением курса занятий с использованием дистанционных образовательных технологий в Университете.

Продолжительность обучения по программе профессиональной переподготовки впервые назначенных на должности мировых судей в настоящее время составляет 288 часов. Продолжительность обучения по программе повышения квалификации судей федеральных судов – от 40 часов до 112 часов, мировых судей – 72 часа. Продолжительность обучения по программе повышения квалификации государственных гражданских служащих федеральных судов составляет 40 часов.

Итоговые аттестационные испытания по программе профессиональной переподготовки впервые назначенных на должность федеральных судей, мировых судей состоят из подготовки и защиты выпускной аттестационной работы (на оценку), сдачи итогового экзамена в форме тестирования (на оценку) и защиты отчета по стажировке (зачет/незачет). Формой итоговой аттестации по программам повышения квалификации является зачет по результатам тестирования с проведением идентификации слушателей. По итогам обучения проводится анкетирование слушателей, являющееся добровольным.

Результаты анкетирования оформляются аналитической справкой и используются факультетом в целях повышения качества организации учебного процесса и совершенствования преподавания дисциплин профессорско-преподавательским составом Университета.

Таким образом, в настоящее время в Российской Федерации сложилась стройная система организации переподготовки и повышения квалифика-



ции судей. Вместе с тем она требует постоянного совершенствования, прежде всего за счет внедрения в учебный процесс компьютерных технологий. Кроме того, есть еще ряд проблем, от решения которых зависит качество преподавания и повышения квалификации судей, например обмен опытом.

### **Обсуждение и заключение**

Исследование показало, что в каждом историческом периоде существования нашего государства его руководство держало в центре внимания вопросы формирования качественного состава судейского корпуса и совершенствования правовых актов, которые регулировали функционирование системы институтов и реализацию правовых форм переподготовки и повышения квалификации судей в России. На эту сферу образовательного процесса влияли объективные правовые, экономические и идеологические факторы развития российского государства. В целом изложенный в статье материал позволяет сделать несколько выводов:

1) в советский период была сформирована совокупность правовых актов, регулировавших строго централизованную союзно-республиканскую систему переподготовки и повышения квалификации судей;

2) в настоящее время в период проведения судебной реформы процесс переподготовки и повышения квалификации судей осуществляется на основе также актов, принятых Верховным Судом Российской Федерации и Российским государственным университетом правосудия;

3) учреждение Российской академии правосудия (ныне Российский государственный университет правосудия) позволяет применять в процессе переподготовки и повышения квалификации судей в Университете специфические формы образовательного процесса.

### **Список источников**

Булюлина Е. В. Соцсовместительство: советский театр абсурда // Вестник Волгоградского государственного университета. Сер. 4: История. Регионоведение. Международные отношения. 2020. Т. 25, № 3. С. 21–23. DOI: 10.15688/jvolsu4.2020.3.2.

Кодинцев А. Я. Кадровая кампания в системе органов юстиции СССР в 1946–1955 гг. // Администратор суда. 2009. № 3. С. 35–43.

Кононенко В. Независимый, но подчиненный. О положении народных судов в системе Минюста // Известия. 1989. 11 мая.

Крыжан А. В. Выдвиженчество в местных органах советской юстиции // Ученые записки. Электронный научный журнал Курского государственного университета. 2018. № 4. С. 109–116.

Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 36. М. : Политиздат, 1974. 741 с.

Муллов П. А. О практическом юридическом образовании // Юридический Вестник, издаваемый Николаем Калачовым. 1860–1861. СПб., [1861]. Вып. 17. С. 26–61. (Приложение к «Архиву» 1860–1861 гг.)

Муравьев Н. В. Кандидаты на судебные должности. Вопрос судостроительства и судебной политики. М. : Тип. А. И. Мамонтова и К°, 1886. 179 с.

Олейник И. И., Олейник О. Ю. Становление системы подготовки юридических кадров Советской России // Вестник ИГЭУ. 2005. Вып. 2. С. 81–91.

Пухнаревич С. И. Развитие правовой основы регулирования отношений по подготовке и переподготовке судей в советский период (1946–1991 годы) // Российское правосудие. 2020. № 8. С. 39–47.

Стучка П. 13 лет борьбы за революционно-марксистскую теорию права : сб. ст. 1917–1930. М. : Гос. юрид. изд-во, 1931. 336 с.

Соломон П. Советская юстиция при Сталине. М. : РОССПЭН, 2008. 464 с.

Уортман Р. С. Властители и судии: Развитие правового сознания в императорской России. М. : Новое лит. обозрение, 2004. 515 с.

### References

Bulyulina, E. V., 2020. Social part-time employment: soviet theater of the absurd. *Vestnik Volgogradskogo Gosudarstvennogo Universiteta. Ser. 4. Istoriya. Regionovedenie. Mezhdunarodnye otnosheniya* = Science Journal of Volgograd State University. Series 4. History. Area Studies. International Relations, 23(3), pp. 21–23. (In Russ.) DOI: 10.15688/jvolsu4.2020.3.2.

Kodintsev, A. Ya., 2009. [Personnel campaign in the system of justice bodies of the USSR in 1946–1955]. *Administrator suda* = [Court Administrator], 3, pp. 35–43. (In Russ.)

Kononenko, V., 1989. [Independent but subordinate. About people's courts in the system of the Ministry of Justice]. *Izvestiya* = [News], May 11. (In Russ.)

Kryzhan, A. V., 2018. Promotion in local bodies of Soviet justice. *Uchenyye zapiski. Elektronnyy nauchnyy zhurnal Kurskogo gosudarstvennogo universiteta* = [Scientific notes. Electronic Scientific Journal of Kursk State University], 4, pp. 109–116. (In Russ.)

Lenin, V. I., 1974. *Polnoye sobranie sochineniy* = [Complete collection of works]. Vol. 36. Moscow: Politizdat. 741 p. (In Russ.)

Mullov, P. A., 1861. On practical legal education. *Yuridicheskiy Vestnik, izdavayemyy Nikolayem Kalachovym. 1860–1861* = [Legal Bulletin published by Nikolai Kalachov. 1860–1861]. St. Petersburg. Issue 17. Pp. 26–61. (Appendix to the “Archive” of 1860–1861). (In Russ.)

Murav'ev, N. V., 1886. *Kandidaty na sudebnyye dolzhnosti. Vopros sudoustroystva i sudebnoy politiki* = [Candidates for judicial positions. The issue of the judicial system and judicial policy]. Moscow: Mamontov & Co Printing House. 179 p. (In Russ.)

Oleinik, I. I., Oleinik, O. Yu., 2005. [The formation of the system of training legal personnel of Soviet Russia]. *Vestnik IGEU* = Vestnik of Ivanovo State Power Engineering University, 2, pp. 81–91. (In Russ.)

Pukhnarevich, S. I., 2020. Development of the Legal Framework for Regulating Relations for the Training and Retraining of Judges in the Soviet Period (1946–1991). *Rossiyskoye pravosudiye* = Russian Justice, 8, pp. 39–47. (In Russ.) DOI: 10.37399/issn2072-909X.2020.8.39-47.

Stuchka, P., 1931. *13 let bor'by za revolyutsionno-marksistskuyu teoriyu prava* = [13 years of struggle for the revolutionary Marxist theory of law]. Collection of articles. 1917–1930. Moscow: State Legal Publishing House. 336 p. (In Russ.)

Solomon, P., 2008. *Sovetskaya yustitsiya pri Staline* = [Soviet justice under Stalin]. Moscow: ROSSPEN. 464 p. (In Russ.)

Wortman, R. S., 2004. *Vlastiteli i sudii: Razvitiye pravovogo soznaniya v imperatorskoy Rossii* = [Rulers and Judges: The Development of legal consciousness in Imperial Russia]. Moscow: Novoe literaturnoye obozreniye. 515 p. (In Russ.)

#### **Информация об авторе / Information about the author**

**Пухнаревич Сергей Иванович**, проректор по учебной, воспитательной работе и молодежной политике Российского государственного университета правосудия (Российская Федерация, 117418, Москва, ул. Новочеремуш-кинская, д. 69).

**Sergey I. Pukhnarevich**, Vice-Rector for Academic, Educational Work and Youth Policy (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.  
The author declares no conflict of interest.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 11.08.2022; дата одобрения после рецензирования: 30.08.2022; дата принятия статьи к опубликованию: 03.10.2022.

Submitted: 11.08.2022; reviewed: 30.08.2022; revised: 03.10.2022.

Научная статья

УДК 340

DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.146-166



# Конституционная парадигма государства в зеркале столетия СССР

**Евгений Иванович Колюшин**

*Центральная избирательная комиссия Российской Федерации,  
Москва, Российская Федерация  
ekolushin@gmail.com*

## Аннотация

*Введение.* Советская конституционная парадигма и ее слом анализируются как правовые причины распада СССР, признаки которого подвергнуты самоуничтожению.

*Теоретические основы. Методы.* Методология исследования в значительной мере определяется его целями, главная из которых состоит в анализе конституционной парадигмы современного российского государства в свете распада СССР. Наряду с общенаучными методами материалистической диалектики, логики и системно-функционального анализа широко используются историко-правовой, сравнительно-правовой и формально-юридический методы.

*Результаты исследования.* Одним из факторов распада СССР представляется произошедший в течение очень короткого временного периода (1989–1991 гг.) революционный по форме слом конституционной парадигмы государства и его правовой системы, самоуничтожение признаков государства. Правовые причины (факторы), сработавшие на распад СССР, могут, если их не выявлять и не предпринимать усилий по ликвидации в современных условиях, использоваться и для развала российского государства.

*Обсуждение и заключение.* Конституционная парадигма современного российского государства, изначально построенная на романтических представлениях о либеральных западных конституционных ценностях, в настоящее время эволюционирует в поисках учета национальной преемственности при социализации государства, построения баланса конституционных прав и обязанностей, особенностей разделения властей с сильной президентской властью.

**Ключевые слова:** распад СССР, конституционная парадигма (образец) государства, самоуничтожение государства, эволюция, преемственность, социализация государства, баланс конституционных прав и обязанностей гражданина, президентская власть

**Для цитирования:** Колюшин Е. И. Конституционная парадигма государства в зеркале столетия СССР // Правосудие/Justice. 2022. Т. 4, № 4. С. 146–166. DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.146-166.

## Original article

## The Constitutional Paradigm of the State in the Mirror of the Century of the USSR

**Evgeniy I. Kolyushin**

*Central Election Commissions of the Russian Federation, Moscow,  
Russian Federation*

*For correspondence: ekolushin@gmail.com*

### Abstract

*Introduction.* The Soviet constitutional paradigm and its abolition are analysed as the legal reason for the collapse of the USSR, the signs of which are subjected to self-destruction.

*Theoretical Basis. Methods.* The research methodology is largely determined by its goals, the main of which is to analyse the constitutional paradigm of the modern Russian state in the light of the collapse of the USSR. Along with the general scientific methods of materialistic dialectics, logic, and system-functional analysis, historical-legal, comparative-legal, and formal-legal methods are widely used.

*Results.* One of the factors of the collapse of the USSR seems to have occurred during a very short time period (1989–1991). This was the revolutionary form of the abolition of the constitutional paradigm of the state and its legal system, and the self-destruction of the signs of the state. The legal reasons (factors) that worked for the collapse of the USSR can, if they are not identified and efforts are not made to eliminate them in modern conditions, be used for the collapse of the Russian state.

*Discussion and Conclusion.* The constitutional paradigm of the modern Russian state, originally built on romantic notions of liberal Western constitutional values, is currently evolving in search of taking into account national continuity in the socialisation of the state, building a balance of constitutional rights and obligations, features of separation of powers with a strong presidential power.

**Keywords:** the collapse of the USSR, constitutional paradigm (model) of the state, self-destruction of the state, evolution, succession, socialization of the state, balance of constitutional rights and duties of a citizen, presidential power

**For citation:** Kolyushin, E. I., 2022. The constitutional paradigm of the state in the mirror of the century of the USSR. *Pravosudie/Justice*, 4(4), pp. 146–166. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.146-166.

### Введение

Прошло сто лет со дня образования 30 декабря 1922 г. Союза Советских Социалистических Республик (СССР). В этот день четырьмя государствами – Российской Советской Федеративной Социалистической Республикой (РСФСР), Украинской Советской Социалистической Республикой (УССР), Белорусской Советской Социалистической Республикой (БССР), Закавказской Федеративной Советской Социалистической Республикой (ЗФСР) (включавшей в себя три государства – Армению, Азербайджан, Грузию) – была принята Декларация об образовании СССР и заключен Договор об об-

разовании СССР<sup>1</sup>. 8 декабря 1991 г. руководители трех республик в составе СССР заключили Соглашение о создании Содружества Независимых Государств (СНГ), в котором объявили о прекращении существования СССР<sup>2</sup>.

Распаду СССР даются диаметрально противоположные оценки: от позитивных [Сахаров, А. Н., ред., 2022, с. 1639–1658] до придания статуса катастрофы. В. В. Путин в послании Федеральному Собранию Российской Федерации 25 апреля 2005 г. заявил: «...следует признать, что крушение Советского Союза было крупнейшей геополитической катастрофой века»<sup>3</sup>. Причины распада СССР многогранны: исторические, политические, социальные, экономические, правовые. Их поиском прямо или косвенно занимаются нередко с диаметрально противоположными целями политики, ученые разных специальностей. Выяснение **правовых причин** не только имеет историко-эвристическое значение, но и практически значимо для современного российского государства.

### **Теоретические основы. Методы**

Теоретические основы юридического исследования в отличие от математического не имеют точных параметров и склонны к более частым изменениям. Исследование не является комплексным и не претендует на выявление удельного веса правовых причин в распаде СССР, но исходит из теоретических представлений о том, что конституционная парадигма государства всегда оказывает или может оказывать серьезное влияние на его судьбу.

Теоретические основы исследования отражают существующий в настоящее время методологический и ценностной плюрализм. Конституционная парадигма (образец) советского государства строилась на выработанном правящей партией идеологическом фундаменте, которому советские ученые-юристы дали теоретико-правовое обоснование. Конституционная парадигма современного российского государства опирается на более широкий круг теоретических источников, включая труды дореволюционных русских ученых-юристов, зарубежных юристов и солидаризирующихся с ними российских ученых-конституционалистов. Поскольку практика является критерием истинности, а она исторически различна, постольку размышления о правовых причинах несостоявшегося юбилея будут хотя бы в минимальной степени теоретически способствовать укреплению конституционного государства.

Методология исследования в значительной мере определяется его целями, главная из которых состоит в анализе конституционной парадигмы современного российского государства в свете распада СССР. Наряду с об-

<sup>1</sup> См.: Съезды Советов Союза ССР, Союзных и Автономных Советских Социалистических Республик. 1917–1936 гг. : сб. док. : в 3 т. / Акад. наук СССР. Ин-т права. М. : Госюриздат, 1959–1960. Т. 3. 1960. С. 18.

<sup>2</sup> См.: Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1991. № 51. Ст. 1798 (Постановление).

<sup>3</sup> Путин В. В. Послание Федеральному Собранию Российской Федерации 25 апреля 2005 г. URL: <http://kremlin.ru/events/president/transcripts/by-date/25.04.2005>.



щенаучными методами материалистической диалектики, логики и системно-функционального анализа широко используются историко-правовой, сравнительно-правовой и формально-юридический методы.

### Результаты исследования

#### **Слом конституционной парадигмы как правовая причина распада СССР**

Одним из факторов распада СССР представляется произошедший в течение **очень короткого временного периода (1989–1991 гг.) революционный по форме слом конституционной парадигмы государства и его правовой системы.**

Конституционная парадигма СССР строилась на многих постулатах, среди которых можно выделить главные:

- в СССР построен развитой социализм. Ветер прогресса дует в паруса социалистической демократии, которая по уровню своего развития превосходит исторически отживающую демократию буржуазную, поэтому процессы развития социалистического общества и государства необратимы, перемены в обратном направлении исключены;
- народовластие в виде принадлежности всей полноты государственной власти народу и осуществление ее через различные формы непосредственной и представительной демократии;
- социалистическое государство и породившее его право – надстройка над экономическим базисом общества, в котором монопольное положение принадлежит государственной собственности при признании и развитии других форм собственности (колхозно-кооперативной, личной, частной в виде кустарных хозяйств);
- политическая система общества включает в себя государство, КПСС, общественные организации и трудовые коллективы. При этом КПСС, имея черты общественной организации, де-юре таковой не является. КПСС на основе идеологии марксизма-ленинизма руководит как в целом политической системой, так и ее отдельными звеньями;
- разделение властей – признак буржуазного государства. В СССР государственная власть едина. Ее осуществляют народ и государственные органы, между которыми делится не власть, а компетенция. Политической основой государства являются Советы с расширяющейся социальной базой (исторически: от Советов рабочих и крестьянских депутатов до Советов народных депутатов), которым подотчетны и подконтрольны все другие государственные органы и должностные лица;
- государство обязано признавать и защищать приобретенные в борьбе права и свободы человека (в историческом развитии трудящийся – человек и гражданин), но не считает их более высокой ценностью по сравнению с правами общества;
- СССР – суверенное федеративное государство нового типа, учрежденное путем договорного добровольного объединения и дальнейшего развития конституционным путем, сохранивших свой суверенитет государств – членов Союза, включая право выхода из федерации.

**На этих и многих других постулатах в СССР строились действующие правовые механизмы государства и общества. Однако в 1989–1991 гг. все эти положения подверглись уничижительной критике, обоснованно или конъюнктурно отвергнуты по существу или формально.** Известный государствовед профессор В. Е. Чиркин, сменивший свои прежние оценки советского государственного права на диаметрально противоположные, период конца 1980-х гг. – 1993 г. охарактеризовал как «демонтаж социалистического тоталитарного конституционного (государственного) права» [Чиркин, В. Е., 2015, с. 22–23], создание и действие которого он относит к периоду 1918 г. – конца 1980-х гг. Такая идеологическая характеристика распространена в литературе, но подобно советским самооценкам представляется другой крайностью, не учитывающей ни тренды конституционного развития государства, ни реальный уровень и потенциал внутренней конвергенции и преемственности в конституционном (государственном) праве России [Колюшин, Е. И., 2018].

### **Самоуничтожение признаков государства**

Распад СССР нужно анализировать **не только и не столько как упразднение его федеративной формы, сколько в первую очередь как ликвидацию государственности**, которая исторически сменила имперскую государственность. Президент России В. В. Путин назвал разрушительными для любой страны фантазии, на которых была построена в советское время вся наша государственность: «...ленинские идеи, по сути конфедеративного государственного устройства, и лозунг о праве наций на самоопределение вплоть до отделения и были положены в основу советской государственности...»<sup>4</sup> Эта политическая оценка с позиции конституционной парадигмы означает ее фиктивность только в части формы государства. При этом, как будет показано далее, считать СССР конфедеративным образованием можно лишь в последние месяцы его существования.

**8 декабря 1991 г. – дата распада СССР, как и многие юридические факты, весьма условна**, ведь государства не распадаются за один день. Распад СССР – это процесс, начавшийся в ходе так называемой «перестройки» в 80-х гг. прошлого века. Первоначально она была направлена на построение «социализма с человеческим лицом», но закончилась уничтожением исторически сильного государства.

**Многие граждане восприняли Соглашение как смену названия государства с СССР на Содружество Независимых Государств.** Аналогичная или сходные с ней формулировки употреблялись в разных вариантах проектов нового союзного договора, работа над которым в недрах СССР велась более двух лет. Немаловажны для восприятия Соглашения рядовыми гражданами СССР и другие обстоятельства. К Соглашению присоединились все другие государства, бывшие на момент его заключения союзными республиками СССР. Сам документ провозглашал гарантию рав-

<sup>4</sup> Путин В. В. Обращение Президента Российской Федерации. 21 февраля 2022 г. URL: [president.org/stenog](http://president.org/stenog).

ных прав и свобод всем гражданам, независимо от их национальности и многих других перечисленных в документе различий. Он предусматривал **широкую сферу совместной деятельности Содружества**, включающую в себя общее экономическое и военно-стратегическое пространство, внешнеполитическую деятельность, развитие систем транспорта и связи, борьбу с организованной преступностью, охрану окружающей среды, миграционную политику. Однако де-юре десятки миллионов никуда не перемещавшихся людей оказались иностранцами, лицами без гражданства или даже приобрели неизвестный ранее статус неграждан.

В действительности к 8 декабря 1991 г. **в СССР уже были серьезно ослаблены или полностью ликвидированы признаки, без наличия которых государство не может существовать**. Между тем федерация – это характеристика государства с позиции его формы. **Распалась не федерация, а государство – СССР**. В многовековом философском споре о соотношении формы и содержания Россия, думается, всегда отдавала приоритет содержанию: форма либо подстраивалась под содержание, либо играла роль видимой части айсберга под названием – государство (унитарная империя, советская федерация). Царская Россия формально считалась унитарным государством, но это не препятствовало достаточно большой автономии находящихся в ее составе отдельных частей, в том числе Польши, Финляндии.

**Наличие государственности определяется не формой государства, а ее содержанием, которое составляют признаки государства. Речь идет о территории, публичной власти, правовой системе, налогах и государственном суверенитете.**

**Территория.** В годы Перестройки постановке вопроса о выходе из состава СССР первоначально предшествовали устремления к расширению прав союзных республик, которые были поддержаны Союзом и конституционно оформлены. Однако события развивались не на основе Конституции СССР.

Статьей 72 последней действовавшей Конституции СССР 1977 г. закреплялось право союзной республики на выход из СССР. **Конституционная норма имела пропагандистское значение. Механизм ее реализации отсутствовал до 1990 г.** Это право признавалось и ранее действовавшими конституциями, широко пропагандировалось в качестве одного из серьезных доказательств существенных отличий СССР как федерации от буржуазных федераций. Другого практического значения это конституционное положение не имело, что достаточно убедительно обосновывалось не только отсутствием причин для выхода, но и экономической, политической нецелесообразностью. КПСС отрицала применение принципов федерализма в своей организации и деятельности, подчиненные центральному руководству партии республиканские организации КПСС функционировали во всех союзных республиках, кроме РСФСР.

Де-юре вопрос мог быть решен двояко: либо путем исключения указания на это право из Конституции СССР, которая как часто и легко изменялась, так и содержала другие «спящие», фиктивные положения, либо путем следования установленному союзным законом механизму реализации

этого права. Закон СССР от 3 апреля 1990 г. «О порядке решения вопросов, связанных с выходом союзной республики из СССР»<sup>5</sup> в соответствии с буквальным толкованием конституционной нормы о выходе одного суверенного государства из другого **не закреплял никаких оснований для выхода**, логично представляя это событие как происходящий во времени и пространстве процесс, имеющий начало и окончание. Выход должен был начинаться с референдума (народного голосования) народа союзной республики, порядок проведения которого определялся союзным и республиканскими законами о референдуме. Впервые предусматривалось присутствие на референдуме наблюдателей, в том числе и представителей ООН. Решение о выходе могло считаться принятым большинством не менее двух третей голосов граждан СССР, постоянно проживающих на территории республики. Итоги референдума республика представляет в Верховный Совет СССР, который выносит вопрос на рассмотрение Съезда народных депутатов СССР. Съезд устанавливает переходный период, не превышающий пяти лет, в течение которого должны быть решены вопросы, возникающие в связи с выходом. *Закон достаточно подробно перечислял эти вопросы: от государственной границы, вооруженных сил и военных объектов, права граждан на выбор гражданства, места жительства и работы, запрета дискриминации граждан по многим перечисленным признакам (расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических и иных убеждений, национального и социального происхождения, имущественного положения, места и времени рождения) до определения судьбы предприятий и организаций, других имущественных и финансово-кредитных отношений, гарантий содержания исторических и культурных памятников, мест захоронений.* Выход мог считаться состоявшимся с момента принятия решения Съезда народных депутатов СССР.

**Ни одно из положений этого Закона не было реализовано.** На второй день после принятия Закона СССР от 5 сентября 1991 г. «Об органах государственной власти Союза ССР в переходный период»<sup>6</sup>, который предусматривал создание Государственного Совета СССР, было принято три постановления этого органа от 6 сентября 1991 г. о признании независимости трех прибалтийских республик<sup>7</sup>. При почти идентичном содержании и воспроизведении неизвестных Конституции СССР названий государств было записано: «Признать независимость...» Латвийской, Литовской и Эстонской республик. Предусматривалось также проведение переговоров СССР с этими государствами для решения всего комплекса вопросов, МИД СССР было поручено заявить о поддержке их обращений о вступлении в ООН. Таким образом, *неизвестный Конституции СССР ор-*

<sup>5</sup> См.: Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1990. № 15. Ст. 252.

<sup>6</sup> См.: Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1991. № 37. Ст. 1082.

<sup>7</sup> См.: Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1991. № 37. Ст. 1091. Ст. 1092. Ст. 1093.

ган разрушил территориальную целостность федерации, нарушил даже новейший Закон СССР от 5 сентября 1991 г., переведя отношения Союза с названными государствами из русла конституционно-правовых в ряд международно-правовых. Вплоть до настоящего времени решены далеко не все затрагивающие интересы Российской Федерации и ее граждан вопросы, связанные с фактическим выходом этих республик из состава СССР.

**Публичная власть.** Публичная власть не может функционировать без соответствующих органов и должностных лиц. **К моменту заключения Соглашения почти все предусмотренные Конституцией СССР органы Союза ССР были упразднены.**

С 6 сентября 1991 г. действовал так называемый **переходный период с новыми органами публичной власти.** Президент СССР «растворился» в Государственном Совете СССР как руководитель органа, не имеющего определенной законом компетенции. Съезд народных депутатов СССР фактически упразднен, так как высшим представительным органом власти был провозглашен Верховный Совет ССР. Сохранивший только прежнее название новый Верховный Совет СССР утратил предусмотренные Конституцией СССР статус и компетенцию. Межреспубликанский экономический комитет заменил Кабинет Министров СССР.

Постановлением Государственного Совета СССР от 22 октября 1991 г. был упразднен Комитет государственной безопасности СССР<sup>8</sup>. Постановлением Государственного Совета СССР от 14 ноября 1991 г. «Об упразднении министерств и других центральных органов государственного управления СССР»<sup>9</sup> упразднены 72 министерства, государственных комитета и другие органы государственного управления СССР, полномочия которых прекращались с 1 декабря 1991 г. Перечисление в названном постановлении нескольких министерств, которые «сохраняются в качестве межгосударственных органов управления» без упоминания их государственной принадлежности к СССР, по сути также влекло за собой утрату ими управленческих функций.

**Правовая система.** В РСФСР 24 октября 1990 г. принят Закон «О действии актов Союза ССР на территории РСФСР»<sup>10</sup>. Он устанавливал ответственность граждан за исполнение законов СССР, которые не ратифицированы. Бывший Председатель Верховного Совета СССР А. И. Лукьянов в своих воспоминаниях так квалифицировал этот Закон: «Впервые в миро-

<sup>8</sup> См.: Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1991. № 44. Ст. 1239.

<sup>9</sup> Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1991. № 50. Ст. 1421. Об уровне царившего правового нигилизма свидетельствует факт отсылки в преамбуле постановления к несуществующему Договору об Экономическом сообществе, в соответствии с которым оно издано. Рамочный Договор о создании Экономического союза был заключен 24 сентября 1994 г. Украина и ряд других членов СНГ не являются его сторонами.

<sup>10</sup> Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1990. № 21. Ст. 237.



вой юридической практике правонарушением объявлялось соблюдение законов» [Лукьянов, А. И., 1993, с. 47]. Принятый в тот же день Закон СССР «Об обеспечении действия законов и иных актов законодательства Союза ССР»<sup>11</sup> констатировал, что участились случаи отказа государственных органов союзных республик от реализации общесоюзных законов и иных актов, попытки закрепления предварительных условий действия союзных актов на территориях союзных республик, вследствие чего наносится ущерб суверенитету СССР, верховенству законов СССР на всей территории страны. Закон как дублировал положения об обязательной силе законов СССР на всей территории страны, известные Конституции СССР, которая не может быть предметом договоренностей республик, так и предоставлял союзным республикам новые права в механизме обжалования актов Союза ССР. Однако это не остановило «войну» союзных и республиканских актов, к которой подключились и субъекты РСФСР.

Этот и многие другие принятые в 1990–1991 гг. высшими органами государственной власти СССР акты де-юре носили изначально временный характер, так как нередко содержали оговорку: **«впредь до заключения нового Союзного договора»**.

Возникнув на основе договора, СССР в дальнейшем развивался конституционным путем. Через 13 месяцев после учреждения СССР на очередном II Съезде Советов 31 января 1924 г. был принят Основной Закон (Конституция) Союза Советских Социалистических Республик. Конституция состояла из небольшой преамбулы и двух разделов: Декларации об образовании СССР, текст которой дублировал принятый 30 декабря 1922 г. (без последнего абзаца), и Договора об образовании СССР, **текст которого существенно расширен по сравнению с содержанием в редакции 1922 г.** Таким образом, с принятием Основного Закона (Конституции) СССР **первоначальный договор об образовании СССР 1922 г. фактически утратил силу. Де-юре Союз ССР мог развиваться и дальше конституционным путем.**

Однако в условиях превалирования центробежных тенденций был выбран другой, разрушающий действующую конституционную парадигму путь: подготовка и заключение нового Союзного договора. Для придания ему легитимности был проведен референдум СССР.

Процесс разрушения правовой системы вступил в фазу высокой активности под флагом выполнения решений ставшего последним V (внеочередного) Съезда народных депутатов СССР. В статье 8 принятого им Закона СССР «Об органах государственной власти и управления Союза ССР в переходный период» записано, что положения Конституции СССР действуют в части, не противоречащей настоящему Закону. Тем самым Съезд легализовал ранее **сложившуюся практику придания законам СССР большей юридической силы по сравнению с Конституцией СССР с последующим приведением последней в соответствие с ними.**

<sup>11</sup> Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1990. № 44. Ст. 918.



**Налоги.** Закон РСФСР от 31 октября 1990 г. «О формировании бюджетов в РСФСР в 1991 г.»<sup>12</sup> объявил о передаче в союзный бюджет целевых финансовых средств в размере, утвержденном Верховным Советом РСФСР. Эти средства предназначались для реализации «делегированных Союзу ССР полномочий, а также осуществления расходов в интересах РСФСР». Тем самым **не признавалась существовавшая в СССР налоговая и бюджетная системы, источники государственного бюджета СССР были поставлены в зависимость от усмотрения субъектов федерации.**

Закон РСФСР от 31 октября 1990 г. «Об обеспечении экономической основы суверенитета РСФСР»<sup>13</sup> объявил золотой запас, алмазный и валютный фонды СССР собственностью союзных республик, а все находящиеся на ее территории объекты государственной собственности, включая имущество государственных предприятий, учреждений и организаций союзного подчинения, собственностью России. Закон объявил недействительными решения органов Союза ССР в отношении организаций и учреждений на территории республики без согласования с ее государственными органами.

**Государственный суверенитет.** 12 июня 1990 г. первым Съездом народных депутатов РСФСР была принята Декларация о государственном суверенитете РСФСР. Само по себе напоминание о суверенитете РСФСР не противоречило Конституции СССР 1977 г.: **теория советского федеративного государства исходила из сочетания этих суверенитетов при доминировании союзного.**

Принятый акт по своему названию – Декларация – возвращал к исторически известным в первые годы советской власти правовым актам, а по содержанию противоречил Конституции СССР. Признавая суверенитет СССР, Декларация вопреки этому устанавливала не предусмотренные Конституцией СССР условия действия законов СССР на территории Республики и наделяла ее правом приостанавливать их действие. Декларация не соответствовала и Закону СССР от 6 марта 1990 г. «О собственности в СССР»<sup>14</sup>, поскольку ею признавалось исключительное право на национальные богатства только народа России. Ряд других актов Съезда содержал положения, которые противоречили Конституции и законам СССР, вторгались в компетенцию Союза ССР<sup>15</sup>.

Союзный Закон от 5 сентября 1991 г. «Об органах государственной власти и управления Союза ССР в переходный период» установил, что изме-

<sup>12</sup> Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 22. Ст. 262.

<sup>13</sup> Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 22. Ст. 260.

<sup>14</sup> Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1990. № 11. Ст. 164.

<sup>15</sup> Так, вводился запрет на совмещение должности руководителя государственного органа с любой другой должностью, в том числе – в политических или общественно-политических организациях.

нения Конституции СССР, принятые Верховным Советом СССР, вступают в действие после их ратификации высшими законодательными органами всех союзных республик, т. е. при наличии консенсуса союзных республик. Таким образом, каждая из них получила **право абсолютного вето на принятый федеральной властью закон**.

Такое правило принятия решений известно международным организациям. Оно отрицает **государственный суверенитет союза, превращая государство в конфедерацию**, т. е. международно-правовое объединение государств.

Кроме того, признано право союзных республик на приостановление на своей территории действия законов СССР. Иначе говоря, **Съезд задним числом легализовал принятые в Российской Федерации и других республиках акты, противоречащие и законам СССР, и верховенству государства на своей территории**.

### **Эволюция конституционной парадигмы**

*Построенная изначально революционным путем, исходя из романтических представлений о западных правовых ценностях и полном отрицании советских, конституционная парадигма государства в настоящее время вступила в **период эволюции** под определяющим воздействием двух правовых обстоятельств.*

#### **Во-первых, конституционные изменения 2020 г.**

В оценке этих изменений наблюдается широкий разброс мнений. В неюридической литературе даже серьезные исследователи склоняются к тому, что принята новая Конституция России 2020 г. [Сергейцев, Т., Куликов, Д., Мостовой, П., 2021, с. 657–673]. Столь облегченный, противоречащий конституционной парадигме подход свидетельствует об умалении значения юридических оценок. *Он не столь безобиден, так как используется для «усиления» аргументации о неприемлемости для России республиканской формы правления, социального государства, обосновывает движение президентской власти по монархическому принципу, а государство объявляется народной империей* [Сергейцев, Т., Куликов, Д., Мостовой, П., 2021, с. 575, 660]. С позиции правовых уроков распада СССР такой подход означает возврат к негативной практике деления конституций на старые (Конституция СССР 1977 г.), которые можно и даже нужно не соблюдать, и новые, реальность или фиктивность которых далеко не очевидна и может проявиться со временем.

**Юристы справедливо отрицают наличие новой конституции, но произошедшие изменения квалифицируют по-разному.** Профессор Б. С. Эбзеев пишет «...о привнесении в действующий Основной закон дополнительных смыслов» [Эбзеев, Б. С., 2020, с. 9]. Думается, что его вывод о неизменности и динамизме принципов конституционного строя внутренне противоречив, а рассуждения о дополнительных смыслах призваны подтвердить юридическую неизменность «вечных положений» Конституции Российской Федерации 1993 г., но едва ли убедительны для понимания масштабов и тренда новаций. Профессор Ю. И. Скуратов, отмечая большую значимость поправок, полагает, однако, что в целом они привели

к тому, что «Конституция утратила свою логичность, стройность» [Скура-тов, Ю. И., 2021, с. 337]. По сути сходную позицию высказал профессор М. И. Клеандров, сформулировав вывод о необходимости новых конституционных сущностей в рамках обеспечивающей принятие новой Конституции России конституционной реформы с предсказанием (!) ее сроков: «...будет иметь место в 2026 году (плюс-минус незначительный срок)» [Клеандров, М. И., 2022, с. 7].

Думается, **суть конституционных новаций** состоит в отходе от либерального понимания конституционной парадигмы государства и движении в сторону исторической преемственности с учетом и негативного опыта распада СССР. Речь идет о социализации государства и общества, провозглашении баланса прав и обязанностей гражданина, укреплении центральной власти в лице прежде всего института Президента Российской Федерации и отчасти – федерального парламента.

Во-вторых, потребности обеспечения государственного суверенитета, прав и свобод граждан в условиях беспрецедентного по масштабам разрушения коллективным Западом в 2022 г. складывавшихся десятилетиями под влиянием конституционной парадигмы огромной массы правовых и фактических отношений, сторонами в которых были и государство, и его многочисленные органы, и граждане.

Введено огромное количество запретов и ограничений в отношении российских государственных институтов и должностных лиц, организаций всех форм собственности, не только российских миллиардеров под предлогом их тесной связи с публичной властью, но и практически всех других лиц, имеющих российское гражданство, против произвольно очерчиваемо-го русского мира.

В нарушение конституционно закрепленных прав граждан России на свободу передвижения, частной собственности, свободу информации прекращено де-юре или де-факто действие многочисленных публичных и гражданско-правовых договоров. Недружественные действия Соединенных Штатов Америки и примкнувших к ним иностранных государств и международных организаций (коллективный Запад), оказавших огромное влияние на становление конституционной парадигмы современного российского государства, противоречат не только международному праву, как справедливо констатируется в актах Президента Российской Федерации: они **противоречат Конституции России, являются иностранным вмешательством в компетенцию Российской Федерации**. Такие юридические факты свидетельствуют о вступлении нашей страны в новую реальность, в которой *без объявления войны отменяется действие на территориях западных государств прав и свобод человека, если он является гражданином России, вводится ответственность за реализацию этих прав на территории России*. Санкции и запреты в отношении России и ее граждан фактически имеют своей *стратегической целью отрицание легитимности нашего государства как демократического и разделение его на множество мелких квазигосударственных образований*, каждое из которых будет заведомо неспособно к самостоятельному развитию.

В этих условиях федеральный законодатель, Президент Российской Федерации и Правительство Российской Федерации приняли и вынуждены в дальнейшем оперативно принимать большое число законов, указов, постановлений и других актов, которые не могут не влиять на содержание конституционных прав и свобод граждан России, субъектов экономической, социальной и политической деятельности, затрагивают распределение установленных ранее законами полномочий между ветвями государственной власти<sup>16</sup>. Растет объем делегированных полномочий правительства, обязывающих его во исполнение бланкетных норм новых федеральных законов и указов Президента Российской Федерации осуществлять правовое регулирование отношений, которые ранее регулировались законами или должны ими регулироваться. Многие из актов имеют небольшой срок действия или оговорку об их действии впредь до отмены ответных специальных экономических мер.

Согласно ст. 67.1 Конституции России Российская Федерация является правопреемником Союза ССР на своей территории и в отношении его международных обязательств. Следовательно, **правовые причины (факторы), сработавшие на распад СССР, могут, если их не выявлять и не предпринимать усилий по ликвидации в современных условиях, использоваться и для развала российского государства.**

### Обсуждение и заключение

#### **1. Выводы о фиктивности советской конституционной парадигмы справедливы только частично.**

Открытое конституционное закрепление и диктатуры пролетариата, и руководящей роли партии, и идеологии марксизма-ленинизма – положения, длительное время далеко не фиктивные, а действительные. **СССР был партийным государством.** Изъятие из Конституции СССР, других советских конституций положения о руководящей роли КПСС без заполнения федеральной властью создавшегося вакуума реальными управленческими механизмами имело отрицательные последствия для государственности.

КПСС играла в государстве ту же роль, которую играют в США Республиканская и Демократическая партии: эти партии делят между собой пу-

<sup>16</sup> См., например: Федеральный закон от 8 марта 2022 г. № 46-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2022. № 11. Ст. 1596 ; Федеральный закон от от 1 мая 2022 г. № 127-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2022. № 18. Ст. 3013 ; Указ Президента Российской Федерации от 1 марта 2022 г. № 81 «О дополнительных временных мерах экономического характера по обеспечению финансовой стабильности Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2022. № 10. Ст. 1466 ; Указ Президента Российской Федерации от 3 мая 2022 г. № 252 «О применении ответных специальных экономических мер в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2022. № 19. Ст. 3188.

бличную власть в стране и не допускают к ее отправлению представителей нескольких десятков других политических партий. Идеология каждой из этих партий является фактически государственной, независимо от признания или непризнания ими самими существования идеологии как таковой.

Конституционная норма о статусе КПСС как руководящей и направляющей силы общества и государства появилась только в 1977 г., приведя конституционную парадигму в этой части в соответствие с действительностью. Такое де-юре возвышение конституционного статуса КПСС, как показали последующие события, дало легальные основания для возложения на нее ответственности за действия государства, его органов и должностных лиц. Отсутствие конституционного закрепления монопольного положения одной политической партии, одной идеологии не означает фактического наличия в обществе и государстве ни многих партий, ни многих идеологий. Одна или несколько из них могут политически считаться государственной (государственными), но **опыт распада СССР показывает, что конституционное признание и закрепление статуса идеологии в государстве может дать обратный эффект.** Если бы советские конституции не провозглашали особую роль марксистско-ленинской идеологии, то можно предположить, что правовых оснований для ее дискредитации теоретически не было бы. Призывы «обосновать конституционализм как общегосударственную, общенациональную (надклассовую и надпартийную) идеологию» [Боброва, Н. А., 2003, с. 32] влекут закрепление господства одной идеологии и, в конечном счете, разрушают правовое содержание конституционализма.

**2.** С высоты сегодняшнего дня **очевидна ошибочность тезисов как о необратимости процессов развития государства и общества, так и о превосходстве одной демократии над другой.** В новой российской конституционной парадигме демократия не делится на социалистическую и буржуазную, в том числе и потому, что западные страны в своих конституциях и правовых системах не признавали возможным и необходимым закреплять статус общества, государства, демократии как капиталистических. Однако каждая из нынешних конституционных характеристик Российской Федерации как государства – демократическое, правовое, социальное, федеративное, светское – несет в себе значительную долю идеологии, под воздействием которой (которых) правовое их содержание может и должно меняться без подгонки под зарубежный опыт как шаблонный.

**3.** Широко употребляемое в научных трудах юристов, философов и политологов понятие «**гражданское общество**» вообще неизвестно действующей Конституции России. Статья 75.1 Конституции отмечает *взаимное доверие государства и общества*. Включение тех или иных характеристик российского общества, в частности – гражданское, в конституционную парадигму направлено либо на создание фиктивных, не работающих конструкций, либо на умаление конституционного статуса российского ответственного строя под предлогом отсутствия в России гражданского общества.



**4.** В советской конституционной парадигме подчеркивалось **полновластие народа**. Российская конституционная парадигма более прагматична. Она вслед за западной не пользуется терминами народовластия, принадлежности народу всей полноты государственной власти. Народ, как и в советское время, признается носителем суверенитета и единственным источником власти в стране. При этом в отличие от советской конституционной парадигмы, в соответствии с которой народовластие осуществлялось через Советы, Конституция Российской Федерации на первое место среди форм народовластия ставит осуществление народом власти непосредственно, выделяя только референдум и свободные выборы как высшее непосредственное выражение власти народа. В этой связи нельзя не заметить, что если институт федерального референдума в Российской Федерации существует только в виде конституционного закона, но такой референдум ни разу не проводился<sup>17</sup>, то эта ситуация не может не иметь одного из двух решений: либо федеральный референдум все-таки должен проводиться, либо положение ч. 3 ст. 3 Конституции России признается фиктивным, т. е. не соответствующим действительности.

Даже факт проведения референдума СССР 17 марта 1991 г. не доказывает его действительность. Народ СССР на референдуме 17 марта 1991 г. высказался за проведение серьезных преобразований, но при условии сохранения Союза ССР. Верховный Совет СССР в Постановлении от 21 марта 1991 г. предписал: «Государственным органам Союза ССР и республик руководствоваться в своей практической деятельности решением народа, принятым путем референдума в поддержку обновленного Союза Советских Социалистических Республик, исходя из того, что это решение является окончательным и имеет обязательную силу на всей территории СССР»<sup>18</sup>. Однако процесс распада государства не был прекращен.

**5.** Исторически федерация – **не типичная форма государственного устройства России**. В. И. Ленин до 1917 г. был сторонником централизованного государства и активным противником федерации в России. Начавшийся после отречения императора от престола распад империи на множество государственных образований не оставил шансов на сохранение унитарного государства в уникальных, не известных ни одному из других государств условиях проживания большого количества народов и наций на огромной территории.

**Федеративная форма государственного устройства Российской Федерации создана путем революционного взлома еще в рамках РСФСР.** После принятия Декларации о суверенитете пошел процесс объяв-

<sup>17</sup> Распространенное мнение о принятии Конституции России 1993 г. на референдуме Российской Федерации не соответствует порядку проведения голосования по проекту, исключавшему применение де-юре действовавшего российского закона о референдуме. Общероссийское голосование летом 2020 г. также не имеет статуса федерального референдума.

<sup>18</sup> Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1991. № 13. Ст. 350.



ления своих суверенитетов бывшими ранее автономными образованиями и объявления административно-территориальных единиц верхнего уровня (края, области, Москва и Ленинград) субъектами федерации. Провозглашено равноправие всех субъектов. По мере укрепления федеральной власти произошел естественный процесс централизации. Россия превратилась в высокоцентрализованную федерацию [Чаплинский, А. В., Меркуленко, А. А., 2022, с. 142–157]. Однако в Конституции Российской Федерации есть бланкетные (отсылочные) нормы, напоминающие о существовании **Федеративного договора** (ст. 11 первой главы, определяющей основы строя). Он упомянут после Конституции как документ о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными и региональными органами государственной власти. Это общее наименование трех договоров от 31 марта 1992 г., заключенных между органами государственной власти Российской Федерации и ее субъектов трех видов: суверенных республик; краев, областей, Москвы и Санкт-Петербурга; автономной области и автономных округов<sup>19</sup>. И общее наименование, и наименования всех трех договоров воспроизведены во втором разделе Конституции Российской Федерации. Несмотря на позицию Конституционного Суда Российской Федерации, согласно которой суверенитет Российской Федерации исключает наличие суверенитетов двух уровней<sup>20</sup>, на указание в разделе втором Конституции Российской Федерации на ее приоритет в случае несоответствия договоров Конституции, и в настоящее время высказывается позиция о том, что «договоры носят первичный характер по отношению к конституционным нормам...» [Тарабан, Н. А., 2019, с. 4]. Тем самым обосновывается их надконституционность. Поскольку положения раздела второго не относятся к числу «вечных», т. е. не подлежащих пересмотру, то подобную «спящую мину» желательно обезвредить путем исключения из ч. 4 п. 1 раздела 2 Конституции Российской Федерации, что, однако, не будет означать окончательного решения проблемы. Видимо, в этой связи нелишне обратить внимание на позицию Г. Гегеля, который утверждал: «Привнесение договорного отношения, так же как и отношений частной собственности вообще, в государственное отношение привело бы к величайшей путанице в государственном праве и действительности» [Гегель, Г. В. Ф., 1990, с. 129].

<sup>19</sup> Постановлением Съезда народных депутатов Российской Федерации от 10 апреля 1992 г. «О Федеративном договоре» он был включен как составная часть в Конституцию Российской Федерации (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации. 1992. № 17. Ст. 898). Две республики (Татарстан и Чеченская) не являются сторонами Федеративного договора.

<sup>20</sup> Постановление Конституционного Суда от 7 июня 2000 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации”» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. № 25. Ст. 2728.

**6.** Формула ст. 2 Конституции Российской Федерации: **«Человек, его права и свободы являются высшей ценностью» – очень красива, эффектна, но внутренне противоречива. Категория «высшая ценность» – не правовая, а нравственная.** Одно лишь упоминание в Конституции не превращает ее в правовую. Для этого нужна трансформация содержания в правовую норму. Этого не произошло. Противоречие в том, что высшее существо живого мира – человек – протivoестественно отождествлен с юридической конструкцией – правами, вследствие чего независимо от субъективных намерений включение этой очень красивой формулы в российскую Конституцию трудно согласуется с естественным приоритетом жизни перед правом. Эта формула не согласуется с ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации, согласно которой права могут быть ограничены для защиты других ценностей.

**Конституционная парадигма, построенная на полном отрицании какой-либо преемственности с советской, абсолютизации естественного происхождения всех конституционных прав и свобод человека и гражданина, не соответствует потребностям государственного и общественного развития России.** Концепция прав приобретенных и концепция естественных прав человека и гражданина не имеют универсального характера. Каждая из них в состоянии объяснить происхождение и содержание только отдельных прав или групп прав. Естественный, обусловленный природой человека как уникального разумного существа характер объясняет происхождение главным образом личных конституционных прав. Едва ли естественный характер имеет право на судебную защиту, связанное с далекими от естества человека процедурами, напряжением и дискомфортом. *Концепция прав и свобод человека применительно к экономическим (социально-экономическим) и политическим правам как приобретенным и являющимся объектами борьбы за их реализацию не только не утратила своего теоретического значения, но и представляется актуальной для построения широкого круга государственных гарантий.*

**7.** Значительные конституционные изменения 2020 г. серьезно уменьшили удельный вес не доступных ни для каких изменений положений в тексте Конституции Российской Федерации, но обострили проблему их доктринального восприятия и сосуществования с новеллами. Достаточно много новелл, которые не могут не корректировать функционирование тех или иных «вечных положений». Например, указание на **сбалансированность прав и обязанностей гражданина** логически должно было бы быть в главе второй Конституции, но получило закрепление в ст. 75.1. Речь, видимо, не может идти о механическом возвращении к советской концепции единства конституционных прав и обязанностей гражданина, но и нельзя делать вид, что такая новелла не оказывает влияния на первоначальную конституционную концепцию прав и свобод человека и гражданина, заставляя ее двигаться в сторону поиска баланса прав и обязанностей.

**8.** **Идея разделения властей в западном понимании не признавалась ни русским, ни советским государственным правом.** Ее дли-

тельное время считали буржуазным пережитком и неприемлемой для СССР. Однако введение поста Президента СССР в 1990 г., а затем – поста Президента РСФСР в 1991 г., с одной стороны, и низкая эффективность непродолжительного по времени периода полномочия Советов, с другой, заставили сначала на практике, а затем и в теории пересмотреть отношение к разделению властей.

*В настоящее время Президент Российской Федерации выведен из системы разделения властей. Сформировался отдельный орган власти – президент, стоящий над тремя другими.* Академик РАН О. Е. Кутафин еще до конституционной реформы 2020 г. делал вывод о том, что сосредоточение у главы государства множества властных рычагов «ставит его над всеми другими федеральными органами» [Кутафин, О. Е., 2008, с. 495].

Такие особенности российской системы разделения властей порождены как историческими причинами, так и субъективными моментами. Сосредоточение большой власти в руках одного человека в тысячелетней истории России наложило отпечаток на организацию государства. Интересно, что крупный русский ученый-государствовед профессор А. Д. Градовский находил разделение властей на уровне ниже императорского даже в царской России, которая была абсолютной монархией и не имела конституции. Он писал в 1904 г.: «Система подчиненных властей, имеющих свою компетенцию и определенную степень власти, соответствует природе монархии как правильной государственной формы, удовлетворяет и требованию разделения властей, необходимого во всякой форме правления» [Градовский, А. Д., 2006, с. 144].

*Короткие периоды полномочия Советов не смогли убедить в большей эффективности этой формы власти.* Закон «О Президенте РСФСР» от 24 апреля 1991 г. определял статус президента как высшего должностного лица и главу исполнительной власти Республики<sup>21</sup>. Такую роль Президент России играл только в период борьбы с союзной властью, когда его поддерживал российский парламент. В дальнейшем позиции Президента Российской Федерации и парламента разошлись, а осенью 1993 г. институт Президента Российской Федерации получил новый статус и значение.

Конституционные новации 2020 г. укрепляют президентскую власть, расширяя его возможности влияния на власть исполнительную. В зависимости от ситуации он фактически может как осуществлять прямое руководство правительством, так и способствовать укреплению самостоятельности исполнительной власти. Однако проблема правового регулирования преемственности президентской власти в случаях возникновения нестандартных ситуаций в настоящее время не решена. Предложение о выстраивании действующей в межвыборные периоды цепочки преемников заслуживает серьезного внимания [Клеандров, М. И., 2022, с. 8].

<sup>21</sup> Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1991. № 17. Ст. 513.

**Список источников**

- Боброва Н. А. Конституционный строй и конституционализм в России. М. : Юнити-Дана, 2003. 264 с. ISBN: 5-238-00537-7.
- Гегель Г. В. Ф. Философия права. М. : Мысль, 1990. 524 с.
- Градовский А. Д. Начала русского государственного права : в 2 т. Т. 1: О государственном устройстве. М. : Зерцало, 2006. 470 с.
- История России с древнейших времен до наших дней / под ред. А. Н. Сахарова. М. : АСТ, 2022. 1744 с. ISBN: 978-5-17-090465-5.
- Клеандров М. И. О неизбежности разработки и принятия новой Конституции Российской Федерации и что в ней должно быть // Государство и право. 2022. № 1. С. 7–18; № 3. С. 7–18. DOI: 10.31857/S102694520018267-4; DOI: 10.31857/S102694520019160-7.
- Колюшин Е. И. Проблема конвергенции в конституционном (государственном) праве России // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 4. С. 12–16.
- Кутафин О. Е. Российский конституционализм. М. : Норма, 2008. 544 с. ISBN: 978-5-468-00222-3.
- Ленин В. И. Государство и революция // Полное собрание сочинений. Т. 33. М. : Госполитиздат, 1974. 428 с.
- Лукьянов А. И. Переворот мнимый и настоящий. М. : Манускрипт, 1993. 192 с. ISBN: 5-86020-230-10.
- Сергейцев Т., Куликов Д., Мостовой П. Идеология русской государственности. СПб. : Питер, 2021. 688 с. ISBN: 978-5-00116-518-7.
- Скуратов Ю. И. Евразийская парадигма России и современные проблемы ее конституционно-правового развития. М. : Проспект, 2021. 416 с. ISBN: 978-5-392-33769-9.
- Советское государственное право / под ред. С. С. Кравчука. М. : Юрид. лит., 1980. 626 с.
- Тарабан Н. А. Договорный метод регулирования в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 3. С. 3–6.
- Чаплинский А. В., Меркуленко А. А. Субконституционная модель распределения компетенции между Российской Федерацией и ее субъектами: централизация vs автономия регионов // Журнал российского права. 2022. № 1. С. 142–157. DOI: 10.12737/jrl.2022.011.
- Чиркин В. Е. Конституционное право : учебник для бакалавриата. М. : Норма, 2015. 304 с. ISBN: 978-5-91768-600-4.
- Эбзеев Б. С. Актуализация Конституции России: собирательный образ поправок Президента РФ Путина В. В. и новые смыслы Основного Закона // Государство и право. 2020. № 4. С. 7–24. DOI: 10.31857/S013207690009224-8.

## References

- Bobrova, N. A., 2003. *Konstitutsionnyy stroy i konstitutsionalizm v Rossii* = [Constitutional system and constitutionalism in Russia]. Moscow: Yuniti-Dana. 264 p. (In Russ.) ISBN: 5-238-00537-7.
- Chaplinskiy, A. V., Merkulenko, A. A., 2022. The sub-constitutional model of distribution of competence between the Russian Federation and its subjects: centralization vs autonomy of regions. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, 1, p. 142–157. (In Russ.) DOI: 10.12737/jrl.2022.011.
- Chirkin, V. E., 2015. *Konstitutsionnoye pravo* = [Constitutional law]. A textbook for undergraduate studies. Moscow: Norma. 304 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-91768-600-4.
- Ebzeyev, B. S., 2020. Actualization of the Constitution of Russia: Collective mode of amendments to the President of the Russian Federation V. V. Putin and new meanings of the Fundamental Law. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 4, pp. 7–24. (In Russ.) DOI: 10.31857/S013207690009224-8.
- Gradovskiy, A. D., 2006. *Nachala russkogo gosudarstvennogo prava. T. 1: O gosudarstvennom ustroystve* = [Principles of Russian state law. Vol. 1: On the state structure]. In 2 vols. Moscow: Zertsalo. 470 p. (In Russ.)
- Hegel, G. W. F., 1990. *Filosofiya prava* = [Philosophy of Law]. Moscow: Mysl'. 524 p. (In Russ.)
- Kleandrov, M. I., 2022. On the inevitability of the development and adoption of a new constitution of the Russian Federation and what should be in her. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 1, pp. 7–18; 3, pp. 7–18. (In Russ.) DOI: 10.31857/S102694520018267-4; DOI: 10.31857/S102694520019160-7.
- Kolyushin, E. I., 2018. The issue of convergence in the constitutional (state) law of Russia. *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 4, pp. 12–16. (In Russ.)
- Kravchuk, S. S., ed., 1980. *Sovetskoye gosudarstvennoye pravo* = [Soviet state law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura. 626 p. (In Russ.)
- Kutafin, O. Ye., 2008. *Rossiyskiy konstitutsionalizm* = [Russian constitutionalism]. Moscow: Norma. 544 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-468-00222-3.
- Lenin, V. I., 1974. [State and Revolution]. *Polnoye sobraniye sochinenij* = [Full collection of works]. Vol. 33. Moscow: Gospolitizdat. 428 p. (In Russ.)
- Luk'yanov, A. I., 1993. *Perevorot mnimyy i nastoyashchiy* = [Imaginary and real coup]. Moscow: Manuscript. 192 p. (In Russ.) ISBN: 5-86020-230-10.
- Sakharov, A. N., ed., 2022. *Istoriya Rossii s drevneyshikh vremen do nashikh dney* = [History of Russia from ancient times to the present day]. Moscow: AST. 1744 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-17-090465-5.

Sergeytsev, T., Kulikov, D., Mostovoy, P., 2021. *Ideologiya russkoy gosudarstvennosti* = [Ideology of Russian statehood]. St. Petersburg: Piter. 688 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-00116-518-7.

Skuratov, Yu. I., 2021. *Yevraziyskaya paradigma Rossii i sovremennyye problemy yeye konstitutsionno-pravovogo razvitiya* = [Eurasian paradigm of Russia and modern problems of its constitutional and legal development]. Moscow: Prospekt. 416 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-392-33769-9.

Taraban, N. A., 2019. The contractual method of regulation in constitutional law. *Konstitutsionnoye i munitsipal'noye pravo* = [Constitutional and Municipal Law], 3, pp. 3–6. (In Russ.)

### **Информация об авторе / Information about the author**

**Колюшин Евгений Иванович**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации (Российская Федерация, 109012, Москва, Б. Черкасский пер., д. 9).

**Evgeniy I. Kolyushin**, Dr. Sci. (Law), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Member of the Central Election Commission of the Russian Federation (9 Bol'shoy Cherkasskiy lane, Moscow, 109012, Russian Federation).

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.  
The author declares no conflict of interest.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 16.06.2022; дата одобрения после рецензирования: 28.06.2022; дата принятия статьи к опубликованию: 10.10.2022.

Submitted: 16.06.2022; reviewed: 28.06.2022; revised: 10.10.2022.



Научная статья

УДК 347:340.11

DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.167-178



# Концептуальный подход к практической реализации сконструированной модели социально ориентированного экологического предпринимательства<sup>1</sup>

Алексей Владимирович Барков<sup>1</sup>, Яна Сергеевна Гришина<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Саратовская государственная юридическая академия, Саратов, Российская Федерация

<sup>2</sup> Российский государственный университет правосудия, Москва, Российская Федерация

<sup>1</sup> barkov\_a\_v@mail.ru, <sup>2</sup> grishinel@inbox.ru

## Аннотация

**Введение.** Представляется, что одним из эффективных инструментов решения проблемы правового обеспечения экологического благополучия может стать теоретическая модель социально ориентированного экологического предпринимательства, ранее сформулированная и апробированная в ходе предыдущих научных исследований. Вместе с тем достоинство любой теоретической модели заключается в возможности практической реализации посредством ее легализации, т. е. принятия закона. В связи с этим настоящая статья посвящена обоснованию концепции законопроекта «О развитии социально ориентированного экологического предпринимательства» как вероятного решения проблемы практической реализации сконструированной модели.

**Методы.** В ходе исследования применялись эмпирические (наблюдение, сравнение, описание); теоретические (формальной и диалектической логики, конструирования) методы.

**Результаты исследования.** Предложено концептуальное обоснование проекта федерального закона «О развитии социально ориентированного экологического предпринимательства», способного стать драйвером для перехода к устойчивой ресурсосберегающей и низкоуглеродной «зеленой» экономике, гарантирующей решение главных проблем, а именно предотвращения бедности и защиты окружающей среды.

<sup>1</sup> Статья подготовлена по результатам исследований, выполненных за счет бюджетных средств по государственному заданию Финансового университета при Правительстве Российской Федерации.

*Обсуждение и заключение.* Обоснован оригинальный концептуальный подход к практической реализации сконструированной модели социально ориентированного экологического предпринимательства.

**Ключевые слова:** социально ориентированное экологическое предпринимательство, реализация теоретической модели, закон, окружающая среда

**Для цитирования:** Барков А. В., Гришина Я. С. Концептуальный подход к практической реализации сконструированной модели социально ориентированного экологического предпринимательства // Правосудие/Justice. 2022. Т. 4, № 4. С. 167–178. DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.167-178.

## Original article

# The Conceptual Approach to the Practical Implementation of a Designed Model of Socially Oriented Environmental Entrepreneurship

**Aleksey V. Barkov<sup>1</sup>, Yana S. Grishina<sup>2</sup>**

<sup>1</sup> *Financial University under the Government of the Russian Federation, Saratov, Russian Federation*

<sup>2</sup> *Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation*  
For correspondence: <sup>1</sup> barkov\_a\_v@mail.ru, <sup>2</sup> grishinel@inbox.ru

## Abstract

*Introduction.* It seems that one of the effective tools for solving the problem of legal support of environmental well-being can be a theoretical model of socially oriented environmental entrepreneurship, previously formulated and tested in the course of previous scientific research. At the same time, the merit of any theoretical model lies in the possibility of its practical implementation through its legalisation, that is, the adoption of a law. In this regard, this article is devoted to the substantiation of the concept of the draft law “On the development of socially oriented environmental entrepreneurship” as a probable solution to the problem of practical implementation of the constructed model.

*Methods.* During the study are used empirical (observation, comparison, description); theoretical (formal and dialectical logic, construction).

*Results.* The conceptual substantiation of a draft federal law “On the development of socially oriented environmental entrepreneurship” is proposed, which could become a driver for the transition to a sustainable resource-saving and low-carbon “green” economy, which guarantees the solution of the main problems, namely the prevention of poverty and environmental protection.

*Discussion and Conclusion.* The aim of the study is to substantiate an original conceptual approach to the practical implementation of the constructed model of socially oriented environmental entrepreneurship.

**Keywords:** socially oriented environmental entrepreneurship, theoretical model implementation, law, environment

**For citation:** Barkov, A. V., Grishina, Ya. S., 2022. The conceptual approach to the practical implementation of a designed model of socially oriented environmental entrepreneurship. *Pravosudie/Justice*, 4(4), pp. 167–178. (In Russ.) DOI: 10.37399/2686-9241.2022.4.167-178.

## Введение

Обосновывая концептуальный подход к практической реализации сконструированной модели социально ориентированного экологического предпринимательства, следует принимать во внимание, что подход к проблеме моделирования правовой конструкции экологического предпринимательства уже предпринимался коллективом Финансового университета при Правительстве Российской Федерации<sup>1</sup>. Есть основания полагать, что методологию конструирования теоретической модели правового обеспечения экологического предпринимательства, включая подходы, структуру, принципы и этапы моделирования, следует признать апробированной. Теоретические результаты исследования, которые могут быть использованы в качестве концептуальных основ модели социально ориентированного экологического предпринимательства, опубликованы в открытой печати [Барков, А. В., и др., 2021; Барков, А. В., и др., 2020].

Убеждены в том, что ценность любой теоретической модели заключается в возможности ее практической реализации. Реализация теоретической правовой модели на практике возможна посредством ее легализации, т. е. принятия закона. Представленная концепция законопроекта «О развитии социально ориентированного экологического предпринимательства» (далее – Законопроект) отражает авторское видение подхода к практической реализации сконструированной теоретической социально-правовой модели экологического предпринимательства.

## Методы

Название Законопроекта не является случайно выбранным: акцент на «социально ориентированную» направленность экологического предпринимательства сделан осознанно, с учетом изучения тенденций и закономерностей развития этого уникального социально-экономического явления в большинстве стран мира. В ходе исследования выяснено, что рекомендация Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ от 13 июня 2002 г. о принятии Модельного закона об основах экологического предпринимательства<sup>2</sup> (далее – Модельный закон) не получила практического воплощения. Не принимались одноименные специальные законы и в других государствах. В то же время подтверждено, что во всех странах, где было легализовано социальное предпринимательство, признаваемое эффективным инструментом решения всевозможных социальных и экологических проблем, законодательство об экологическом предпринимательстве

<sup>1</sup> В ходе исследования при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (проект № 18-011-00792 А).

<sup>2</sup> Модельный закон об основах экологического предпринимательства: рекомендация пятнадцатого пленарного заседания Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ (Постановление № 15-6 от 13 июня 2002 г.) // Законы России : [сайт]. URL: [https://lawrussia.ru/texts/legal\\_744/doc744a417x494.htm](https://lawrussia.ru/texts/legal_744/doc744a417x494.htm) (дата обращения: 28.08.2021).

развивалось в едином социально-предпринимательском русле и, таким образом, имело социально ориентированную направленность.

В ходе исследования использовались эмпирические (наблюдение, сравнение, описание) и теоретические (формальной и диалектической логики, конструирования) методы исследования.

### **Результаты исследования**

Авторы включили в название разработанного ими Законопроекта указание на социальную ориентацию экологического предпринимательства для того, чтобы подчеркнуть его идеологическую связь с социальным предпринимательством, нацеленность не на извлечение прибыли, как в традиционном бизнесе, а на решение социальных и экологических проблем, среди которых одной из центральных является обеспечение экологического благополучия российских граждан. В связи с этим в Законопроекте красной нитью проходит концептуальная идея о том, что прибыль экологического предпринимателя – это не цель, а средство, обеспечивающее в соответствии с курсом устойчивого развития достижение социального и экологического эффекта, объединяющая все составные элементы правовой конструкции.

Одним из существенных недостатков Модельного закона, регулирующего вопросы основ нормативного регулирования экологического предпринимательства, компетенции органов государственной власти в области экологического предпринимательства, государственной поддержки экологического предпринимательства, является его акционер-ориентированная направленность, заключающаяся в обеспечении прибыли участников корпорации, а не в учете интересов множества заинтересованных сторон в устойчивой природоохранной деятельности.

В концепции предлагаемого Законопроекта ряд положений, имеющих ценность именно для развития социально ориентированного экологического предпринимательства, получили творческое развитие в контексте обеспечения социально-экологического благополучия.

Следующая выявленная в процессе исследования проблема заключалась в том, что, к сожалению, российский подход к легализации социального предпринимательства (июль 2019 г.<sup>3</sup>), в рамках которого могло быть осуществлено реформирование, не учитывает успешный зарубежный опыт совместного развития законодательства о социальном и экологическом предпринимательстве. В легальных критериях субъекта социального предпринимательства, предоставляющих право на государственную поддержку, отсутствуют требования к эколого-ориентированности общественно полезной деятельности социального предприятия [Барков, А. В., Гришина, Я. С., 2019, с. 6–7]. В мировой европейской практике эколого-ориентированные предприятия «общественной пользы», нацеленные на обеспече-

<sup>3</sup> Федеральный закон от 26 июля 2019 г. № 245-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации” в части закрепления понятий “социальное предпринимательство”, “социальное предприятие” // Российская газета. 2019. 31 июля.

ние экологического благополучия населения, признаются субъектами социального предпринимательства и поддерживаются государством [Калиниченко, Д. В., 2019].

Другой недостаток проявляется в том, что некоммерческие организации, наиболее успешно в мировой и отечественной практике действующие на рынке социальных услуг, при российском законодательном подходе не имеют возможности приобрести статус социального предпринимателя [Барков, А. В., Гришина, Я. С., 2019, с. 6]. На возможность отнесения некоммерческих организаций к кругу субъектов социально ориентированного экологического предпринимательства неоднократно обращалось внимание в научной литературе. Обосновывалось, что к субъектам экологического предпринимательства можно отнести индивидуальных предпринимателей, коммерческие и некоммерческие организации, вне зависимости от организационно-правовых форм и ведомственной принадлежности [Гришина, Я. С., 2016, с. 28]. Главное, чтобы экологические предприниматели отвечали установленным в законе критериям, важнейшим из которых является реинвестирование не менее половины годовой прибыли в решение социально-экологических проблем.

По существу, российский закон о социальном предпринимательстве разработан только в интересах субъектов малого и среднего предпринимательства и сводится исключительно к регламентации этой поддержки. В предмет его правового регулирования не включены другие важные сферы, необходимые, как показывает зарубежный опыт, для развития социально и эколого-ориентированного предпринимательства.

В разработанной концепции законопроекта «О развитии социально ориентированного экологического предпринимательства» данные недостатки устранены. Структура законопроекта предусматривает включение в него общих положений о социально ориентированном экологическом предпринимательстве, которые раскрываются посредством определения применяемых в федеральном законе терминов, в частности: «социально ориентированное экологическое предпринимательство»; «субъект социально ориентированного экологического предпринимательства»; «социально ориентированное экологическое предприятие (предприниматель)»; «устойчивое развитие»; «“зеленая” экономика»; «социально-экологическое воздействие», «социально-экологическое благополучие»; «корпоративная социально-экологическая ответственность» и др. При этом большое внимание уделяется объяснению принципов и элементов системы развития социально ориентированного экологического предпринимательства.

Помимо положений о критериях предоставления статуса субъекта социально ориентированного экологического предпринимательства, сформулированных с учетом успешной российской и зарубежной практики, закрепления права на государственную поддержку, структура законопроекта предусматривает включение положений о приобретении и утрате статуса субъекта социально ориентированного экологического предпринимательства; о его правах и обязанностях. Разделы «Компетенция органов государственной власти в сфере развития социально ориентированного эколого-

гического предпринимательства» и «Государственная поддержка развития социально ориентированного экологического предпринимательства» конкретизируются с учетом выводов и рекомендаций, сформулированных в предыдущих исследованиях творческого коллектива [Барков, А. В., и др., 2021; Барков, А. В., и др., 2020].

В концепции Законопроекта в качестве одной из мер по развитию социально ориентированного экологического предпринимательства, способствующей переходу к «зеленой» экономике и обеспечивающей высокие стандарты экологического благополучия населения, установлены правовые средства стимулирования формирования и развития региональных социально значимых рынков. Вследствие значимости решения этой проблемы для обеспечения экологического благополучия и возможности использования теоретических разработок для совершенствования законодательства в данной сфере представляется целесообразным остановиться на данном вопросе более подробно.

В настоящее время правовым инструментом развития региональных социально значимых рынков является «Стандарт развития конкуренции в субъектах Российской Федерации»<sup>4</sup> (далее – Стандарт). Правительство Российской Федерации в долгосрочных планах социально-экономического развития<sup>5</sup> повышению конкурентоспособности регионов, в том числе за счет «формирования эффективной системы управления в области охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности», придает важное значение как фактору «устойчивого повышения благосостояния граждан». Весьма важно исполнение упомянутого распоряжения Правительства для регионов, так как одним из критериев «эффективности деятельности глав субъектов Российской Федерации»<sup>6</sup> признается «содействие развитию конкуренции на основе Стандарта»<sup>7</sup>. Вместе с тем считаем, что

<sup>4</sup> Распоряжение Правительства Российской Федерации от 17 апреля 2019 г. № 768-р «Об утверждении стандарта развития конкуренции в субъектах Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2019. № 17. Ст. 2145.

<sup>5</sup> Прогноз долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2030 года (разработан Минэкономразвития России). URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_144190/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144190/) (дата обращения: 28.08.2021).

<sup>6</sup> Указ Президента Российской Федерации от 4 ноября 2014 г. № 705 «О внесении изменения в перечень направлений для оценки эффективности деятельности высших должностных лиц (руководителей высших исполнительных органов государственной власти) субъектов Российской Федерации по созданию благоприятных условий ведения предпринимательской деятельности, утвержденный Указом Президента Российской Федерации от 10 сентября 2012 г. № 1276». URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_170522/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_170522/) (дата обращения: 10.08.2021).

<sup>7</sup> Распоряжение Правительства Российской Федерации от 10 февраля 2015 г. № 190-р «О внесении изменений в распоряжение Правительства Российской Федерации от 10 апреля 2014 г. № 570-р». URL: <http://www.consultant.ru/cons/>



Стандарт недостаточно полно учитывает рекомендации ООН, связанные с необходимостью перехода к рациональной региональной «зеленой» модели природопользования, упуская из внимания в данном случае необходимость экологической ориентации рынков, что может негативно сказаться на обеспечении экологического благополучия граждан.

Доклад ЮНЕП «Навстречу «зеленой» экономике: пути к устойчивому развитию и искоренению бедности»<sup>8</sup> (далее – Доклад о «зеленой экономике») концентрирует внимание на том факте, что в последнее десятилетие мир одновременно переживал несколько кризисов, а именно климатический, биоразнообразия, топливный, продовольственный, водный, финансовой системы и экономики. В Докладе о «зеленой экономике» указывается, что «свободные рынки не предназначены для решения социальных проблем», а рыночные стимулы ухудшают проблему нерационального распределения капитала, так как корпорациям дозволено, нередко бесконтрольно, проводить свою собственную деятельность, которая имеет важные социально-экологические последствия.

Указанные проблемы в очередной раз доказывают необходимость улучшения и преобразования государственной политики регулирования экономики и предпринимательства с учетом стимулирования развития социально ориентированного экологического предпринимательства.

Доклад о «зеленой экономике» акцентирует внимание на том, что эффективные рыночные инструменты в сложившейся ситуации являются оптимальными правовыми средствами «достижения целей в области экологии и формирования рынков устойчивых товаров и услуг», но наряду с ними важны и командно-административные методы – «нормы и стандарты»<sup>9</sup>. Рекомендуется уделять особое внимание при переходе к «зеленой, ресурсосберегающей и низкоуглеродистой экономике» именно развитию конкуренции в десяти основных секторах: «гражданское строительство, сельское хозяйство, энергетика, лесоводство, рыбное хозяйство, промышленное производство, транспорт, туризм, утилизация отходов и водные ресурсы»<sup>10</sup>. При этом отмечается, что переход к «зеленой экономике» будет способствовать и борьбе с бедностью.

Представляется, что в России при развитии региональной конкуренции недостаточно последовательно приняты во внимание данные рекомендации ООН. На начальном этапе развития отечественной региональной конкуренции в 2015 г. акцент в Стандарте был сделан на развитие

---

CGI/online.cgi?base=LAW;dst=100005;n=175330;req=doc/ (дата обращения: 28.06.2021).

<sup>8</sup> Навстречу «зеленой» экономике: пути к устойчивому развитию и искоренению бедности: обобщающий доклад для представителей властных структур. ЮНЕП, 2011. URL: [http://old.ecocongress.info/5\\_congr/docs/doklad.pdf](http://old.ecocongress.info/5_congr/docs/doklad.pdf) (дата обращения: 28.06.2021).

<sup>9</sup> Навстречу «зеленой» экономике: пути к устойчивому развитию и искоренению бедности.

<sup>10</sup> Там же.

социально значимых<sup>11</sup>, а не эколого-ориентированных рынков, которые формировали в большей степени инклюзивную модель, нацеленную на борьбу с бедностью. В стране, где официально признается не менее 20 млн бедных, и сегодня социальная ориентация политики имеет приоритет над экологией.

В указанном распоряжении Правительства был приведен обязательный перечень значимых региональных рынков услуг, в частности «медицинских, социальных, дошкольного образования; розничной торговли; ЖКХ; перевозок пассажиров наземным транспортом; широкополосного доступа в информационно-телекоммуникационную сеть “Интернет”; дополнительного образования детей; детского отдыха и оздоровления; психолого-педагогического сопровождения детей с ограниченными возможностями здоровья; и услуг в сфере культуры». В тот период одним из важнейших факторов развития конкуренции и разгосударствления социальной сферы декларировалась поддержка социального предпринимательства.

Однако уже в 2017 г. Президент Российской Федерации обратил внимание на необходимость расширения перечня социально ориентированных рынков<sup>12</sup>. Казалось, что этот призыв в соответствии с рекомендациями ООН станет импульсом к развитию и социально значимых и эколого-ориентированных рынков. К сожалению, этого не произошло.

В обновленный в 2019 г. Стандарт был включен перечень, состоящий из 41 наименования «товарного рынка для содействия развитию конкуренции в субъекте Российской Федерации». При разработке региональных программ развития региональной конкуренции Правительством Российской Федерации в настоящее время рекомендуется включать не менее 33 рынков из данного ориентировочного перечня в региональный перечень «товарных рынков». В упомянутый перечень вместе с 11 рынками, ранее имевшими статус «социально значимых рынков», включены еще 30, которые сейчас стали называть «товарными рынками». О социально значимых, так же как и об эколого-ориентированных рынках, в программных документах, призванных содействовать развитию региональной конкуренции и переходу к «зеленой экономике», сегодня речи уже не ведется. Однако неясно, почему изменен статус таких рынков, каковы принципы формирования нового перечня «товарных рынков». В контексте реализации курса «на устойчивое развитие» подобное реформирование могло бы быть объяснено приведением перечня социально значимых рынков в соответствие с

<sup>11</sup> Распоряжение Правительства Российской Федерации от 5 сентября 2015 г. № 1738-р «Об утверждении стандарта развития конкуренции в субъектах Российской Федерации» (с изм. на 17.09.2016) (утратило силу на основании распоряжения Правительства от 17 апреля 2019 г. № 768-р) // Официальный сайт Правительства Российской Федерации. URL: <http://qps.ru/uEohb> (дата обращения: 28.06.2021).

<sup>12</sup> Указ Президента Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 616 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» // Портал Федеральной антимонопольной службы. URL: [https://fas.gov.ru/documents/type\\_of\\_documents/acts](https://fas.gov.ru/documents/type_of_documents/acts) (дата обращения: 28.06.2021).

рекомендациями ООН по «озеленению экономики». Однако логика разработчиков перечня непонятна, а реализация рекомендаций осуществляется крайне непоследовательно.

Система рекомендаций Доклада о «зеленой экономике» ясна, поскольку в ее основе – широкий перечень рыночных и командных мер, направленных на организацию усилий представителей органов власти по формированию «приоритетных отраслей экономики», реально обеспечивающих «озеленение экономики», переход к ресурсосберегающей и низкоуглеродной экономике, способствующих восстановлению окружающей природной среды. Важно отметить, что эти рекомендации основываются на результатах научных исследований всемирно признанных экспертов в сфере охраны окружающей среды, дающих соответствующие обоснования и необходимые пояснения.

Включение экспертами ООН лесоводства в перечень отраслей, содействующих конкуренции при переходе к «ресурсосберегающей и низкоуглеродистой экономике», вполне объяснимо, поскольку отрасль направлена на воспроизводство (выращивание, защиту), а впоследствии – и на использование лесных ресурсов. Однако в обязательном перечне «товарных рынков для содействия развитию конкуренции в субъекте Российской Федерации» акцент сделан не на природоохранное воспроизводство, а на потребление, так как рекомендуется развивать не лесоводство, а региональные «рынки обработки древесины и производства изделий из дерева». Очевидно, что при формировании конкурентоспособной модели устойчивого развития в первую очередь необходимо было сосредоточить усилия на улучшении леса и повышении образующих функций и лишь затем – на удовлетворении потребностей в изделиях из древесины. Представляется, что снижение объемов вырубki леса и его восстановление в большей степени оказали бы позитивное влияние на сельское хозяйство, повышение качества жизни и экологическое благополучие населения сельских поселений.

Аналогичный вывод можно сделать в области рыбного хозяйства, которое способствует сохранению водных биоресурсов, аквакультуры. В Стандарте вновь наблюдается потребительский акцент, поскольку рынки вылова водных биоресурсов, переработки водных биоресурсов, товарной аквакультуры (№ 32–34) не нацелены на воспроизводство и обеспечение экологического благополучия, а служат удовлетворению потребностей населения региона.

В перечне «товарных рынков для содействия развитию конкуренции в субъекте Российской Федерации» слабо прослеживается нацеленность, как того требует ООН, на развитие «зеленых» городов, транспорта, сельского хозяйства, энергетики, промышленности. Единственный рынок из данного перечня («12 – рынок услуг по сбору и транспортированию твердых коммунальных отходов») в большей степени ориентирован на формирование «зеленой экономики», но и он может быть расширен перспективным направлением – повторным использованием материалов и получением энергии из отходов.

К сожалению, при определении перечня Правительством Российской Федерации упущены такие важные рекомендованные ООН сферы, как рын-

ки экологического туризма и водных ресурсов, которые вполне способны обеспечить нацеленный на снижение бедности переход к «зеленой» экономике. Не принимается во внимание, что основной особенностью «зеленой» экономики является создание возможности для устойчивого социально-экономического развития, способствующего уменьшению уровня бедности, при воспроизводстве природных ресурсов страны с учетом существенного снижения выбросов парниковых газов.

В связи с этим представляется возможным расширить «перечень товарных рынков для содействия развитию конкуренции в субъекте Российской Федерации», сформулированный в распоряжении Правительства Российской Федерации от 17 апреля 2019 г. № 768-р. В него следует включить эколого-ориентированные рынки, рекомендованные экспертами ООН, не нашедшие пока отражения: рынок лесоводства, рынок рыбного хозяйства, рынок экологического туризма и рынок водных ресурсов.

Представляется, что расширение перечня «товарных рынков для содействия развитию конкуренции» за счет включения эколого-ориентированных рынков станет стимулом к развитию социально-экологического предпринимательства, толчком развития устойчивой региональной конкурентоспособной социально ориентированной экономической модели. В связи с этим при определении в федеральном законе «О государственных гарантиях развития социально-экологического предпринимательства» компетенции органов власти всех уровней в области развития социально ориентированного экологического предпринимательства необходимо уделить внимание данному вопросу.

### **Обсуждение и заключение**

В целом представляется обоснованным сделать вывод, что разработанная в настоящем исследовании правовая модель обеспечения развития социально ориентированного экологического предпринимательства во многом необходима для развития конкуренции на региональных рынках. Ее реализация позволит достичь перехода к устойчивой ресурсосберегающей и низкоуглеродной «зеленой» экономике, гарантирующей решение главных проблем, а именно предотвращения бедности и защиты окружающей среды. При этом федеральный закон «О развитии социально ориентированного экологического предпринимательства» в качестве практического инструмента реализации теоретической модели необходимо рассматривать сквозь призму его эффективности при решении именно указанных авторами глобальных проблем.

### **Список источников**

Барков А. В., Венгеровский Е. Л., Гришина Я. С. и др. Социально-правовая модель российского экологического предпринимательства : моногр. / под ред. Г. Ф. Ручкиной. М. : Прометей, 2021. 218 с. ISBN: 978-5-00172-113-0.

Барков А. В., Гришина Я. С. Критический анализ российского правового подхода к легализации социального предпринимательства // *Гражданское право*. 2019. № 2. С. 5–7. DOI: 10.18572/2070-2140-2019-2-3-5.

Барков А. В., Гришина Я. С., Лескова Ю. Г. и др. Легализация социального предпринимательства в России и за рубежом: тенденции и перспективы развития : моногр. М. : Проспект, 2020. 216 с. ISBN: 978-5-392-32741-6.

Гришина Я. С. Концептуальная модель правового обеспечения российского социального предпринимательства : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. 505 с.

Калиниченко Д. В. Правовое положение субъектов социального предпринимательства в Российской Федерации и зарубежных странах : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2019. 224 с.

### References

Barkov, A. V., Grishina, Ya. S., 2019. Critical analysis of the Russian law-making approach to the legalization of social entrepreneurship. *Grazhdanskoe pravo* = [Civil Law], 2, pp. 5–7. (In Russ.) DOI: 10.18572/2070-2140-2019-2-3-5.

Barkov, A. V., Grishina, Ya. S., Leskova, Yu. G., et al., 2020. *Legalizaciya social'nogo predprinimatel'stva v Rossii i za rubezhom: tendencii i perspektivy razvitiya* = [Legalization of social entrepreneurship in Russia and abroad: trends and prospects of development]. Monograph. Moscow: Prospekt. 216 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-392-32741-6.

Barkov, A. V., Vengerovsky, E. L., Grishina, Ya. S., et al., 2021. *Social'no-pravovaya model' rossijskogo ekologicheskogo predprinimatel'stva* = [Socio-legal model of Russian ecological entrepreneurship]. Monograph. Ed. G. F. Ruchkina. Moscow: Prometey. 218 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-00172-113-0.

Grishina, Ya. S., 2016. *Konceptual'naya model' pravovogo obespecheniya rossijskogo social'nogo predprinimatel'stva* = [Conceptual model of legal support of Russian social entrepreneurship]. Dr. Sci (Law) Dissertation. Moscow. 505 p. (In Russ.)

Kalinichenko, D. V., 2019. *Pravovoe polozhenie sub'ektov social'nogo predprinimatel'stva v Rossijskoj Federacii i zarubezhnyh stranah* = [The legal status of social entrepreneurship entities in the Russian Federation and foreign countries]. Cand. Sci (Law) Dissertation. Saratov. 224 p. (In Russ.)

### Информация об авторах / Information about the authors

**Барков Алексей Владимирович**, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права Саратовской государственной

юридической академии (Российская Федерация, 410028, Саратов, ул. Чернышевского, д. 104), профессор департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве Российской Федерации (Российская Федерация, Москва, Ленинградский пр-т, д. 49/2).

**Aleksey V. Barkov**, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Civil Law Department, Saratov State Law Academy (104 Chernyshevsky St., Saratov, 410028, Russian Federation), Professor of the Legal Regulation of Economic Activity Department, Financial University under the Government of the Russian Federation (49/2 Leningradsky Av., Moscow, 125167, Russian Federation).

**Гришина Яна Сергеевна**, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Российского государственного университета правосудия (Российская Федерация, 117418, Москва, ул. Новочеремушkinsкая, д. 69).

**Yana S. Grishina**, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Civil Law Department, Russian State University of Justice (69 Novocheremushkinskaya St., Moscow, 117418, Russian Federation).

#### **Заявленный вклад авторов / Contribution of the authors**

Авторы сделали эквивалентный вклад в подготовку публикации.  
The authors contributed equally to this article.

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.  
The authors declare no conflict of interest.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 16.09.2021; дата одобрения после рецензирования: 16.11.2021; дата принятия статьи к опубликованию: 10.10.2022.

Submitted: 16.09.2021; reviewed: 16.11.2021; revised: 10.10.2022.





# Принцип государственного единства: теория и практика реализации в истории России. К 100-летию образования СССР

**Владимир Евгеньевич Сафонов<sup>1</sup>,  
Сергей Александрович Колунтаев<sup>2</sup>**

*<sup>1, 2</sup> Российский государственный университет правосудия, Москва, Российская Федерация*

*<sup>1</sup> kaf\_istorii08@mail.ru*

*<sup>2</sup> ksa2708591@yandex.ru*

Review of the materials of the international scientific and practical conference

## **The Principle of State Unity: Theory and Practice of Implementation in the History of Russia. To the 100th Anniversary of the Formation of the USSR**

**Vladimir E. Safonov<sup>1</sup>, Sergey A. Koluntaev<sup>2</sup>**

*<sup>1, 2</sup> Russian State University of Justice, Moscow, Russian Federation*

*<sup>1</sup> kaf\_istorii08@mail.ru*

*<sup>2</sup> ksa2708591@yandex.ru*

**В** Российском государственном университете правосудия (РГУП) 19 мая 2022 г. проведена международная научно-практическая конференция «Принцип государственного единства: теория и практика реализации в истории России. К 100-летию образования СССР». Был обсужден широкий круг проблем, связанных с реализацией принципа государственного единства во времена Союза ССР. Само создание союзного государства, его эволюция – предмет острых дискуссий, которые не прекращались и в период его расцвета, и вот уже более 30 лет после распада. Народам Советского Союза в период его существования удалось достигнуть значительных успе-

хов в развитии экономики, науки, техники, духовной культуры, совместно выдержать тяжелейшие испытания, выпавшие на их долю. Это оставило неизгладимый след в их жизни. Государственное строительство, решение национального вопроса, развитие законодательства в бывших союзных республиках, а ныне суверенных государствах не могут осуществляться без учета опыта советского периода. Для современного российского государства анализ всего того, что было связано с СССР, имеет особое значение, так как и юридически, и фактически Российская Федерация является его продолжателем и преемником.

Конференция подготовлена и проведена кафедрами истории права и государства и конституционного права имени Н. В. Витрука РГУП при информационной поддержке ежемесячного научно-практического журнала «Российское правосудие» в режиме видео-конференц-связи.

Предложенная тематика вызвала живой отклик в среде интересующихся проблемами истории российского государства и права. Об участии в работе круглого стола заявили более 60 ученых из РГУП и его филиалов, других вузов, научных организаций, государственных органов Российской Федерации, а также научные и практические работники Донецкой Народной Республики, Республики Южная Осетия.

Заседание круглого стола открыл председатель оргкомитета заведующий кафедрой истории права и государства заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор **В. Е. Сафонов**. Он подчеркнул, что конференция посвящена важнейшему событию в истории нашей страны – образованию 100 лет назад Союза Советских Социалистических Республик, качественно новой федерации, примеров которой еще не было в истории.

Участников конференции приветствовал проректор по научной работе доктор юридических наук, профессор **А. А. Арямов**. Он отметил, что тема конференции в свете 100-летнего юбилея СССР гиперактуальна. Без понимания исторических процессов невозможно уяснение сущности происходящих в настоящий момент явлений и абсолютно исключены какие-либо анализ и прогноз будущего. Поэтому на многие вопросы, которые сегодня стоят перед нашим обществом, мы можем найти ответы, обратившись к нашему прошлому, к нашей истории. Речь пойдет не просто об истории образования Союза СССР, а о теории и реализации принципа государственного единства. В заключение А. А. Арямов пожелал, чтобы в научной дискуссии раскрылся творческий потенциал участников конференции.

О порядке ведения конференции и регламенте сообщил заместитель председателя организационного комитета и ведущий конференции доцент кафедры истории права и государства кандидат исторических наук, доцент **С. А. Колунтаев**. На заседании очно и в режиме видео-конференции выступили 12 ученых. Пять участников высказались в дискуссии по ряду вопросов в ходе обсуждения докладов.

С докладом «Принцип государственного единства: теория и практика реализации в истории России» выступил **Б. С. Эбзеев** (член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, судья Конституционного Суда Российской Федерации (в отставке), заслуженный юрист Россий-

ской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор). Докладчик заявил, что категорически не воспринимает слова о том, что Советский Союз распался. Он не распался, его разделили. Этот процесс развивался в течение очень долгого исторического периода: не только извне, но и внутри нашего Отечества. Докладчик выразил несогласие с профессором С. М. Шахраем, заявившим в книге «Как я написал Конституцию эпохи Ельцина и Путина» о том, что Беловежское соглашение лишь зафиксировало факт уже состоявшегося распада СССР. По мнению Б. С. Эбзеева, это никоим образом не соответствовало действительности.

За полтора года до этого события Съезд народных депутатов России принял печально знаменитую Декларацию о государственном суверенитете РСФСР. В ней говорилось о том, что законы России обладают верховенством над законами Союза при возникновении между ними коллизии. С Союзом покончили, и кончина его началась 12 июня 1990 г.

Советский Союз – это великое государство, утверждает Б. С. Эбзеев, какого не было в истории. В нем ранее других проявились закономерности глобализации.

В свое время Ленин в известной статье 1915 г. «О лозунге Соединенных Штатов Европы» писал, что Соединенные Штаты Европы в рассматриваемый период невозможны, поскольку имеются глубочайшие противоречия между европейскими государствами. Он фактически предсказал новую мировую войну. Это Вторая мировая война, а для нас, конечно, это Великая Отечественная война советского народа. Гитлер и все его союзники, а это почти вся Европа, хотели уничтожить Советский Союз, но это не удалось. Эта ситуация удивительно совпадает с тем, как считает докладчик, что происходит сегодня.

Но Советский Союз погубили глупость, жадность, подлость, предательство и неспособность политического руководства ответить на вызовы эпохи и на ожидания народа.

В декабре 1991 г. на трибуну Верховного Совета поднялся первый президент России Борис Николаевич Ельцин и произнес предельно краткую фразу о вынесении на ратификацию Беловежского соглашения. Предложение было встречено подавляющим числом депутатов восторженно. Лишь некоторые из них не поддались этому эмоциональному взрыву. Скорее всего, для многих еще не пришло осознание того, что кончина Советского Союза – трагедия вселенского масштаба.

В 1945 году закончилась Вторая мировая война. Была создана Организация Объединенных Наций. Одним из главных инициаторов ее создания был Советский Союз. Мир был поделен на две части: одна часть этого мира возглавлялась США, другая – Советским Союзом. Весь мир держался на страхе взаимного уничтожения. И вдруг в 1991 г. этот страх исчез.

В 90-е годы Россия была фактически разграблена. Советский Союз находился в пятерке наиболее развитых стран мира, а к 2000 г., к концу десятилетия правления президента Б. Н. Ельцина, страна по уровню промышленного производства на душу населения занимала 104 место, а по основным экономическим показателям – 92 место.

В этот самый период американцы якобы вносили в экономику России крупные инвестиции, так это тогда называлось. На самом же деле скупали наши заводы в различных отраслях, в том числе станкостроении, оборонной промышленности и др. Это делалось не для того, чтобы они работали. Нет! Они уничтожались. По существу, Россия утратила таким образом свой суверенитет.

В 1991 году рухнул не только советский, но и российский правопорядок. Уровень противоречий между исполнительной властью во главе с Президентом и Съездом народных депутатов значительно обострился. 3–4 октября 1993 г. в самом центре Москвы по вине властей имел место акт гражданской войны. Нужна была новая конституция – основа нового правопорядка.

Мы – народ, который не только легко поддается влиянию и обаянию красивых слов, но и не вдумывается в содержание понятий. Демократия, права человека – это замечательные слова! Огромные массы людей, не особенно представляющих себе, что это, требовали на многотысячных митингах демократии. И сегодня раздаются оценки, что это вот – демократично, а это – недемократично. На самом деле демократия – это лишь одна из форм организации публичной власти и ее взаимоотношений с человеком и объединениями людей. Смысл конституции заключается в том, чтобы уловить природу этих отношений и нормативно их закрепить.

Государство действительно является результатом доброй воли, разума, гения народа, и нет для него более высокой ценности. За единство и целостность государства отвечают не только президент, парламент, правительство, правосудие, но и каждый гражданин. Государственный дух народа – вот главная опора и скрепа единства и целостности государства. У нас добротная Конституция. Она соответствует современному этапу развития нашей страны и в полной мере отвечает вызовам эпохи.

С докладом «*О юридической природе советской федерации*» выступил **В. Н. Корнев** (зав. кафедрой конституционного права имени Н. В. Витрука РГУП, доктор юридических наук, профессор). Докладчик обратил внимание на одну из сторон юридической природы советской федерации, взяв за основу тексты Конституций СССР 1924, 1936, 1977 гг. и современную Конституцию Российской Федерации. В. Н. Корнев выделил один аспект – федерацию с точки зрения тех, кто принимал эти конституции.

Федерация по теории конституционного права – это форма государственного устройства или, как считают некоторые ученые, форма организации государственного единства. Это конституционное понятие имеет свои признаки. Один из важнейших признаков состоит в том, что в состав федерации входят территориальные единицы. Они могут называться по-разному: земли, штаты, провинции и др. В России субъекты Федерации – это, республики, края, области и т. д. Одним из признаков федеративного устройства единого государства является то, что субъекты, входящие в состав федерации, не имеют государственного суверенитета.

В то же время в Конституции СССР 1924 г. в качестве основополагающих принципов закреплены сохранение ограниченного суверенитета союзных республик и право выхода из Советского Союза, поскольку они до-

бровольно входили в его состав. Статья 17 Конституции СССР 1936 г. за каждой союзной республикой сохраняла право выхода из СССР, т. е. наделяла правом сепарации в силу их добровольного вхождения в его состав. В Конституции 1977 г. ст. 72 также сохраняла право свободного выхода из СССР, ибо ст. 76 гласит: «Союзная республика – суверенное советское социалистическое государство». Это уже фактически принцип образования конфедеративного государства.

По Конституции Российской Федерации республика и есть государство. Встает вопрос: у нас сейчас федерация или конфедерация?

Докладчик показал, что наши предшественники – юристы конца XIX – начала XX в. – всегда считали, что ни в коем случае нельзя строить федерацию в России по национальному признаку. Ф. Ф. Кокошкин, например, признавал автономию только по местным вопросам.

В. И. Ленин до революции считал, что Россия должна быть унитарным государством, а потом он изменил свою позицию и выступил за федеративное устройство именно по национальному признаку. И. В. Сталин выступал за автономизацию, был против построения федеративного государства по национальному признаку и наделяния субъектов федерации суверенитетом.

При формально-догматическом анализе мы можем сделать вывод, какова юридическая природа государства, которое мы называем Советский Союз. Первый принцип, лежащий в его основе, – это свободное вхождение в его состав, второй – свободный выход из состава федерации, третий – союзная республика – это суверенное государство. Таким образом, форма организации государственного единства СССР – это некое гибридное образование, которое сочетало в себе признаки федерации и признаки конфедерации.

С докладом «Образование СССР и причины его распада: современные уроки» выступил **А. Н. Аринин** (доктор политических наук, академик РАН, депутат Государственной Думы I и II созывов, директор Института федерализма и гражданского общества, главный редактор информационно-аналитического журнала «Политическое образование»). Докладчик, в первую очередь, раскрыл предпосылки образования СССР, которые требовали объединения сил республик для выживания во враждебной среде. Эти предпосылки заключались, прежде всего, в установлении: марксистской идеологии – диктатуры пролетариата; нового экономического строя – утверждения общественной собственности на средства производства; сохранении общей культурной среды, состоявшей в многовековом совместном проживании в одном государстве. Предпосылками создания Союза ССР являлись также необходимость восстановления разрушенной Гражданской войной экономики и ее дальнейшего развития; проведения результативной внешнеполитической деятельности; создания надежной обороны, способной противостоять внешней агрессии.

А. Н. Аринин осветил ход дискуссии о федеративном договоре при образовании СССР в 1922 г., состоявшей в обсуждении плана автономизации, предложенного Сталиным, и альтернативного варианта Ленина, предусматривавшего не «вхождение», а «объединение» республик в Союз Советских Социалистических Республик наравне с РСФСР.

Значительное внимание уделено докладчиком причинам распада СССР. Важнейшая из них – попытка реализации утопических догм коммунистической доктрины, обусловившая ликвидацию у населения мотивации к росту производительности труда. Решающую роль в распаде Советского Союза сыграли некомпетентность партийно-хозяйственной элиты, ее моральная деградация – жадность и предательство. С самого начала своего существования советская социалистическая модель развития, созданная и поддерживаемая коммунистической партией, являвшаяся фундаментом и несущей конструкцией СССР, была обречена. В результате коммунистическая партия, рухнув в конце 1980-х – начале 1990-х гг., обрекла на распад и Советский Союз.

Извлекая уроки из распада СССР, А. Н. Аринин раскрыл сущность современных событий на Украине, связанных с борьбой между коллективным Западом и Россией. Тактическая задача Запада, ведомого США, состоит в том, чтобы сдержать Россию с помощью войны на Украине, а в перспективе – уничтожить нашу страну как суверенное государство, завладеть ее ресурсами и полностью диктовать свои условия всему миру. Стратегическая цель Запада – сохранить свою гегемонию в мире.

Тактические задачи Российской Федерации в этой ситуации – ликвидировать нацизм на Украине и провести ее демилитаризацию, что позволит восстановить на наших исторических землях Русский мир – Россию. Извлекая уроки из образования СССР и его распада, Россия на этих территориях, очевидно, будет воссоздаваться путем добровольного вхождения в нее областей распавшейся Украины. Стратегическая цель Российской Федерации в схватке с Западом – переустройство мирового порядка, уничтожение диктата финансовой олигархии во главе с США, прекращение ограбления колоний. На кону стоит судьба человечества. Россия не дает уничтожить себя Западу и одновременно спасает мир.

Сегодня все это требует, по мнению А. Н. Аринина, от российской правящей элиты и гражданского общества модернизации страны: строительства эффективного государства, призванного обеспечить соблюдение закона всеми без исключения; проведения индустриализации XXI в.; совершенствования сельскохозяйственного производства; создания качественно новой системы образования; подъема науки; развития современного здравоохранения и т. д.

С докладом «*Советский проект государственного единства: положительные и отрицательные стороны*» выступил **В. И. Власов** (профессор кафедры международного права Ростовского филиала РГУП, доктор философских наук, профессор). Докладчик отметил, что конференция является прямым продолжением мероприятия, которое уже было проведено по проблематике Российской империи<sup>1</sup>, поскольку, с его точки зрения, Советский Союз – это тоже империя, как и современная Российская Федерация. В со-

<sup>1</sup> Всероссийский круглый стол «Эволюция законодательства в истории России в периоды радикальных преобразований (реформ, модернизации) государства. К 300-летию провозглашения Российской империи», 29 ноября 2021 г. См.: Колунтаев С. А., Сафонов В. Е. Эволюция законодательства России в период ради-



временном мире мы видим сегодня три больших имперских образования: Соединенные Штаты, Китай и, конечно же, Россия. Здесь дело не в форме правления, а в тех характеристиках, которые присущи империи: многонациональный состав, мощные элиты, развитая экономика и наднациональный проект.

Если говорить об образовании Советского Союза, которое произошло в 1922 г., то эта дата – год окончания Великой российской революции. Заканчивается Гражданская война, почти вся территория Российской империи оказалась под контролем большевиков. Окончательно оформляется тип государства – диктаторское государство. Но это не диктатура пролетариата, которая сама по себе – вымысел, утопия. Сформировался партократический режим, создается партийное государство.

Когда мы обсуждаем образование Советского Союза, его распад, то одних юридических инструментов мало. Необходимы методы, средства и приемы исторической и политической наук. Политбюро, созданное Лениным, осуществляло основное руководство Советским Союзом. Когда мы анализируем образование Союза в 1922 г., следует обратить внимание на создание своего рода «матрешки»: федеративное государство РСФСР вошло в состав другой федерации – Советского Союза.

В 20-х годах началось формирование мировой системы социализма. Были созданы Монгольская Народная Республика и Тувинская Народная Республика.

Какие оценки даются Советскому Союзу? Да, это уникальное государственное образование. Большевикам удалось переформатировать Российскую империю. В целом сохранили Великую Россию. А что такое Великая Россия? Это не только РСФСР. Это Украина и Белоруссия, Кавказ и Закавказье, Средняя Азия и Казахстан и др.

Что сделали большевики с Великой Россией? Когда мы рассматриваем Австро-Венгрию, мы указываем на ее лоскутный характер в национальном отношении. Большевики фактически осуществили «лоскутизацию» Российской империи, сформировав союзные республики.

Строительство федерации по национальному принципу способствовало выращиванию национальных элит, которые рано или поздно заявляют о своих правах на власть, что и произошло в Советском Союзе. В Российской Федерации субъекты, образованные по национально-территориальному принципу, в меньшинстве. Основную массу составляют субъекты, построенные по административно-территориальному принципу. Именно административно-территориальный принцип способствует сплочению федерации.

В. И. Власов подчеркнул имперский характер Советского Союза. Наднациональный проект построения коммунизма, конечно, утопия. Но он сплотил державу и вызвал невиданный взлет культуры. Была проведена индустриализация, укрепившая страну, что позволило одержать победу над

гитлеровской Германией и ее союзниками. После войны Сталин выступил главным архитектором построения мировой системы социализма. Именно ее наличие обеспечило двухполярный мир.

Отрицательным моментом в функционировании Советского Союза была «зачистка» духовной элиты. У нас не оказалось того духовного потенциала, который был в состоянии совершить поворот, оказавшийся по силам Китаю в 80-е гг. Создав СЭВ, СССР получил в Европе экспериментальные площадки в лице Венгрии и Чехословакии, в какой-то степени – Югославии. В принципе концепция рыночного социализма была тогда достаточно развита. Но возможности не были использованы, и в 80-е гг. СССР оказался в экономическом тупике.

К распаду Советского Союза привели его «лоскутизация» по национальному признаку и изъяны, которые наблюдались у тоталитарного партийного государства.

Доклад «Факторы образования СССР» представил **М. И. Ивашко** (зав. кафедрой общеобразовательных дисциплин РГУП, доктор исторических наук, профессор). Выступающий отметил, что обсуждаемая тема многогранна, в порядке изучения – межпредметна и, несмотря на вековую давность, актуальна. Она помогает понять природу ряда сегодняшних явлений, с которыми столкнулись российское государство и общество в последние годы.

История образования Советского Союза – это не только процесс складывания нового многонационального государственного образования, это одновременно и история появления государственности в форме советских республик на территории бывших национальных окраин. М. И. Ивашко остановился на трех важных факторах, которые оказали определяющее влияние на характер национально-государственного строительства на территории бывшей Российской империи в период с 1917 по 1922 г.

Среди них он выделил деятельность партии большевиков, ее программу по решению национального вопроса в стране, конкретные шаги по ее реализации. Было отмечено, что впервые были провозглашены принципы построения отношений с национальными окраинами, форма существования «союза народов» в рамках нового государства. Несмотря на декларативность ряда положений, отдельные национальные окраины провозгласили государственную независимость. Среди них Финляндия, Украина, республики Закавказья, Прибалтики и т. д. Большевицкая политика дала импульс для возрождения государственности для одних и строительства ее – для других.

Второй фактор, который оказал влияние на изменение национальной политики, ее трансформацию, движение к образованию союза государств, – это Гражданская война и интервенция. Угроза потери большевицкой партией своего влияния на ряд национальных окраин в условиях внешней экспансии, которая проявлялась в действиях стран Антанты и Центральных держав в Прибалтике, Украине, Закавказье, заставила ее менять тактику. Большевики Советской России помогали установлению независимых советских республик в Эстонии, Латвии, Литве, Белоруссии, Украины и т. д. Большевицизация и установление Советской власти при активной поддержке РСФСР стали еще одним шагом на пути к образованию государственности

для ряда национальных окраин бывшей Российской империи. В 1919 году, по мнению выступающего, под воздействием внешнего фактора начинался процесс сближения республик с РСФСР. Одновременно и Россия предприняла усилия военного, экономического характера, направленные на сближение с республиками.

Существенное влияние на этот процесс оказывал третий фактор: общая история, длительное существование в едином географическом, экономическом, культурном пространстве. Дальнейшее сближение новых государственных образований привело к подписанию двусторонних договоров, которые явились прологом подписания 29 декабря 1922 г. РСФСР, УССР, БССР и Закавказской СФСР Договора об образовании СССР. В центре данного объединительного процесса в силу ряда обстоятельств стояла Россия.

С докладом «Разработка и принятие Конституции СССР 1924 г.» выступила **Ю. А. Микуленок** (доцент кафедры общетеоретических правовых дисциплин Северо-Кавказского филиала РГУП (г. Краснодар), кандидат исторических наук). Она начала с упоминания о том, что 30 декабря 1922 г. в Москве открылся I Съезд Советов Союза СССР, в котором участвовали делегаты от РСФСР, Украины, Белоруссии и Закавказья. На Съезде были приняты Декларация и Договор об образовании СССР. Так на политической карте мира появилось новое сильное государство – Советский Союз. 10 января 1923 г. была образована подготовительная комиссия в составе шести подкомиссий, перед которой была поставлена задача разработать проект Договора или Основного Закона Союза. Пока в протоколах комиссии слово «конституция» не применялось. Планомерная работа по подготовке конституции началась после XII съезда РКП(б).

При создании Советского Союза возникли разногласия о том, каким образом следует оформить новое государственное образование: союзным договором или конституцией. Представители Украины Н. А. Скрыпник, Х. Г. Раковский выступали за оформление объединения республик на основе договора. Члены комиссии, которые представляли центр, наоборот, настаивали на том, что необходима конституция, которая, по их мнению, подчеркивала бы прочность новообразованного государства. Компромиссом в решении данного вопроса стало предложение наркома юстиции РСФСР Д. И. Курского о внесении в преамбулу итогового документа формулировки: «Декларация об образовании Союза Советских Социалистических Республик и Договор об образовании Союза Советских Социалистических Республик составляют основной закон (Конституцию) Союза Советских Социалистических Республик».

Дискуссии шли и о форме государственного устройства – федерация или конфедерация? Представители Украины считали, что Союз должен представлять собой конфедерацию, и проект договора, который они представили, ярко говорил о данной позиции. В. А. Богуцкий и Г. К. Орджоникидзе, выступая на комиссии, говорили о единстве, о прочной связи республик, о необходимости крепить дружбу между народами и вести борьбу с национализмом, поэтому наилучшей формой государственного устройства они считали федерацию. При работе над проектом конституции выявились противоречия по вопросам о полномочиях союзных и республиканских ведомств, о компетенции центральных наркоматов, о гражданстве и др.

Докладчик остановилась на работе Расширенной комиссии, созданной Президиумом ЦИК 27 апреля 1923 г. На комиссии обсудили вопросы об органах государственной власти, структуре ЦИК, компетенции Президиума ЦИК, о количестве комиссариатов, о бюджете республик и т. п.

В конце июня – начале июля 1923 г. проект конституции СССР был рассмотрен на специальных сессиях всех союзных республик. 6 июля 1923 г. проект был принят на сессии ЦИК. 31 января 1924 г. Конституция была утверждена на Втором Съезде Советов СССР.

**В. А. Сомов** (профессор кафедры теории и истории права, государства и судебной власти Приволжского филиала РГУП, доктор исторических наук, доцент) выступил с докладом *«Советское государство в проекциях Запада: сотрудничество или использование? К вопросу о тенденциозности международных отношений»*.

Докладчик проследил основные тенденции взаимоотношений России с западным обществом на протяжении почти пяти веков. С XVI века Россия активно интересовала Запад в качестве экономического партнера. Английский посол Ченслер побывал в России во время правления Ивана Грозного, в том числе с целью налаживания торговых контактов. XVII век характеризовался настоящим прорывом европейцев в русское пространство. Политика Петра I стала своеобразным и вполне логичным, несмотря на критику противников, следствием того внимания, которое уделяли европейцы России в XVIII в. В XIX веке Россия – один из главных и равноправных участников «европейского концерта».

Все эти непростые отношения, так или иначе, заставляют задуматься: а насколько адекватным является сотрудничество и есть ли у него конструктивная взаимовыгодная перспектива? Ведь, вероятно, не без основания император Александр III назвал среди настоящих друзей России ее армию и флот, имея в виду, что среди европейских стран друзей у России нет и быть не может. Докладчик утверждает, что экономическое сотрудничество было главным образом выгодно Европе и в значительно меньшей степени – России, какими бы красивыми фразами этот факт ни прикрывался. К началу XX в. экономическое сотрудничество с Россией стало для Европы жизненно важным фактором.

В этом контексте своеобразным «проверочным словом» для определения сущности взаимоотношений России и Запада в XX в. стал «Октябрь семнадцатого». Он внес во взаимоотношения двух экономик принципиальное и крайне убыточное для Запада новшество – отсутствие возможности спекуляции на нужде. Стремление к самостоятельности, к автаркии стало гимном советской экономики в XX в. Экономическая независимость СССР не только сводила к минимуму возможности для разнообразных манипуляций в области суверенитета, но и открывала для советского государства значительные международные перспективы. Степень заинтересованности в экономическом сотрудничестве СССР и Запада в период 1917–1953 гг. можно признать несимметричной. США и Европа были вынуждены искать контакты с не принятым ими коммунистическим правительством, но рынок диктовал свои условия.

После смерти И. В. Сталина Н. С. Хрущев пытался всячески доказать состоятельность социалистического способа производства и свою собственную. При этом все достижения хрущевского периода – инерционный ресурс сталинской экономики. Однако у советской экономики имелся огромный внутренний потенциал для динамичного эффективного развития: природные, трудовые, интеллектуальные, административные и правовые ресурсы с избытком могли служить достижению этой цели.

Но уже в 1960-е гг. советский человек начал испытывать резкую нужду в товарах западного производства. Именно партийная «элита», «законодательница» мод в условиях «оттепели», стала все меньше внимания уделять инновациям в собственной экономике и все больше – западным товарам. Наметилась тенденция ментальной зависимости от Запада. В сознание масс проникла идея о превосходстве западной экономики.

В результате мы сегодня стоим перед насущной необходимостью адекватного обобщения исторического опыта взаимодействия России и Запада в области экономики, который наглядно демонстрирует: Запад видел и видит в России не партнера, а ресурс, необходимый для собственного благополучного развития.

Доклад «Справедливость стратегии развития России» представил **С. С. Антюшин** (профессор кафедры философии и социально-гуманитарных дисциплин РГУП, доктор философских наук, доцент). Он подчеркнул важность достоверного, не искаженного идеологическими, гносеологическими, эпистемологическими наслоениями и неточностью знания об СССР для современной России и последующих ее поколений.

Любой стране по многим причинам необходимо «знать себя» во всех «деталях» на сотни, а лучше – тысячи лет в прошлое. Дело не только в памяти – человека, общества, нации, в стремлении не допустить забвения прошлого, каким бы оно ни было, хотя и это жизненно важная необходимость. Ведь верная самооценка сама по себе справедлива и является важнейшей частью более широкой – глобальной исторической и геополитической, универсальной ментальной и интеллектуальной, рациональной практической, созидательной – справедливости.

Правильное осмысление советского прошлого представляет собой уникальный опыт, позволяющий увидеть находки, достижения, ошибки и промахи, допущенные в период развертывания чрезвычайно значимого периода воспроизводства России – атрибутивного участника и игрока мировой цивилизации на протяжении нескольких последних веков ее существования. Это опыт эволюционно-исторического становления российской социальной системы, полученный, с одной стороны, в период ее наибольшего могущества и наиболее ярких достижений, самых высоких темпов развития России. С другой стороны, это опыт максимально жестких испытаний, угрожающих самому существованию России, огромных жертв, принесенных во имя спасения и процветания страны.

Пристальное, на основе научного подхода, внимание к советскому периоду российской истории означает осмысление важного этапа процесса формирования русской идентичности, создания материально-экономической базы социума, потенциал которой играет позитивную роль даже в на-



чале XXI в. Особое значение этот многомерный опыт и параметры анализа собственного прошлого приобретают в период, когда в очередной раз обострилась ситуация вокруг России.

С начала 2022 г. вышли на поверхность наиболее яркие вызовы российскому социуму. Осмысление опыта СССР призвано помочь России справиться с сегодняшними вызовами и выстоять в бескомпромиссном геополитическом противостоянии, что справедливо как для народа России, так и для всей земной цивилизации.

С докладом «*Советская федерация и историко-правовые параллели отечественной государственности*» выступил **Э. С. Юсубов** (профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Западно-Сибирского филиала РГУП (г. Томск), кандидат юридических наук, доцент). Докладчик остановился на идеологической основе советской политической государственной системы. В ее основе лежала ярко выраженная марксистско-ленинская идеология. Сама по себе она состояла из двух составных частей – официальной марксистской идеологии и критического марксизма, которыми занимались представители гуманитарных наук.

Официальная марксистско-ленинская идеология провозглашала общеизвестные штампы, связанные с неизбежностью победы коммунизма и движением нашего народа в этом направлении. Но больший интерес представлял творческий научный марксизм, который не всегда имел возможность легально высказать свои идейные позиции. Но легальный марксизм создал благоприятные условия для дальнейшего развития гуманитарной мысли в нашей стране. Это выразилось в том, что критический марксизм разработал методологию, в ее фундаменте лежал принцип творческого отношения к марксизму, критики на творческой научной основе. На базе диалектического материализма открыты законы и закономерности, составившие суть марксистского мировоззрения.

Марксизм обосновал человека как высшую ценность в своей теории о стремлении к царству свободы и свободному гармоничному развитию людей. Следующий тезис – проблема, связанная с отчуждением человека от результатов своего труда. Официальный марксизм утверждал, что при социализме человек не отчужден от результата своей трудовой деятельности. Критический научный марксизм весьма аргументированно доказывал, что элементы отчуждения при советской системе все-таки присутствуют и необходимо это преодолевать, вести политику, направленную на разотчуждение.

В Советском Союзе были отношения коллективного социального творчества. Оно стало самым главным мотивом, формой, через которую были реализованы громадные глобальные проекты советской экономики. В основе идеологии лежало также коллективное социальное творчество масс. Но это не значит, что отрицалось или не допускалось личное творчество. Гармоничное развитие каждой личности было идеологией и социальной практикой.

Сочетание вот этого коллективного социального и индивидуального творчества как раз и должно было в конечном итоге реализовать марксистскую идею относительно свободного творческого человека, не отчужденного от результатов своего труда. Почему так не получилось? Это проблема



слишком глубокая для небольшого выступления. Поставив этот вопрос, докладчик пока воздержался от ответа на него, оставив его для разъяснения будущим поколениям.

Доклад «Образование СССР: поиск новых форм государственного единства и их реализация» представил **В. Е. Сафонов**. История СССР является собой, прежде всего, историю становления российской государственности, поскольку речь идет не о каких-либо революционных событиях, хотя это тоже очень важно, а о многосторонней и, в конечном счете, целостной историко-правовой динамике, определявшей путь России с 1917 г. и до сегодняшнего дня. Почему проблемы, поднятые на конференции, нам столь интересны? Ответ уже прозвучал в выступлениях: образование СССР и его существование – это часть мировой истории и явление советской и российской государственности.

Основным тезисом доклада В. Е. Сафонова стало становление и проблемы советского федерализма. К периоду образования СССР российские и зарубежные государствоведы выделяли два типа государств: союзное государство (федерация) и союз государств (конфедерация). Известный теоретик права Г. Еллинек отмечал, что субъекты федерации, наделенные суверенитетом, ведут к развалу федерации. Замечательный исторический пример по вопросу сецессии представляют США. Конституционную доктрину государственной целостности федерации выработал Верховный Суд США. В 1869 году в деле «Texas v. White» было принято решение, которое подвело конституционные итоги Гражданской войны 1861–1865 гг. в США. Опираясь на ранее принятые решения, имевшие характер прецедентов по основополагающим конституционным проблемам, Верховный Суд вынес вердикт о неконституционности сецессии. Таким образом, в лице Верховного Суда США федерация получила мощный заслон по защите основ конституционного строя страны, его территориальной целостности.

В основе ленинского плана образования СССР лежала не норма конституционного права, а в большей степени политология и материалистическая философия. В. И. Ленин хотел создать СССР как надгосударственное явление, объединяющее всех желающих пролетариев под свою «крышу», в одну юрисдикцию. Нациям будет казаться, что они могут как свободно войти в состав данного государства, так и свободно выйти из него при возникновении определенных проблем. Докладчик назвал политические документы, лежавшие в основе ленинских идей по созданию советской федерации: это Декларация прав народов России от 2 (15) ноября 1917 г.; Декларация прав трудящегося и эксплуатируемого народа от 12 (25) января 1918 г.; обращение СНК «К трудящимся мусульманам России и Востока» от 20 ноября (3 декабря) 1917 г. Указанные идеи и документы и были положены в основу становления советской федерации и советского федерализма.

Подводя итоги конференции, выступил заместитель председателя организационного комитета **С. А. Колунтаев**. Он упомянул, что Советский Союз просуществовал с 30 декабря 1922 г. по 26 декабря 1991 г. Как и все, что создавалось в нашей стране в послереволюционное время, возникновение подобного государства было уникальным явлением не только в отечественной, но и в мировой истории. Избранная форма объединения госу-

дарств, возникших на территории бывшей Российской империи, оказалась достаточно устойчивой и даже представлялась незыблемой. Союз ССР прошел через тяжелейшие испытания: преодолел послевоенную разруху, вышел на передовые рубежи в развитии народного хозяйства, науки и техники, выстоял в Великой Отечественной войне в борьбе с коварнейшим врагом, создал общество, в котором комфортно себя чувствовали люди труда и открывались широкие перспективы для решения социальных, национальных и других проблем. Однако он оказался бессильным в противостоянии с проблемами, возникшими перед ним не в условиях войны, не в условиях разрухи и социальных катаклизмов, а в мирное время, когда была предпринята попытка воспринять и внедрить у себя чуждые для нашего общества принципы организации жизни в надежде на то, что они окажутся более эффективными и позволят не только выйти на более высокий уровень развития, но и наладить отношения с нашими извечными соперниками в мире. Опыт оказался действительно поучительным. Еще раз пережив разрушение призрачных надежд, что в истории нашего Отечества бывало неоднократно, мы вынуждены, опираясь на собственные силы и рационально оценивая своих международных партнеров, и заново выстраивать свою экономику, и определять принципы функционирования государства, и вспоминать то, от чего совсем недавно отказывались и представляли только в негативном свете.

В работе конференции приняли активное участие все присутствующие. Поднято большое количество самых злободневных вопросов, связанных с теорией и практикой реализации принципа государственного единства в истории России, Советского Союза и в современных условиях развития Российской Федерации.

В развернутом виде доклады участников конференции будут опубликованы в специальном сборнике, посвященном 100-летию образования СССР.

### **Заявленный вклад авторов / Contribution of the authors**

Авторы сделали эквивалентный вклад в подготовку публикации.

The authors contributed equally to this article.

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

The authors declare no conflict of interest.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 19.07.2022; дата принятия статьи к опубликованию: 10.10.2022.

Submitted: 19.07.2022; revised: 10.10.2022.