

Корректировка правоприменительной практики актами высших судов

Тарибо Евгений Васильевич,

начальник Управления конституционных основ публичного права
Конституционного Суда Российской Федерации,
кандидат юридических наук
taribo@ksrf.ru

В статье рассматривается вопрос о формах решений высших судов, используемых для корректировки судебной практики. Особое внимание уделяется такому новому явлению, как обзоры решений Конституционного Суда РФ. Сопоставляя данное явление с уже известными формами обобщения судебной практики — обзорами законодательства и судебной практики, утверждаемыми Президиумом Верховного Суда РФ, а также информационными письмами Высшего Арбитражного Суда РФ, автор приходит к выводу, что форма обзора решений (практики) позволяет высшим судам на основе систематизации судебных решений и позиций указать на доминирующие тенденции в толковании и применении законодательства в целях обеспечения правовой определенности. Автор отмечает, что ориентиры, содержащиеся в обзорах решений Конституционного Суда РФ, были замечены судами, которые стали ссылаться на соответствующие обзоры как на официальный источник правовых позиций Конституционного Суда РФ, подтверждая значимость опубликованных в обзорах определений Конституционного Суда РФ. Вместе с тем констатируется, что практика использования судами обзоров решений Конституционного Суда РФ находится пока в стадии формирования. Однако именно эта практика в конечном счете должна показать и доказать эффективность данного правового явления, в том числе выявить направления дальнейшего совершенствования и возможного уточнения деятельности Конституционного Суда РФ по обобщению принимаемых им решений.

Ключевые слова: Верховный Суд РФ, Конституционный Суд РФ, обзор решений Конституционного Суда РФ, разъяснения судов, обзоры судебной практики, правовая определенность.

На современном этапе развития российской правовой системы анализ и применение законодательства немислимы без учета судебной практики, особенно практики высших судов, которая рассматривается сегодня в качестве самостоятельного регулятора общественных отношений. За решениями Конституционного Суда РФ обоснованно признается фактически прецедентный характер, поскольку они распространяются не только на конкретный случай, но и на все аналогичные случаи и имеют официальный характер, делающий их реализацию обязательной на всей территории страны¹. Регулятивный характер признается за решениями Верховного Суда РФ (особенно за постановлениями его Пленума), поскольку они подлежат неоднократному применению и принудительному осуществлению, а также преодолевают пробелы в правовом регули-

ровании². К результатам деятельности существовавшего ранее Высшего Арбитражного Суда РФ отношение было тем же: в законодательстве, регулирующем его деятельность, были установлены механизмы по отбору наиболее значимых дел, что приводило к формированию фактически прецедентной практики³. В этой связи понятно, почему общие проблемы судебного толкования и нормотворчества⁴, отдельные аспекты судебной

¹ Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3–4.

² См.: Жуйков В.М. Проблемы гражданского процессуального права. М., 2001. С. 71–72.

³ Выступление Председателя Высшего Арбитражного Суда А.А. Иванова на Третьих Сенатских чтениях. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Reading/Pages/PerformanceIvanov.aspx> (дата обращения: 14.04.2020).

⁴ См.: Кошелева В.В. Акты судебного толкования правовых норм: Вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999 ; Малютин Н.С. Судебное толкование нормативных правовых актов в Российской Федерации: конституционно-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016 ; Придворова М.Н. Судебная практика в правовой системе Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2003 ; Раслин В.Л. Правообразующая роль органов судебной власти в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

практики⁵, в том числе касающиеся ее обобщения⁶, привлекают внимание исследователей.

Если рассматривать практику конституционного правосудия, история которого берет начало в 1990-е годы, то уже в начале 2000-х годов специалисты отмечали, что правоприменительным органам, в частности судьям общих судов, становится все сложнее ориентироваться в массиве постановлений и определений Конституционного Суда РФ, выделять из них правовые позиции и уяснять их смысл⁷. Обобщение правовых позиций Конституционного Суда РФ и в настоящее время относится к числу задач, без решения которых трудно повысить эффективность влияния конституционного правосудия на правоприменительную практику. Пути решения этой задачи необходимо рассматривать с учетом богатого опыта других российских высших судов, положение которых, если брать количественный аспект судебной практики, гораздо сложнее. Ценность этого опыта в том, что проблема воздействия на судебную практику для целей ее корректирования в рамках гражданского, уголовного и административного судопроизводства в системах судов общей и арбитражной юрисдикции решается через устоявшиеся и проверенные временем правовые механизмы, действующие на основе норм Конституции РФ и законодательства, принятого в порядке ее реализации. Рассмотрим подробнее, каким образом действуют данные механизмы.

Верховный Суд РФ осуществляет корректирующее воздействие на правовую систему в значительной степени посредством разъяснения вопросов, которые возникают в судебной практике. Это одно из важнейших конституционных полномочий Верховного Суда РФ (ст. 126 Конституции РФ), которое реализуется им в целях обеспечения единообразного при-

менения законодательства (ч. 4 ст. 19 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»).

Как следует из Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации», данное полномочие реализуется Пленумом Верховного Суда РФ, который по итогам рассмотрения материалов анализа и обобщения судебной практики принимает соответствующие постановления (п. 1 ч. 3 ст. 5). Подавляющее большинство таких постановлений, о которых уже упоминалось в самом начале данной статьи, действительно обобщают судебную практику, но некоторые разъяснения Пленума носят превентивный характер, т.е. принимаются до того, как в судебной практике возникают какие-либо вопросы и затруднения⁸. Принятие таких упреждающих разъяснений вполне оправданно и не выходит за рамки конституционных полномочий Верховного Суда РФ. Ведь вопросы у нижестоящих судов могут появиться до вступления в силу нового законодательства, положения которого необходимо заблаговременно проецировать на текущую практику. В том числе нужно правильно просчитать действие нового закона во времени и по кругу лиц.

Президиум Верховного Суда РФ также рассматривает отдельные вопросы судебной практики (п. 7 ч. 1 ст. 7 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации») и в порядке, предусмотренном Регламентом Верховного Суда РФ, утверждает обзоры, которые доводятся до сведения судей и работников аппарата Верховного Суда РФ, направляются в суды всех уровней, а также публикуются (пункт 3.2 Регламента). Верховным Судом РФ обзревается обширнейшая судебная практика судов общей юрисдикции,

⁵ См.: Войтович Е.П. Судебная практика в механизме гражданско-правового регулирования : дис. ... канд. юрид. наук. Новосибирск, 2006 ; Нотин С.А. Судебная практика в системе источников налогового права: на примере ЕС и РФ : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003 ; Рогожин Н.А. Роль судебной практики в совершенствовании правового регулирования предпринимательской деятельности : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003 ; Удолова М.А. Механизм воздействия судебной практики на законодательство : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018.

⁶ См.: Нестерова Н.В. Правообразующие решения в судебной практике: теоретический аспект : дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2012 ; Терехов А.В. Юридическая и логическая природа разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

⁷ Анишина В. Правовые позиции Конституционного Суда России // Российская юстиция. 2000. № 7.

⁸ К таковым можно отнести постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13 ноября 2015 г. № 45 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие процедур, применяемых в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан»; от 25 июня 2019 г. № 19 «О применении норм главы 471 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции»; от 9 июля 2019 г. № 26 «О некоторых вопросах применения Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации в связи с введением в действие Федерального закона от 28 ноября 2018 года № 451-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

а также арбитражных судов (всего в России функционирует 2501 суд⁹). Подавляющее большинство судебных решений официально не публикуются, исключение составляют решения, вынесенные в порядке нормоконтроля, а также некоторые решения, принимаемые по делам об оспаривании решений, действий (бездействия) органов, организаций, лиц, наделенных государственными или иными публичными полномочиями (п. 2 ч. 4 ст. 215, ч. 10 ст. 227 КАС РФ). Следовательно, публикация обзоров — это способ официального обнародования судебной практики, наиболее значимой ее части.

Как отмечается в литературе, принятие обзоров судебной практики в настоящее время является одним из способов преодоления правовой неопределенности, поскольку в них попадают практикообразующие, с точки зрения Президиума Верховного Суда РФ, судебные акты¹⁰. Обзоры стали рассматриваться как официальная систематизация прецедентов толкования закона, созданных нижестоящими судебными инстанциями, и одновременно как абстрактное толкование правовых норм, данное непосредственно самим Президиумом¹¹. Обзоры подразделяются на тематические и ежеквартальные. В тематических обзорах Верховный Суд РФ излагает свои правовые позиции по конкретным вопросам, основываясь как на собственных подходах, так и на подходах нижестоящих судов. В ежеквартальных обзорах наряду с правовыми позициями содержатся разъяснения, формулируемые по принципу «вопрос — ответ»¹². Иными словами, ежеквартальные обзоры суммируют обширную судебную практику за определенный период (за квартал), в них выделяются наиболее значимые решения. Несмотря на практикообразующее значение обзоров судебной практики, Конституционный Суд РФ указал на то, что преувеличивать их значение нельзя. В частности, это касается решений, принимаемых судебными коллегиями Верховного Суда РФ, которые остаются судебными актами, выне-

сенными по конкретным делам. При решении вопроса об их включении в обзор рассмотрение самого дела в процедуре, предусмотренной процессуальным законом, не происходит¹³. Как отмечается в литературе, несмотря на то что многими юристами это замечание Конституционного Суда РФ было воспринято как заметное понижение в статусе обзоров Верховного Суда РФ, нет оснований для отрицания их практико-ориентирующего значения. Прежде всего Конституционный Суд РФ сделал акцент на недостаточности появления обзора для пересмотра дела по новым обстоятельствам¹⁴.

Помимо постановлений Пленума Верховного Суда РФ и обзоров судебной практики, утверждаемых его Президиумом, используется еще такая форма разъяснений, как письма (их издание коррелирует с полномочием Президиума рассматривать отдельные вопросы судебной практики)¹⁵. Кроме того, есть еще такая форма разъяснений Президиума Верховного Суда РФ, как ответы на вопросы¹⁶.

Однако разъяснение вопросов судебной практики осуществляется не только Пленумом и Президиумом Верховного Суда РФ. Федеральный конституционный закон «О Верховном Суде Российской Федерации», описывая компетенцию судебных коллегий Верховного Суда РФ, прямо указывает на то, что они обобщают судебную практику (ст. 10). Так, например, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ утвердила Обобщение судебной практики по вопросу индексации ежемесячной денежной компенсации на приобретение продовольственных товаров

¹³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17 октября 2017 г. № 24-П // СЗ РФ. 2017. № 44. Ст. 6569.

¹⁴ Зарипов В.М. Должны ли суды принимать во внимание обзоры практики Верховного Суда РФ. URL: https://zakon.ru/discussion/2018/8/23/k_voprosu_o_ponyatii_edinoobraziya_sudebnoj_praktiki (дата обращения: 14.04.2020).

¹⁵ Письма Верховного Суда РФ от 20 июля 2009 г. № 8/общ-1936 «По вопросу о правомерности применения договорной подсудности при рассмотрении споров о взыскании ссудной задолженности с физических лиц»; от 22 января 2013 г. № 7-ВС-224/13 «О решениях судов Российской Федерации об усыновлении гражданами Соединенных Штатов Америки детей, являющихся гражданами Российской Федерации»; от 30 января 2013 г. № 7-ВС-368/13 «О применении норм Федерального закона от 30 декабря 2004 года № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См., например: «Ответы на вопросы, поступившие из судов, по применению положений статьи 1594 в связи с Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 11 декабря 2014 года № 32-П и статьи 2641 Уголовного кодекса Российской Федерации» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 31 июля 2015 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ По данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ.

¹⁰ Савельева Т.А. Судебная практика Верховного Суда РФ как основание пересмотра судебных актов по новым обстоятельствам в арбитражном процессе // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2018. № 5 (124). С. 223.

¹¹ Корнев А.В. Разъяснение высших судов по вопросам судебной практики как форма судебного правотворчества в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 11.

¹² Подробнее см.: Кучин М.В. Формы судебного нормотворчества. 2018. № 3. С. 19.

и ежегодной компенсации за вред здоровью гражданам, пострадавшим вследствие черномыльской катастрофы¹⁷.

Несмотря на широкий спектр актов Верховного Суда РФ, корректирующих судебную практику, приоритет, безусловно, остается за постановлениями Пленума и Президиума, поскольку они, при определенных условиях, выступают основанием для пересмотра судебных постановлений, вступивших в законную силу (ст. 392 ГПК РФ и ст. 350 КАС РФ).

Действовавший до 2014 г. Высший Арбитражный Суд РФ также обладал полномочием давать разъяснения по вопросам судебной практики. Согласно Федеральному конституционному закону от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (в редакции от 6 декабря 2011 г.), реализовывалось данное полномочие следующим образом: Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ принимал соответствующие постановления (ст. 12–14), а его Президиум информировал арбитражные суды о результатах рассмотрения отдельных вопросов судебной практики (ст. 16), направляя им информационные письма. Во многом практика принятия информационных писем строилась по примеру принятия обзоров Верховного Суда РФ. Информационные письма подразделялись на два типа: посвященные применению определенных норм закона (в них формулировались правовые позиции Высшего Арбитражного Суда РФ в абстрактной форме) и посвященные обзорам судебной практики (в них содержались краткие резюме типичных дел, без указания конкретных реквизитов дела и наименования сторон)¹⁸. В Регламенте арбитражных судов Российской Федерации (он был утвержден Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 5 июня 1996 г. № 7¹⁹) наряду с информационными письмами упоминаются также иные материалы по вопросам обобщения судебной практики (п. 107). К ним относятся письма Высшего Арбитражного Суда РФ (они подписывались одним из заместителей председателя), которые применялись в целях разъяснения вопросов судебной практики помимо постановле-

ний Пленума и информационных писем Президиума²⁰.

Кроме того, в контексте деятельности арбитражных судов нельзя пройти мимо Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 февраля 2008 г. № 14, которым был санкционирован прецедентный (обязательный) характер правовых позиций Президиума²¹. В отличие от Верховного Суда РФ, в Высшем Арбитражном Суде РФ основная работа осуществлялась в Президиуме, который, принимая постановления в порядке надзора по конкретным делам (это была главная функция Высшего Арбитражного Суда РФ), осуществлял корректирующее влияние на практику арбитражных судов.

Но вернемся к практике конституционного правосудия. Конституционный Суд РФ не обладает полномочием по разъяснению вопросов, возникающих в судебной практике²². Основное полномочие российского Конституционного Суда, которое определяет смысл его деятельности, это осуществление конституционного нормоконтроля, в результате которого происходит выбраковка неконституционного законодательства посредством принятия постановлений. При этом в практике конституционного правосудия все больше начинают доминировать интерпретационные постановления. Эта практика характеризуется тем, что оспоренные нормы не аннулируются, а им придается конституционно-правовое истолкование непосредственно в резолютивной (итоговой) части постановления. Такие интерпретационные решения рассчитаны не столько на

¹⁷ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 9.

¹⁸ См.: Будылин С.Л. Что творит суд? Правотворчество и судебный прецедент в России // Закон. 2012. № 10. С. 97.

¹⁹ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1996. № 11.

²⁰ См., например: письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 февраля 2011 г. № ВАС-С03/УЧП-175 «О толковании пункта 4 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23 июля 2009 года № 63» и от 21 января 2009 г. № ВАС-С03/УП-73 «Об обеспечительных мерах» // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 февраля 2008 г. № 14 «О внесении дополнений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 марта 2007 года № 17 “О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам”» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 3.

²² Вместе с тем Конституционный Суд РФ периодически разъясняет собственные решения в порядке статьи 83 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации». Есть примеры, когда Конституционный Суд РФ давал разъяснения посредством писем. См.: Письмо Председателя Конституционного Суда РФ от 11 июня 1997 г. № 4994 // Бюллетень Минтруда РФ. 2000. № 6 ; Письмо Конституционного Суда РФ от 13 апреля 2000 г. № 2277 «О порядке исполнения Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 23 декабря 1999 года № 18-П» // СПС «КонсультантПлюс».

законодателя, сколько на правоприменительные органы, т.е. они предназначены прежде всего для учета судами общей юрисдикции и арбитражными судами.

Но постановления не единственный «продукт» конституционного судопроизводства. Эффективным средством, с помощью которого Конституционный Суд РФ осуществляет корректирующее воздействие на российскую правовую систему, служили и служат определения. В законотворческой деятельности определения Конституционного Суда РФ используются при подготовке Правительством РФ официальных отзывов на законопроекты²³. Что касается судебной практики по разрешению конкретных споров, то и в ней использовались определения Конституционного Суда РФ²⁴.

Для того чтобы определения, содержащие важные правовые позиции, учитывались при разрешении сложных вопросов применения российского законодательства, Конституционным Судом РФ предусматривались специальные ориентиры для их обособления из общей массы определений. Так, в номере определений использовалась опознавательная метка «О-П» (в настоящее время она не применяется), а в наименования включалась фраза «по жалобе» (основная масса определений именуется «об отказе»).

Такое влияние Конституционного Суда РФ на правовую систему и, в частности, на судебную практику, очевидно, связано с тем, что судебный конституционный контроль все в большей мере проявляет себя в той его разновидности, которую можно назвать конституционной кассацией. Профессор Г.А. Гаджиев, обосновывая понятие «конституционная кассация», указывает: как суды кассационной инстанции осуществляют проверку решений, принятых нижестоящими судами, но при этом рассматривают только вопросы права, так и Конституционный Суд РФ также решает исключительно вопросы права. При этом он также участвует в деятельности по обеспечению единообразного понимания и толкования

правовых норм — не только Конституции, но и действующего законодательства²⁵. Этим мыслям созвучны тезисы профессора Н.С. Бондаря, который в своих работах подчеркивает следующее: интерпретационная деятельность судебных органов, тем более формулирование высшим судом абстрактных разъяснений по вопросам судебного правоприменения, может приобретать вполне определенное регулятивное значение, оказывать существенное влияние на формирование, изменение, развитие судебной и иной правоприменительной практики²⁶.

Очевидно, что для усиления влияния конституционного правосудия на судебную практику, Конституционный Суд РФ, так же как и Верховный Суд РФ, стал публиковать обзоры своих решений (как постановлений, так и определений). В отличие от обзоров Верховного Суда РФ и информационных писем Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционный Суд РФ не принимает тематических обзоров²⁷, все его обзоры обобщают практику за определенный период. В соответствии со ст. 71 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» в заседаниях Конституционного Суда РФ принимаются решения по вопросам организации его деятельности. В частности, такими решениями утверждаются ежеквартальные обзоры практики Конституционного Суда РФ. Названный Федеральный конституционный закон и Регламент не упоминают о решениях Конституционного Суда РФ об утверждении обзоров практики. Параграф 67 Регламента предусматривает лишь то, что Секретариат Конституционного Суда РФ готовит информационно-аналитический отчет об исполнении решений Конституционного Суда РФ.

Тем не менее первый обзор практики Конституционного Суда РФ вышел по итогам

²³ См., например, официальные отзывы Правительства РФ на законопроекты № 352309-7, 306666-7, 160559-7 и др. Данные приведены с использованием Системы обеспечения законодательной деятельности Государственной Думы. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/> (дата обращения: 14.04.2020).

²⁴ См., например: Решение Верховного Суда РФ от 28 ноября 2019 г. № АКПИ19-880; Постановление Суда по интеллектуальным правам от 23 января 2020 г. № С01-215/2019; Решение Московского областного суда от 25 апреля 2019 г. по делу № За-515/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ Гаджиев Г.А. О принципе пропорциональности и конституционной кассации // Судья. 2019. № 7. С. 56–64.

²⁶ Бондарь Н.С., Джагарян А.А. Правосудие: ориентация на Конституцию: монография. М.: Норма: ИНФРА-М, 2018. С. 62–63.

²⁷ Формат тематических обзоров и обобщений практики конституционного правосудия более абстрактного характера, очевидно, в большей мере подходит для формата посланий, упомянутых в ч. 3 ст. 100 Конституции РФ. Однако данное правомочие Конституционного Суда РФ им не используется, поскольку является резервным, вспомогательным по своей природе. См.: Зорькин В.Д. Интервью с Председателем Конституционного Суда Российской Федерации Валерием Дмитриевичем Зорькиным / интервьюер В. Гриб // Юрист. 2018. № 12. С. 8.

Таблица статистики обзоров практики Конституционного Суда РФ

		2016 г.	2017 г.	2018 г.	Первый — третий кварталы 2019 г.	
Постановления	Всего за период	28	40	47	30	
	В обзорах по разде- лам	Конституционные основы публич- ного права	15 (54%)	14 (35%)	14 (30%)	13 (43%)
		Конституционные основы трудового права и социальной защиты	4 (14%)	8 (20%)	11 (23%)	3 (10%)
		Конституционные основы частно- го права	5 (18%)	8 (20%)	16 (34%)	9 (30%)
		Конституционные основы уголовной юстиции	4 (14%)	10 (25%)	6 (13%)	5 (17%)
Определения	Всего за период	2804	3105	3407	2681	
	Всего в Обзоре	27 (0,9%)	22 (0,7%)	13 (0,3%)	20 (0,7%)	
	В обзорах по разде- лам	Конституционные основы публич- ного права	16 (60%)	9 (41%)	6 (46%)	4 (20%)
		Конституционные основы трудового права и социальной защиты	2 (7%)	2 (9%)	1 (8%)	4 (20%)
		Конституционные основы частно- го права	2 (7%)	7 (32%)	4 (31%)	7 (35%)
Конституционные основы уголовной юстиции		7 (26%)	4 (18%)	2 (15%)	7 (35%)	

первого квартала 2012 г. (утвержден Решением от 17 июля 2012 г.), за ним последовали обзоры по каждому кварталу соответствующего года. Начиная с 2016 г. на официальном сайте Конституционного Суда РФ размещаются годовые обзоры практики, при этом в некоторых случаях объединялись квартальные обзоры за второй и третий или за третий и четвертый кварталы года. Следует отметить, что само решение об утверждении обзора практики предписывает размещение обзора на официальном сайте Конституционного Суда РФ²⁸, а также опубликование в «Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации». В решении отсутствует указание на опубликование самого решения или о направлении его конкретным субъектам (органам публичной власти), на сайте публикуется только текст обзора, без указания на его утверждение решением Конституционного Суда РФ и на дату принятия такого решения²⁹.

²⁸ В разделе «Обобщение практики по решениям Конституционного Суда РФ». URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Generalization/Pages/default.aspx> (дата обращения: 14.04.2020).

²⁹ Тексты большинства решений доступны в СПС «КонсультантПлюс».

Обзор практики Конституционного Суда РФ представляет собой аналитический документ, в котором кратко приводятся основные решения (постановления и определения по жалобам и запросам), принятые за соответствующий период. Решения распределяются в соответствии с их тематикой по четырем группам: «Конституционные основы публичного права»; «Конституционные основы трудового законодательства и социальной защиты»; «Конституционные основы частного права»; «Конституционные основы уголовной юстиции».

В обзорах приводятся постановления Конституционного Суда РФ, дата принятия которых попадает в отчетный период. Для каждого постановления указываются конкретные статьи, вопрос о конституционности которых разрешался в данном решении, а также кратко описывается содержание оспоренного правового регулирования. Далее приводится резолютивная часть постановлений, содержащая информацию о выводах Конституционного Суда РФ относительно оспариваемых норм, а также о предписаниях, касающихся изменения правового регулирования. Выводы о необходи-

мости пересмотра решений, вынесенных в отношении заявителя, в обзорах не приводятся³⁰.

В части обзоров определений Конституционного Суда РФ приводятся те определения, которые были вынесены по жалобам и запросам за отчетный период, при этом не все обращения, по которым проводилось изучение одним из судей Конституционного Суда РФ в порядке ст. 41 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», попадают в обзор. Обращает на себя внимание также то, что с учетом особенностей резолютивной части определений в обзорах приводятся выдержки только из мотивировочной части, где выявляется конституционно-правовой смысл оспариваемых положений.

В связи с появлением в арсенале конституционного правосудия такого инструмента корректировки правоприменительной практики, как обзоры, возникает ряд вопросов, ответы на которые помогут лучше понять суть и значение нового феномена. Каково соотношение постановлений и определений в обзорах практики Конституционного Суда РФ? Сколько ранее опубликованных определений попадает в обзоры, сколько определений, маркированных различными метками («об отказе», «по жалобе»)? Как распределяется отраслевой материал в этих обзорах, т.е. каков удельный вес той или иной отрасли? Для ответа на эти вопросы рассмотрим таблицу со статистическими данными по решениям, включенным в ежегодные обзоры практики Конституционного Суда РФ (2016–2018, первый — третий кварталы 2019 г.).

Приведенные данные показывают, что выдержки из абсолютно всех постановлений Конституционного Суда РФ, которые подлежат отдельному официальному опубликованию в средствах массовой информации, дополнительно отражаются в его обзорах. При этом они составляют более половины всего материала, содержащегося в обзорах практики Конституционного Суда РФ (64%), что отличает их от обзоров Верховного Суда РФ, в которых подавляющая часть материала — это выдержки из

решений, ранее не публиковавшихся. Соответственно, публикация ежеквартальных обзоров в определенном смысле приводит к эффекту двойного информирования читателей о содержании принятых постановлений, а если брать в расчет еще и годовые обзоры, то информирование будет тройным. В чем же оправданность такой меры? Видимо, не только в том, чтобы привлечь особое внимание к постановлениям, усилить к ним интерес. В ежеквартальных и особенно в годовых обзорах информация в части постановлений дается суммированно, а значит, пользователи могут видеть доминирующие тенденции в практике конституционного правосудия, прогнозировать ее развитие и понимать вектор законодательных изменений, обусловленных постановлениями Конституционного Суда РФ.

Кроме того, в части постановлений в обзорах обязательно воспроизводится предмет рассмотрения. Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» оперирует понятиями «предмет рассмотрения в Конституционном Суде Российской Федерации» (ст. 11 и 56), «предмет обращения» (ст. 74), «предмет заседания» (ст. 48). Во многом эти понятия обозначают одно и то же, однако они все не тождественны. Обычно предмет рассмотрения формулируется в конце первого пункта постановления, он представляет собой не простую выжимку из нормативного правового акта, который оспаривается, а выступает как сформулированная Конституционным Судом РФ правовая проблема, которая должна быть им решена. Тем самым если взять конституционный нормоконтроль, то «предмет» и «оспариваемая норма» — это не идентичные понятия³¹.

Акцент на предмете рассмотрения в обзорах может дать ориентиры гражданам и государственным органам в плане перспектив оспаривания норм законодательства, содержащих схожие — с уже рассмотренными Конституционным Судом РФ — конституционные дефекты, в порядке так называемого письменного производства, когда дела разрешаются на основании содержащихся в ранее принятых

³⁰ Есть два исключения из этого правила в годовом обзоре за 2018 г.: применительно к Постановлению от 20 декабря 2018 г. № 46-П было указано на то, что решения, вынесенные по делам заявителей, подлежат пересмотру; применительно к Постановлению от 19 апреля 2018 г. № 16-П было указано на то, что данное решение не влечет пересмотр ранее принятых решений, основанных на норме, признанной не соответствующей Конституции РФ.

³¹ Формулирование предмета рассмотрения — это одна из наиболее сложных задач при конструировании постановления. Предмет рассмотрения имеет ключевое значение для последующего формулирования резолютивной части постановления. При этом предмет рассмотрения значим не только для нормоконтроля, но и для других дел, рассматриваемых Конституционным Судом РФ.

постановлениях Конституционного Суда РФ правовых позиций (ст. 47¹ Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Этот порядок обжалования законодательства в определенном смысле можно назвать упрощенным, более благоприятным для заявителей с организационной точки зрения. Таких постановлений становится все больше, что подтверждает статистика: за период с 1 января 2016 г. по 30 сентября 2019 г. Конституционный Суд РФ принял 145 постановлений; из них по итогам слушаний — 43 постановления (30%), а без проведения слушаний — 102 постановления (70%). Наконец, выделение в обзорах предмета рассмотрения имеет смысл с точки зрения профилактики необоснованных обращений: обращения не принимаются к рассмотрению, если по предмету, который в них обозначен, вынесено постановление, сохраняющее силу (ст. 43 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

И еще о структуре обзоров. Другую половину материала, содержащегося в обзорах практики Конституционного Суда РФ, составляют выдержки из определений. Определения не являются итоговыми решениями по буквальному смыслу ст. 71 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации». Поэтому очевидно, что именно эту часть материала Конституционному Суду РФ особенно важно официально обнародовать и тем самым легитимировать посредством принятия и опубликования обзоров. Из 11 997 определений, принятых за период 2016–2019 гг., в обзоры практики попали выдержки из 82 определений, т.е. чуть менее одного процента всех принимаемых Конституционным Судом РФ отказных определений (приблизительно 0,7%). При этом из определений, попавших в обзоры, большую часть составляют определения «по жалобе», «по запросу», а также «по ходатайству о разъяснении» (59%), которые зачастую подлежат еще и официальному опубликованию (как правило, в «Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации»). Вообще доля ранее официально опубликованных определений в обзоре составляет 59%.

Определения с пометкой «об отказе в принятии» составляют 41% от тех определений, информация о которых отражается в обзо-

рах. А если взять материал обзоров в целом, включая постановления, то доля таких сугубо отказных определений составит 15%. Как правило, определения «об отказе» не публикуются официально, а потому обзоры — это хорошая возможность привлечь к ним внимание читателей, проинформировать об изложенных в них правовых позициях законодательные и правоприменительные органы, широкую юридическую общественность. Это важно с учетом того, что отобранные Конституционным Судом РФ определения даны не вразнобой, а по отраслям регулирования, что облегчает реализацию практико-ориентирующей задачи обзоров. Если смотреть строго статистически, то в обзорах доминирует преимущественно конституционно-правовая (административная, муниципальная, налоговая и т.п.) тематика (43%). Частноправовой и уголовно-правовой блоки занимают равные доли (по 24%), а оставшиеся 9% приходятся на проблемы трудового законодательства и социальной защиты. Однако, безусловно, значение того или иного материала для конкретной отрасли права и для правовой системы в целом нельзя измерять только количественными параметрами, необходимо оценивать роль каждой из правовых позиций отдельно, исходя из качественного влияния на правоприменительную практику³².

Такое влияние подтверждается примерами из практики судов общей и арбитражной юрисдикции, которые по аналогии с обзорами Верховного Суда РФ начали обращаться к обзорам практики Конституционного Суда РФ, ссылаясь на решения об их утверждении как на источник, в котором содержится истолкование законодательства, подлежащее применению при разрешении дел. Как показывает анализ решений судов общей юрисдикции, ссылки на обзоры практики Конституционного

³² Например, принятое по проблеме социального обеспечения инвалидов Определение Конституционного Суда РФ от 3 апреля 2014 г. № 686-О оказало значительное влияние на правоприменительную практику. Причем это влияние вышло за пределы проблемы законодательства, регулирующего право социального обеспечения. Конституционному Суду РФ пришлось реагировать на новые жалобы граждан, в которых оспаривалась конституционность положений Гражданского процессуального кодекса РФ, не допускающих пересмотр неблагоприятных судебных решений, принятых по делам инвалидов. Конституционным Судом РФ было принято Постановление от 17 октября 2017 г. № 24-П, в котором была сформулирована упомянутая выше правовая позиция, касающаяся природы обзоров судебной практики, утверждаемых Президиумом Верховного Суда РФ // СПС «КонсультантПлюс».

Суда РФ встречаются именно в той части, в которой приводятся выдержки из определений (постановления воспринимаются как самостоятельный источник правовых позиций, поэтому суды ссылаются на них напрямую). Включение определения в обзор практики рассматривается судами как подтверждение Конституционным Судом РФ своей позиции и, соответственно, как возможность ее использовать при разрешении конкретных дел.

Например, можно встретить ссылки на решения Конституционного Суда РФ об утверждении обзоров практики, в которых были приведены его определения, касающиеся размера неустойки (причем без указания на конкретный пункт обзора или определение, где была сформулирована соответствующая позиция)³³. В некоторых случаях суды уточняют реквизиты решений, в которых нашла отражение используемая позиция³⁴. В других случаях тот же обзор рассматривается как самостоятельное решение, которым выявляется конституционно-правовой смысл нормы³⁵. Ссылка на обзор может быть продублирована ссылкой на определение Конституционного Суда РФ, которое в нем содержится, как это было в случае, когда суд задействовал конституционно-правовое истолкование части четвертой ст. 61 ГПК РФ, касающееся преюдициального значения в гражданском деле решения суда³⁶.

Примечательно, что во всех приведенных случаях суды ссылаются именно на решение об утверждении обзора практики Конституционного Суда РФ как на источник правовых позиций.

В судебной практике можно обнаружить ссылки на правовые позиции, выраженные в определении Конституционного Суда РФ, которые подтверждаются включением такого определения в обзор. Так, Московский областной суд одно из своих решений обосновывает

правовой позицией, «изложенной в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2012 года № 2214-0, подтвержденной Решением Конституционного Суда Российской Федерации от 7 февраля 2013 года “Об утверждении Обзора практики Конституционного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2012 года”»³⁷.

В практике арбитражных судов встречаются примеры, когда обзоры практики Конституционного Суда РФ упоминаются в установочной части судебного акта, но в мотивировочной части суд ссылался на конкретное решение Конституционного Суда РФ³⁸.

Итак, приведенный анализ показывает, что подготовка и принятие обзоров практики Конституционного Суда РФ стали одним из постоянных направлений его деятельности, призванных усилить корректирующее влияние конституционного правосудия на правовую систему. Это усиленное влияние достигается за счет дополнительного и многократного доведения до пользователей правовой информации о решениях Конституционного Суда РФ путем подачи содержащегося в них материала в обработанном виде, т.е. в виде систематизированных и построенных по отраслевому принципу правовых позиций, вычленимых в том числе из определений. В отличие от обзоров законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ и информационных писем Высшего Арбитражного Суда РФ, обзоры практики Конституционного Суда РФ обобщают только практику конституционного правосудия федерального уровня, которая не так масштабна, но от этого не менее значима (результаты деятельности конституционных (уставных) судов субъектов РФ в них не включаются). Конституционный Суд РФ не является вышестоящим судом для каких-либо нижестоящих судебных органов, его обзоры адресованы всем правоприменительным и законодательным органам.

Вопрос о юридической природе обзоров, выпускаемых Конституционным Судом РФ, является новым, он нуждается в дополнительном изучении, в том числе с учетом практики

³³ Апелляционное определение Иркутского областного суда от 28 марта 2018 г. по делу № 33-1542/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴ Апелляционное определение Верховного суда Чувашской Республики от 15 февраля 2016 г. по делу № 33-745/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁵ В практике Московского городского суда подобные ссылки появляются систематически. См.: апелляционные определения от 18 декабря 2015 г. по делу № 33-45616/2015, от 28 июня 2019 г. по делу № 33-37868/2019, от 6 февраля 2019 г. по делу № 33-5462/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ Апелляционное определение Свердловского областного суда от 2 июля 2019 г. по делу № 33-10244/2019; Апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 7 августа 2019 г. по делу № 33-5423/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷ Апелляционное определение Московского областного суда от 15 августа 2016 г. по делу № 33-22259/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁸ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 9 апреля 2019 г. № Ф09-1625/19 по делу № А50-24206/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

их использования судами и другими государственными органами при разрешении конкретных дел. Нужно признать, что такая практика находится пока в стадии формирования, но именно она в конечном счете должна показать и доказать эффективность данного правового явления, в том числе выявить направления дальнейшего совершенствования и возможного приращения деятельности Конституционного Суда РФ по обобщению принимаемых им решений.

Литература

1. Анишина В. Правовые позиции Конституционного Суда России / В. Анишина // Российская юстиция. 2000. № 7. С. 11–12.
2. Бондарь Н.С. Правосудие: ориентация на Конституцию : монография / Н.С. Бондарь, А.А. Джагарян. Москва : Норма: ИНФРА-М, 2018. 224 с.
3. Будылин С.Л. Что творит суд? Правотворчество и судебный прецедент в России / С.Л. Будылин // Закон. 2012. № 10. С. 92–110.
4. Войтович Е.П. Судебная практика в механизме гражданско-правового регулирования : диссертация кандидата юридических наук / Е.П. Войтович. Новосибирск, 2006. 167 с.
5. Гаджиев Г.А. О принципе пропорциональности и конституционной кассации / Г.А. Гаджиев // Судья. 2019. № 7. С. 56–64.
6. Жуйков В.М. Проблемы гражданского процессуального права / В.М. Жуйков. Москва : Городец, 2001. 285 с.
7. Зарипов В.М. Должны ли суды принимать во внимание обзоры практики ВС РФ / В.М. Зарипов. URL: https://zakon.ru/discussion/2018/8/23/k_voprosu_o_ponyatii_edinoobraziya_sudebnoj_praktiki (дата обращения: 14.04.2020).
8. Зорькин В.Д. Интервью с Председателем Конституционного Суда Российской Федерации Валерием Дмитриевичем Зорькиным / В.Д. Зорькин ; интервьюер В.В. Гриб // Юрист. 2018. № 12. С. 8.
9. Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации / В.Д. Зорькин // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3–4.
10. Корнев А.В. Разъяснение высших судов по вопросам судебной практики как форма судебного правотворчества в России : автореферат диссертации кандидата юридических наук / А.В. Корнев. Москва, 2016. 35 с.
11. Кошелева В.В. Акты судебного толкования правовых норм: вопросы теории и практики : диссертация кандидата юридических наук / В.В. Кошелева. Саратов, 1999. 210 с.
12. Кучин М.В. Формы судебного нормотворчества / М.В. Кучин // Российский юридический журнал. 2018. № 3. С. 9–23.
13. Малютин Н.С. Судебное толкование нормативных правовых актов в Российской Федерации: конституционно-правовой аспект : диссертация кандидата юридических наук / Н.С. Малютин. Москва, 2016. 262 с.
14. Нестерова Н.В. Правообразующие решения в судебной практике: теоретический аспект : диссертация кандидата юридических наук / Н.В. Нестерова. Владимир, 2012. 175 с.
15. Нотин С.А. Судебная практика в системе источников налогового права: На примере ЕС и РФ : диссертация кандидата юридических наук / С.А. Нотин. Москва, 2003. 198 с.
16. Придворова М.Н. Судебная практика в правовой системе Российской Федерации : диссертация кандидата юридических наук / М.Н. Придворова. Тамбов, 2003. 210 с.
17. Раслин В.Л. Правообразующая роль органов судебной власти в Российской Федерации : диссертация кандидата юридических наук / В.Л. Раслин. Москва, 2007. 182 с.
18. Рогожин Н.А. Роль судебной практики в совершенствовании правового регулирования предпринимательской деятельности : диссертация кандидата юридических наук / Н.А. Рогожин. Москва, 2003. 254 с.
19. Савельева Т.А. Судебная практика Верховного Суда РФ как основание пересмотра судебных актов по новым обстоятельствам в арбитражном процессе / Т.А. Савельева // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2018. № 5 (124). С. 218–225.
20. Тербков А.В. Юридическая и логическая природа разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации : диссертация кандидата юридических наук / А.В. Тербков. Москва, 2006. 170 с.
21. Удодова М.А. Механизм воздействия судебной практики на законодательство : диссертация кандидата юридических наук / М.А. Удодова. Москва, 2018. 277 с.

Публичная ответственность юридических лиц (к вопросу о формах вины)

Карцов Алексей Сергеевич,
советник Конституционного Суда Российской Федерации,
профессор кафедры конституционного и административного права
юридического факультета Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ) в Санкт-Петербурге,
доктор юридических наук
Aleksey.Kartsov@ksrf.ru

В статье на широком компаративном материале рассматривается проблема форм вины юридических лиц при привлечении их к публичной, в том числе административной, ответственности. Проводится анализ нормативного регулирования, осуществляемого в странах как общего права, так и континентального права; позиций высших судов, в том числе конституционных. Применительно к правовым порядкам, не основывающим публичную ответственность юридических лиц на доктрине отождествления, обосновывается вывод о непродуктивности включения форм вины в составообразующие признаки публичных, в том числе административных, правонарушений, совершаемых юридическими лицами.

Ключевые слова: публичная ответственность юридических лиц, формы вины, правовые порядки континентальной семьи и общего права, законодательное регулирование; практика высших судов, включая конституционные; компаративный анализ.

Все виды публичной ответственности (административная, уголовная), к которым могут быть привлечены юридические лица, сконструированы *mutatis mutandis* по аналогии с соответствующими видами ответственности, возлагаемой на физических лиц. Ввиду этого нормативное регулирование и правоприменительная практика сталкиваются с непростыми вопросами. Является ли вина непременным условием публичной ответственности юридических лиц? Что следует считать признаками вины юридического лица? В какой степени целесообразно и даже насколько возможно применительно к юридическим лицам сложившееся разграничение форм вины (умысел, неосторожность)?

Настоящая публикация посвящена рассмотрению компаративно-правовых аспектов, включая конституционно-судебные, последнего из названных выше сюжетов.

Первое подтвержденное источниками привлечение коллективного образования — союза почитателей бога Вакха — к публичной ответственности произошло, судя по всему, в Древнем Риме. Служение названному культу выражалось в тайных ночных обрядах (оргиях), помимо того, их участники промышляли лжесвидетельством, подделкой печатей и завещаний, организацией убийств ради получения наследства. Сенат, на-

делив консула чрезвычайными полномочиями для расследования и пресечения вакханалий, запретил впредь устраивать сходки, предписал разрушить все вакхические святилища, а также осуществить поиск и арест жрецов. По завершении следствия и наказания виновных было принято сенатское Постановление о вакханалиях, которое можно считать прообразом возложения публичной ответственности на юридическое лицо (86 г. до н.э.).

В Средние века глоссаторы разработали понятие корпорации как союза, обладающего признаваемой государством правосубъектностью (XI–XII вв.).

Их преемники, юристы-канонисты, различая понятия «лицо» и «человек», выявляют природу юридического лица. В XIII в. папой Иннокентием IV была сформулирована основополагающая для института публичной ответственности юридического лица — и в том числе для определения условий их вины — теория фикции. Согласно ее исходной версии, коллективное образование (корпорация), представляя собой правовую фикцию (*persona ficta, corpus mysticum*; к этим определениям восходит термин, используемый для юридических лиц в некоторых европейских законодательствах, — «моральная личность»), не имеет души как главного свойства физических лиц. Следовательно, оно не в состоянии совер-

шать наказуемые поступки и быть наказанным; виновными могут являться лишь физические лица, участвующие в деятельности данного образования. Позже папой Иоанном XXII было уточнено, что хотя у юридического лица нет подлинной личности, но в силу той же фикции оно может считаться имеющим таковую, а стало быть, способным совершать преступления и подвергаться каре¹.

Исходя из подобных представлений, средневековое право допускало публичную ответственность юридических лиц (общин, гильдий и цехов, городов), наиболее укоренившуюся в странах романо-германской правовой семьи. Так, целый раздел Большого королевского ордонанса (Франция, 1670 г.) был посвящен наказанию сообществ с подробным изложением видов наказаний, назначаемых городам, вплоть до сноса.

Напротив, в системе общего права юридические лица не подлежали публичному преследованию. Английские юристы полагали, что, так как те не способны сделать моральный выбор (подобно людям), то и не могут нести публичной (уголовной) ответственности за свои действия.

Утвердившиеся в ходе Великой французской и последующих буржуазных революций новые принципы уголовной ответственности (ответственность при наличии вины; индивидуальная ответственность) оказались несовместимыми с привлечением к данному, наиболее весомому, виду публичной ответственности корпораций. Наполеоновский *Уголовный кодекс* (1810 г.) отказывается от регламентации ответственности юридических лиц. Хотя на законодательном уровне встречались отдельные исключения (например, уголовная ответственность коллективных образований предусматривалась Баварским уложением 1813 г.), в целом на всем протяжении XIX в. и большей части XX в. правопорядки, принадлежащие романо-германской орбите, исходили из того, что корпорация, являясь юридической фикцией, не удовлетворяет фундаментальным критериям публичной и в особенности уголовной ответственности: ввиду отсутствия *actus reus* (виновное действие) и *mens rea* (субъективная сторона преступления — злоумышление, виновная воля, вина).

И наоборот, в XIX в. происходит активное становление корпоративной уголовной ответственности в странах общего права — сначала

в Англии и в ее владениях, затем в США. Хотя в соответствии с теорией фикции юридическое лицо как субъект права продолжало считаться здесь имеющим искусственную природу (отчего корпорации — синоним юридического лица в странах общего права — именуется *artificial person* / «искусственное лицо» либо *person at law* / «лицо по закону»), однако эпоха Промышленного переворота обусловила применение к хозяйствующим субъектам уголовно-правовых санкций. Бурный экономический подъем вызвал потребность защиты индивидуальных и публичных интересов от общественно опасных действий корпораций. Поскольку полная компенсация причиняемого промышленными и финансовыми корпорациями ущерба методами гражданского права оказывалась не всегда достижимой, а административного права в континентальном понимании в Великобритании и других странах *common law* не существовало, выбор был сделан в пользу возложения на корпорации уголовной ответственности².

В настоящий момент в странах общего права презюмируется автономия воли юридического лица при совершении им публичного правонарушения (преступления), реализуемой органами его управления или представителями, и его самостоятельная публичная (уголовная) деликтоспособность.

Что касается стран континентального права, то и здесь все более утверждается принцип деликтоспособности юридических лиц, позволяющий возлагать на них ответственность за публичные правонарушения. Поскольку индивидуальная ответственность физических лиц, действовавших от имени и (или) в интересах коллективного образования, нередко оказывается неэффективной, будучи зачастую неспособной возместить причиненный ущерб и предупредить повторное совершение публичного правонарушения, постольку еще с 1920-х годов многие юристы стран романо-германской правовой семьи ратуют за распространение на юридических лиц наиболее суровой разновидности публичной ответственности — ответственности уголовной³.

¹ См.: Koessler M. The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation // Louisiana Law Review. 1949. Vol. IX. URL: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol9/iss4/2> ; Березкин А.В., Крицкая С.Ю. Persona: из римского права в богословие и каноническое право // Христианское чтение. 2019. № 5.

² См. подробнее: Seymour Bayly E. The Historical Development of the Common-Law Conception of a Corporation // The American Law Register. September. 1903. № 9 ; Dewey J. The Historic Background of Corporate Legal Personality // Yale Law Journal. Vol. XXXV. April, 1926. № 6 ; He Dan. Public State, Private Corporation: A Joint History of the Ideas of the Public/Private Distinction, the State & the Corporation. PhD thesis. SOAS University of London. (2019). URL: <http://eprints.soas.ac.uk/32467>

³ II Международный конгресс по уголовному праву (Бухарест, 1929 г.) предложил внести в национальные законодательства стран-участниц изменения, предусматривающие уголовную ответственность юридических лиц (корпораций); VI Международный конгресс по уголовному праву (Рим,

Введение института корпоративной уголовной ответственности диктуется также обязательствами по целому ряду международных соглашений⁴.

Поскольку, как правило, корпоративная вина заключается либо в умышленных нарушениях со стороны лиц, осуществляющих управленческие функции (в том числе путем поощрения, одобрения или попустительства неправомерной деятельности от имени и/или в интересах корпорации), либо во влекущих за собой нарушения предписаний закона упущениях при формировании корпоративной политики, так называемых дефектах корпоративной культуры, постольку субъективная сторона совершаемых юридическими лицами публичных правонарушений — и прежде всего преступлений — теоретически может характеризоваться как умышленной, так и неосторожной формами вины.

Однако, с учетом того что корпоративная вина обычно «консолидирует» вину различных индивидов, действующих от имени и/или в ее интересах, когда крайне затруднительно установить, чьи именно действия либо бездействие явились главной причиной правонарушения, насколько для современных зарубежных правовых порядков принципиально различие умышленной и неосторожной формы вины юридического лица при совершении административного правонарушения либо преступления (там, где

предусмотрена уголовная ответственность юридических лиц).

В колыбели общего права — Соединенном Королевстве — по общему правилу уголовное преследование корпорации (за исключением случаев так называемой строгой ответственности, близкой к объективному вменению) предполагает недобросовестность мотивов действия или бездействия, т.е. *dolus eventualis* (обусловленный умысел). Однако господствующая доктрина отождествления индивидуального *mens rea* с корпоративным делает избыточным нормативное закрепление особых критериев вины юридических лиц при возложении на них уголовной ответственности.

Компании могут быть осуждены за совершенные уголовно наказуемые деяния в случае:

- совершения их представителями соответствующих действий в рамках и при исполнении служебных обязанностей (если закон предусматривает привлечение к уголовной ответственности именно корпорации);
- преступного бездействия, в случае если принятие корпорацией тех или иных мер предусмотрено законом;
- санкционирования или неосторожного допущения (*recklessly tolerated*) преступного бездействия агентами, каковыми признаются управляющие корпорации высокого ранга.

Действие (или бездействие) и психическое состояние высших должностных лиц корпорации (контролирующих / «волеобразующих» служащих) определяются в Англии как действие и психическое состояние корпорации⁵. Когда преступление совершено должностным лицом, корпорация отвечает как исполнитель; если служащий выступал в качестве соучастника, то корпорация подлежит ответственности как соучастник⁶.

⁵ URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/40/contents>

⁶ При этом английскому праву известны три формы вины: намерение, неосторожность и небрежность. Намерение (*intent*) предполагает лишь волевой момент: деяние считается намеренным, если оно является результатом воли исполнителя и если последний ожидает наступления определенных последствий. Намеренность действий или бездействия не нуждается в доказывании в силу презумпции того, что неправомерные действия, совершаемые вменяемым лицом («разумным человеком»), всегда являются актом его воли. Опровержение такой презумпции и доказательство нежелания вредных последствий возлагаются на обвиняемого. Понятия неосторожности и небрежности размыты, а граница между ними недостаточно отчетлива. Неосторожность (*recklessness*) трактуется как сознательное игнорирование возможности наступления преступного результата, включая как те деяния, при которых лицо предвидит вредные последствия, так и те, при которых оно не предвидит, но должно их предвидеть, поскольку это способен сделать среднестатистический «разумный человек». Небрежность (*negligence*), будучи наименее определенной категорией, устанавливается судами применительно к конкретным ситуациям. В случае «безответственности» и «грубости» обычная небрежность становится уголовно наказуемой.

1953 г.) высказался «за допустимость уголовной ответственности юридических лиц и за возможность применения в отношении их карательных санкций»; Европейский комитет по проблемам преступности Совета Европы (резолюция № 77 «О вкладе уголовного права в охрану окружающей среды», 1978) рекомендовал «пересмотреть принципы уголовной ответственности за вред, причиненный природе, в частности, под углом зрения возможного введения ответственности юридических лиц государственного и частного секторов»; «Руководящие принципы ООН в области предупреждения преступности и уголовного правосудия в контексте развития и нового международного экономического порядка» (1985) рекомендуют государствам «рассмотреть вопрос о введении уголовной ответственности не только для лиц, действовавших от имени какого-либо учреждения, корпорации или предприятия или выполняющих руководящие или исполнительные функции, но для самого учреждения, корпорации или предприятия путем выработки соответствующих мер предупреждения их возможных преступных действий и наказания за них».

⁴ В частности, на необходимость введения ответственности юридических лиц указывают Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 г. (подписана Россией); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма от 9 декабря 1999 г. (Россия участвует); Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 г. (Россия участвует); Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 г. (Россия участвует); Конвенция Совета Европы о преступности в сфере компьютерной информации от 23 ноября 2001 г. (Россия не участвует); Конвенция по борьбе с подкупом должностных лиц иностранных государств при проведении международных операций от 21 ноября 1997 г. (Россия не участвует).

В *Примерном Уголовном кодексе (Model Penal Code) США* выделяются четыре формы вины (с целью, с сознанием, неосторожно, небрежно), соотносимых как со всеми, так и с некоторыми «материальными» элементами состава преступления (поведение, сопутствующие обстоятельства, последствия)⁷.

Вместе с тем применительно к субъективным аспектам совершения корпорацией уголовно наказуемых правонарушений право в США предпочитает оперировать категорией «уровень виновности». В соответствии с *Руководящими положениями по назначению наказаний (USSG)* он определяется, исходя из таких обстоятельств, как участие в преступных действиях руководителей, наличие судимостей за последние 10 лет, нарушение общественного порядка или режима probation, препятствование отправлению правосудия, наличие программы по обеспечению соблюдения законодательства, добровольное предоставление сведений, содействие обвинению⁸. Размер санкций (штраф) ставится в прямую зависимость от уровня виновности, что позволяет в случае преступных намерений или использования криминальных средств лишить посредством назначения высокого штрафа корпорацию всякого имущества.

Характеристики корпоративной вины также могут содержаться в отдельных законах. В частности, согласно *Закону о гарантиях 1974 г. (Global Safeguard Investigations; Trade Act)*, фирма, производящая и сбывающая товар, не отвечающий требованиям безопасности, признается виновной, если причиной ущерба послужил дефект, под которым понимается: а) конструктивный или производственный дефект; б) несоответствие продукции установленным стандартам; в) любое нарушение гарантии пригодности продукта к использованию в соответствии с его назначением (некомплектность, отсутствие надлежащей регулировки, отладки в момент приобретения товара); г) отсутствие предупредительной маркировки и ограничительных указаний в инструкциях по эксплуатации. При этом доброкачественное изделие может быть объявлено «дефектным», если произво-

дителем допущены «халатность, небрежное отношение» к потребителю, что выражается: а) в наличии в изделии потенциально опасных конструктивных решений и элементов (острых кромок, выступающих частей и т.д.); б) недостаточном объеме испытаний, подтверждающих безопасность изделия в эксплуатации, проводимых до его запуска в продажу; в) неточности формулировок в инструкциях по эксплуатации, которая может быть вольно истолкована и привести к неправильному использованию изделия. Кроме того, фирма может быть признана виновной в случаях, когда потребитель использовал изделие не по назначению, но фирма-изготовитель могла предвидеть такое небезопасное использование и не предупредила его об этом, а также если в момент выпуска изделия отсутствовал потенциально опасный дефект, который появился в ходе его нормальной эксплуатации, но фирма-изготовитель могла это предвидеть. Фирма освобождается от ответственности лишь в том случае, если торгующая организация или потребитель внесли какие-либо изменения в изделие, которые и послужили причиной ущерба⁹.

Законодательство США также предоставляет корпорации возможность признать свою вину и тем самым смягчить либо отсрочить уголовное наказание либо получить испытательный срок в качестве альтернативы реальной каре.

В Канаде юридические лица могут быть привлечены к уголовной ответственности за умышленные действия в трех случаях (*ст. 22.1 УК Канады*). Для этого, действуя, как минимум частично, в интересах организации, один из ее топ-менеджеров должен:

а) использовать свои должностные полномочия при участии в преступлении;

б) имея психическое состояние, достаточное для признания участником преступления, и действуя в пределах своих должностных полномочий, руководить представителями организации так, чтобы они выполняли поручения, связанные с преступлением;

в) осознавая, что представитель организации стал или собирается стать соучастником преступления, не предпринять возможных мер по предотвращению такого преступления.

Предусмотрена и ответственность юридического лица в случае, когда преступление совершено в результате преступной халатности (*ст. 22.2 УК Канады*). В этом случае необходимо доказать, во-первых, что, действуя в пределах своих должностных полномочий, один или не-

⁷ URL: https://archive.org/details/ModelPenalCode_ALI/page/n5/mode/2up: «...С целью действует тот, кто стремится достичь именно этого результата (1); с сознанием действует тот, кто не преследует цели достижения данного результата, но осознает “высокую степень вероятности” того, что его поведение приведет к этому (2); неосторожно действует тот, кто сознательно игнорирует существенный и неоправданный риск наступления результата (3); небрежно действует тот, кто не сознает наличия существенного и неоправданного риска наступления результата, о чем он должен был знать (4)».

⁸ URL: <https://www.ussc.gov/>

⁹ URL: https://www.usitc.gov/press_room/us_safeguard.htm

сколько представителей организации являлись участниками преступления; а во-вторых, что руководство организации, отвечающее за направление работы, связанное с преступлением, не предприняло обычных в такой ситуации мер по контролю деятельности своих подчиненных, которые могли бы воспрепятствовать совершению преступления.

Обстоятельства, отягчающие вину организаций, по большей части связаны с использованием деловой репутации и последствиями совершения преступлений. Устанавливая цели и принципы наказания, законодатель указывает на факторы, учитываемые при назначении наказания, включая получение организацией в результате преступления какой-либо выгоды, попытку организации скрыть свои активы или преобразовать их в другое имущество, чтобы показать невозможность оплаты штрафа и возмещения ущерба (*см. 718.21 УК Канады*)¹⁰.

В Австралии юридическому лицу вменяется осуществление объективной стороны состава преступления в случае его совершения работником данного юридического лица, служащим или агентом, действующим в рамках своих трудовых обязанностей или полномочий (*см. 12.2 УК Австралии*).

Субъективная сторона состава преступления, т.е. вина (*fault element*) в форме умысла (*intention*) или легкомыслия (*recklessness*), вменяется юридическому лицу в том случае, если оно посредством действий или бездействия совета директоров или топ-менеджеров выражено или молчаливо, прямо или косвенно, в том числе потворствуя формированию и поддержанию корпоративной культуры, терпимой к совершению преступлений, и предпринимая недостаточные усилия по созданию корпоративной культуры, противостоящей криминальным проявлениям, санкционировало или разрешило совершение данного преступления (*п. 1, 2 ст. 12.3 УК Австралии*). Также юридическое лицо может нести уголовную ответственность при наличии вины в форме небрежности (*negligence, см. 12.4 УК Австралии*).

Таким образом, для признания корпорации виновной либо на основе принципа идентификации ей присваивается виновное отношение (в формах умысла или неосторожности) руководства корпорации к признакам объективной стороны преступления, совершаемого от имени и (или) в интересах корпорации, либо доказываемый криминальный характер корпоративной культуры.

Доктрина корпоративной вины, выражающейся в корпоративной политике и практике, позволяет учесть роль организационных механизмов, способствующих совершению правонарушений. В частности, криминальный характер корпоративной культуры подтверждается (а) наличием уполномочивания на совершение того же самого или подобного преступления от имени руководителя корпорации (т.е. служащего, агента или чиновника корпорации, имеющего обязанности такого характера, что его или ее поведение может обоснованно рассматриваться как олицетворение политики всей корпорации); (б) осознанием служащим, агентом или чиновником корпорации, который совершил данное преступление, того, что руководитель корпорации уполномочит или разрешит совершение данного преступления (*§ 4 ст. 12.3 УК Австралии*)¹¹.

Максимально широкая ответственность юридических лиц установлена в ЮАР, где компания несет уголовную ответственность за любое противоправное поведение ее сотрудника, совершенное при осуществлении им своих полномочий или выполнении своих обязанностей (*ст. 332 Уголовно-процессуального закона ЮАР*)¹².

Согласно законодательству Франции, умысел и неосторожность являются формами вины. «Общая вина» как признак любого преступного деяния характеризует — в совокупности интеллектуального и волевого моментов — отношение лица к совершаемому и его последствиям.

Все преступления и большая часть проступков (малозначительные уголовные правонарушения) предполагают вину в форме умысла, т.е. осознание лицом незаконности деяния, а также желание совершить его и достичь вредных последствий. Знание уголовно-правового запрета презюмируется (исключение составляют случаи, когда имеет место юридическая ошибка, которую исполнитель не мог избежать, — *ст. 122-3 УК Франции*). Выделяются такие степени умысла, как *предумысел* (квалифицирующим признаком ряда преступлений — умысел, сформировавшийся до действий по совершению определенного преступления или проступка, *ст. 132-72 УК Франции*) и *специальный умысел* (содержащееся в диспозиции указание на совершение деяния с определенной целью).

Неумышленным считается сознательное и волевое поведение исполнителя, при котором он не стремится ни к какому вредному последствию («по оплошности, неосторожности,

¹⁰ URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/>

¹¹ URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00043>

¹² URL: <https://www.gov.za/documents/criminal-procedure-act-1977-26-mar-2015-1224>

невниманию, небрежности или погрешности в отношении обязанности по безопасности или предосторожности, возложенной законом или регламентами», абз. 1 ст. 221-6 УК Франции). При неумышленной вине уголовная ответственность наступает только тогда, когда действия лица повлекли тяжкие последствия (смерть человека, телесные повреждения, пожар и т.п.) либо совершены специальным субъектом. Эта форма вины присуща только проступкам.

Принятие нового *Уголовного кодекса Франции 1992 г.* знаменует ужесточение критериев виновности, применяемых в отношении юридических лиц, так как для их привлечения к уголовной ответственности в большинстве случаев достаточно вины в форме неосторожности. При назначении наказания учитываются как смягчающие, так и отягчающие ответственность обстоятельства (причиненный ущерб, размер имущественной выгоды, полученной в результате совершения преступления; факт повторного совершения; сотрудничество юридического лица с судом и следствием и т.д.)¹³.

В Норвегии юридическое лицо подлежит наказанию в случае, если оно преднамеренно или по халатности предлагает на продажу или для распространения лекарство, которое по причине ингредиентов плохого качества, неправильного изготовления или по аналогичным причинам вредно для здоровья или не обладает иными необходимыми качествами (§ 360 УК Норвегии)¹⁴.

В Словении юридическое лицо может нести ответственность только за уголовные преступления, совершенные по неосторожности, в связи с тем что его правление или надзорные органы не осуществляли надлежащий контроль над законностью действий работников¹⁵.

В ФРГ вина определяется как характеризующееся упречностью отношение исполнителя к деянию. Различаются две формы вины: умысел и неосторожность. Под умыслом понимается наличие у лица осознания противоправности своего поведения и наличие воли, направленной на совершение данного противоправного деяния. Неосторожность имеет место тогда, когда лицо пренебрегает осмотрительностью, которую оно было в состоянии и обязано в данном случае проявить в силу своих личных способностей и знаний. Прямой вид умысла устанавливается при наличии у субъекта определенного намерения (цели). При косвенном умысле лицо лишь допу-

скает возможность нарушения закона и даже соглашается с наступлением последствий, которых оно не желает. Наказывается только умышленное деяние, если закон прямо не предусматривает наказание за неосторожность (§ 15 УК ФРГ).

Хотя в Германии юридическое лицо не может быть привлечено собственно к уголовной ответственности, его ответственность за правонарушение предусмотрена *Законом об административных правонарушениях 1987 г. (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)*, согласно которому к юридическому лицу применимы штраф и конфискация / возмездное изъятие имущества. Сумма административного штрафа для юридических лиц обязана превышать размер финансовой выгоды, полученной юридическим лицом от совершенного правонарушения. Допускается назначение административного денежного взыскания предприятию, если руководитель предприятия совершил преступное деяние или административное правонарушение и нарушил таким образом обязанности, касающиеся самого предприятия (ст. 30). Юридическое лицо несет ответственность за ненадлежащее исполнение физическим лицом его должностных полномочий, допущенное умышленно или по халатности и повлекшее нарушение (ст. 17.4). Тем самым юридическому лицу вменяется вина руководителей и иных работников¹⁶.

В Израиле по общему правилу корпорация подлежит уголовной ответственности, когда преступление совершено лицом во время исполнения им своих должностных полномочий либо за преступление, требующее доказывания преступного умысла либо небрежности, если при обстоятельствах дела и ввиду должности лица, его полномочий и ответственности в управлении делами корпорации следует рассматривать деяние, посредством которого лицо совершило преступление, а также преступный замысел либо небрежность лица как деяние, преступный замысел либо небрежность корпорации. Если же преступление совершено посредством бездействия, когда обязанность совершить действие лежала непосредственно на корпорации, то не имеет значения, можно ли отнести совершение преступления какому-либо должностному лицу корпорации или нет (ст. 23 Закона «Об уголовном праве» Государства Израиль). Таким образом, корпоративная уголовная ответственность требует установления вины, которая либо вытекает из умышленных или неосторожных деяний

¹³ URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>

¹⁴ URL: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-05-20-28>

¹⁵ URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/si/si045en.pdf>

¹⁶ URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/englisch_owig.html

руководства, либо возлагается без уточнения формы вины на саму корпорацию (в случае бездействия, когда обязанность действовать лежит на самой корпорации)¹⁷.

В Японии Закон «О наказаниях за преступления против окружающей среды» 1970 г., предусматривая уголовную ответственность за нарушение требований о выбросах загрязняющих веществ, создающих угрозу здоровью и жизни людей, в качестве основной формы вины называет небрежность¹⁸.

В соответствии с уголовным законодательством КНР преступная деятельность юридических лиц может быть либо умышленной, либо неосторожной. Умышленным преступлением, совершенным юридическим лицом, считаются противоправные действия их руководителей (иных ответственных лиц), преследующих корпоративные выгоды путем нарушения закона. При совершении юридическим лицом преступления по неосторожности в деятельности руководства должны присутствовать признаки ненадлежащего отношения к исполнению обязанностей, повлекшего за собой опасные последствия. Тем самым форма вины устанавливается путем определения формы вины исполнителей совершенного преступления. Так как в содержание вины входят такие ее компоненты, как сознание и воля, постольку, если руководство юридического лица осознает общественную опасность деяния и желает наступления опасных последствий, то это состояние сознания и направленность воли распространяются на юридическое лицо. Поскольку институт корпоративной уголовной ответственности направлен в КНР прежде всего на предупреждение преступлений, совершаемых в целях извлечения нелегальных доходов, в подавляющем большинстве случаев вина юридического лица выражается в форме умысла¹⁹.

Отсутствие либо недостаток указаний на форму вины юридических лиц — прежде всего в тех правовых системах, где следование принципу индивидуальной вины не сбалансировано принципом идентификации, — восполняется иногда детализацией смягчающих и отягчающих обстоятельств, которые влияют на вид и предел избираемой в отношении юридического лица уголовно-правовой санкции (либо

иной меры уголовно-правового характера). Так, например, в Азербайджане при установлении вида и предела уголовно-правовой меры, применяемой к юридическому лицу, принимаются во внимание характер и степень общественной опасности преступления; объем выгоды, полученной юридическим лицом в результате преступления, или характер и степень обеспечения его интересов; количество преступлений и тяжесть их последствий; содействие в раскрытии преступления, изобличении его участников, розыске и нахождении имущества, полученного в результате преступления; добровольное возмещение или устранение материального и морального вреда, причиненного преступлением, иные меры, предпринятые юридическим лицом для уменьшения вреда, причиненного потерпевшему лицу; обстоятельства, характеризующие юридическое лицо, в том числе применение ранее уголовно-правовых мер в отношении его, либо занятие благотворительностью или иной общественно полезной деятельностью²⁰.

Таковы основные подходы зарубежных законодательств к проблеме определения формы вины при возложении на юридическое лицо публичной ответственности²¹.

Перейдем к сжато обзору подходов к рассматриваемой проблеме высших судов, в том числе выраженных в ходе конституционной проверки законодательства об административной (уголовной) ответственности юридических лиц.

Еще в 1909 г. Верховный суд США, рассматривая дело *New York Central and Hudson River Railroad Co. v. United States*, оценил конституционность содержащейся в *Акте Элкинса (Elkins Act)* нормы, которая устанавливала, что действие или бездействие служащего корпорации, действующего в рамках своих служебных полномочий, считаются действием или бездействием самой корпорации (принцип идентификации). Верховный суд США не согласился с аргументацией одной из сторон о несоответствии Конституции США положения названного закона об ответственности корпо-

¹⁷ URL: https://knesset.gov.il/review/data/eng/law/kns8_penallaw_eng.pdf.

¹⁸ URL: <http://www.env.go.jp/en/laws/policy/basic/index.html>

¹⁹ URL: <https://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm>

²⁰ URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30420353

²¹ См. также: Diskant Edward B. Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure // *The Yale Law Journal*. Vol. 118. No 1 (Oct., 2008); Dubber Markus D. The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability // *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*. Vol. 16. No 2 (Spring 2013); Catargiu M. The origins of criminal liability of legal persons: a comparative perspective // *AGORA International Journal of Juridical Sciences*. № 3 (2013). URL: www.juridicaljournal.univagora.ro

рации за действия служащих, агентов и сотрудников, поскольку наложение штрафа на корпорацию за действие ее сотрудников сводится к изъятию денег у невиновных акционеров и их наказанию без должного судебного процесса. В итоге была признана возможность привлечения корпорации к уголовной ответственности на основе принципа идентификации: «действие агента (представителя), осуществляющего делегированные ему полномочия, может контролироваться в публичных интересах посредством вменения его действия в вину работодателю и назначения наказания корпорации, в интересах которой он действует»²².

Несмотря на то что ранее, в прецедентном деле *Kalpanath Rai v. State* Верховный суд Индии постановил, что компании не может быть предъявлено обвинение в соответствии с *Законом о предотвращении террористической и подрывной деятельности*, поскольку существует конституционно обусловленное требование в отношении *mens rea*, которое остается невыполненным в случае корпорации, однако впоследствии в деле *Iridium v. Motorola* он, ссылаясь на «потребности нынешнего времени и общих тенденций развития соответствующего регулирования в странах общего права», постановил: компании могут быть привлечены с опорой на принцип отождествления к ответственности за предусмотренные статутами и общим правом правонарушения, в том числе те, которые требуют *mens rea*²³.

Федеральный Конституционный суд Германии в своем решении от 25 октября 1966 г., подчеркнув, что установление вины как условие привлечения к публичной ответственности является фундаментальным принципом правового государства, распространил обязательность установления вины не только на уголовные деяния, но и на иные правонарушения, указав, что применение данного принципа распространяется и на привлечение к публичной ответственности юридического лица. Если к юридическому лицу предъявляются претензии уголовно-правового характера, то определяющей является вина лиц, действовавших в его интересах²⁴. Упомянем также серию решений, принятых Федеральным Конституционным судом Германии, по вопросам ненадлежащей организации корпоративного

контроля в связи с привлечением юридических лиц к ответственности за качество выпускаемой продукции («*Produkthaftung*»)²⁵.

Конституционный суд Италии, откликаясь на высказанную ЕСПЧ позицию относительно того, что поскольку принцип *nullum crimen sine culpa* не находится под непосредственной конвенционной защитой, постольку его интерпретация принадлежит дискреции национального законодателя, указал: принцип вины является получившей конституционное закрепление фундаментальной основой разбирательства по уголовным делам, а потому в любом случае не может быть игнорирован²⁶.

По швейцарскому праву в рамках субсидиарной ответственности (так называемая вторичная корпоративная ответственность, являющаяся, в отличие от «первичной корпоративной ответственности» по своей сути вспомогательной формой ответственности) на юридическое лицо возлагается публичная ответственность лишь в случае, если правонарушение не может быть отнесено к какому-либо конкретному физическому лицу. Иными словами, компания может быть привлечена к уголовной ответственности, если какое-либо правонарушение имело место в ходе ее деятельности, и фактический преступник не может быть установлен ввиду недостатков в организации деятельности компании. Несмотря на это, Федеральный Верховный суд Швейцарии подчеркнул необходимость установления вины и в этих случаях: должно быть доказано, что по крайней мере одно лицо, хотя и не идентифицируемое, выполнило объективные и субъективные составные элементы правонарушения (как и в случае первичной корпоративной уголовной ответственности)²⁷.

Согласно разъяснению Конституционного трибунала Польши (решение от 3 ноября 2004 г.), Законом «Об ответственности коллективных субъектов за деяния, запрещенные под угрозой наказания» (2002 г.) была введена особая модель юридической ответственности, имеющая репрессивный характер и схожая с уголовной ответственностью лишь в самом широком смысле (*sensu largo*). Уголовная ответственность, указал Конституционный трибунал, есть лишь

²² New York Cent. & H.R.R. v. United States 212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed. 613 (1909).

²³ Ср.: URL: <https://indiankanoon.org/doc/162303> ; <https://indiankanoon.org/doc/18288042/>. См. также: Aneja Arti. Multidimensional Aspects of Corporate Criminal Liability: An Indian Perspective. 2016. URL: www.manupatra.com

²⁴ BVerfG, 25.10.1966 — 2 BvR 506/63.

²⁵ См., например: BVerfG, 09.01.2013, 2 BvR 2805/12.

²⁶ URL: <http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0322s-07.html>. См. также: Mazzacava F. L'ente collettivo come soggetto nell'ambito del diritto punitivo: modelli di responsabilità e nuovi strumenti sanzionatori. Analisi comparata con i sistemi di common law. Milano. 2014.

²⁷ BGE 142 IV 333. URL: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-IV-333%3Afr&lang=fr&type=show_document

одна из форм публичной ответственности, применяющей репрессию; национальному праву известны и иные формы репрессии, не являющиеся уголовными, применять которые вправе также и несудебные органы. Таким образом, законодатель, принимая данный закон, стремился к созданию самостоятельного вида юридической ответственности, которая, не являясь по сути своей уголовной, не предполагает соответствующие формы вины и стандарты ее доказывания²⁸.

Итак, высшие суды стран общего права в своих подходах к проблеме форм вины юридических лиц предпочитают опираться на принцип идентификации, который напрямую соотносит форму корпоративной вины с формой вины индивидов, аффилированных с соответствующей корпорацией.

Высшие, включая конституционные, суды стран континентального права, акцентируя фактор вины юридического лица как неременного условия публичной ответственности, тем не менее воздерживаются от признания определяющего значения за формой вины.

Как представляется, не является в этом плане исключением и позиция Верховного суда Нидерландов, согласно которой юридическое лицо может считаться совершившим деликт, если речь идет о действии, которое принято считать действием юридического лица (сделке, предпринятой данным юридическим лицом или кем-либо, находящимся в сфере его влияния), при этом необходимо установить умысел, выражающийся в ясно выраженном согласии юридического лица на совершение его сотрудником соответствующих действий, т.е. знать о действиях и одобрять их (в этом случае действия сотрудника рассматриваются как действия самого юридического лица)²⁹. В данном случае раскрывается скорее содержание вины юридического лица как таковое, а не признаки ее отдельных форм.

Таким образом, проведенный на уровне нормативного регулирования и высшего (конституционного) правосудия компаративный анализ с очевидностью убеждает в непродуктивности включения форм вины в составообразующие признаки публичных, в том числе админи-

стративных, правонарушений, совершаемых юридическими лицами — во всяком случае там, где публичная ответственность юридических лиц безусловно не основывается на доктрине отождествления.

Литература

1. Березкин А.В. Persona: из римского права в богословие и каноническое право / А.В. Березкин, С.Ю. Крицкая // Христианское чтение. 2019. № 5. С. 106–118.

References

1. Aneja Arti. Multidimensional Aspects of Corporate Criminal Liability: An Indian Perspective. 2016. URL: www.manupatra.com/

2. Catargiu M. The origins of criminal liability of legal persons: a comparative perspective / M. Catargiu // AGORA International Journal of Juridical Sciences. 2013. Vol. 3. P. 26–30.

3. Dewey J. The Historic Background of Corporate Legal Personality / J. Dewey // Yale Law Journal 1926. Vol. 35. Iss. 6. P. 655–673.

4. Diskant Edward B. Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure / Edward B. Diskant // The Yale Law Journal. 2008. Vol. 118. Iss. 1. URL: https://www.researchgate.net/publication/271815605_Comparative_Corporate_Criminal_Liability_Exploring_the_Uniquely_American_Doctrine_Through_Comparative_Criminal_Procedure

5. Dubber Markus D. The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability / Markus D. Dubber // New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal. 2013. Vol. 16. Iss. 2.

6. He Dan. Public State, Private Corporation: A Joint History of the Ideas of the Public / Private Distinction, the State & the Corporation : PhD thesis / Dan He. SOAS University of London, 2019. URL: <http://eprints.soas.ac.uk/32467>

7. Koessler M. The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation / M. Koessler // Louisiana Law Review. 1949. Vol. IX. URL: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol9/iss4/2>

8. Mazzacuva F. L'ente collettivo come soggetto nell'ambito del diritto punitivo: modelli di responsabilità e nuovi strumenti sanzionatori / F. Mazzacuva / Analisi comparata con i sistemi di common law/Milano. 2014.

9. Seymour Bayly E. The Historical Development of the Common-Law Conception of a Corporation / Bayly E. Seymour // The American Law Register. 1903. № 9. P. 529–551.

²⁸ URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20042432442/T/D20042442TK.pdf>

²⁹ См.: HR 1 July 1981, NJ 1982, 80; HR 14 January 1992, NJ 1992, 413 and HR 13 November 2001, NJ 2002, 219; HR 21 October 2003, NJ 2006, 328.

Поправки в Конституцию Российской Федерации и приоритет международного права: в поисках новой формулы

Исполинов Алексей Станиславович,
заведующий кафедрой международного права
Московского государственного университета (МГУ)
имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук, доцент
ispolinov@inbox.ru

В настоящей статье проведен анализ тех положений законопроекта о внесении изменений в Конституцию РФ, которые касаются исполнения решений международных судов и полномочий Конституционного Суда РФ в этих вопросах. Автор приходит к выводу о том, что хотя эти положения формально выходят за рамки Послания Президента в части действия норм международного права в национальном правовом порядке, эти поправки лежат в русле давно ожидаемого, уже начатого Конституционным Судом РФ и соответствующего практике других государств перехода от абсолютного приоритета норм международного права к приоритету условному, в котором контроль за соблюдением этих условий находится в руках Конституционного Суда РФ, который и будет толковать и применять эти новые нормы на практике.

Ключевые слова: поправки, Конституция, приоритет международного права, исполнение решений судов, Конституционный Суд РФ.

Одной из центральных тем январского ежегодного Послания Президента России В.В. Путина (далее — Президент) стало его предложение внести ряд изменений в Конституцию РФ 1993 г. (далее также — Конституция), среди которых особняком стоит идея о введении в Конституцию положения о безусловном приоритете Конституции в национальном правовом порядке в том смысле, что «требования международного законодательства и международных договоров, а также решения международных органов могут действовать на территории России только в той части, в которой они не влекут ограничения прав и свобод гражданина, не противоречат нашей Конституции». Это предложение сразу же вызвало волну дискуссий вплоть до утверждений, что Россия отказывается от признания приоритета международного права¹.

После оглашения Послания складывалось впечатление, что речь идет о некоей корректировке ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, которая сегодня изложена в таком виде:

«Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Эта формулировка была затем воспроизведена в ст. 5 Закона «О международных договорах» 1995 г. с добавлением нового пункта: «положения международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутренних актов, действуют в Российской Федерации непосредственно». Затем положения Конституции РФ и Закона «О международных договорах» 1995 г. практически дословно воспроизведены во всех отечественных отраслевых кодексах, например в ст. 7 Гражданского кодекса РФ.

Однако уже 17 января 2020 г. последовали разъяснения, что предлагаемые изменения в Конституцию не коснутся главы 1 «Основы конституционного строя» (где и находится ч. 4 ст. 15) и главы 2 «Права и свободы человека и гражданина». Стало понятно, что речь может идти о введении некоей специальной нормы, которая, возможно, будет практически дословно

¹ Loffe Y. The Amendments to the Russian Constitution: Putin's Attempt to Reinforce Russia's Isolationist Views on International Law? URL: <https://www.ejiltalk.org/the-amendments-to-the-russian-constitution-putins-attempt-to-reinforce-russias-isolationist-views-on-international-law/>

повторять слова Президента об отказе в действии тех норм международного права, а также решений международных органов (включая решения международных судов), в том случае, если они влекут за собой (а) ограничения прав и свобод человека и (б) противоречат Конституции РФ. По сути, речь могла бы пойти о создании некоего конституционного противовеса ч. 4 ст. 15, который будет призван нивелировать риски и пробелы, связанные с ч. 4 ст. 15, т.е. о **возможном переходе от абсолютного приоритета международного права к его приоритету под условием** в виде недопустимости (а) ограничения прав человека, гарантированных Конституцией, и (б) угрозы основам конституционного строя. Если это так, то такой подход можно только поддержать. Являясь давним и безусловным сторонником изменения ч. 4. ст. 15 Конституции РФ², я всегда указывал на очевидные недостатки формулировки, принятой в 1993 г., которую Конституционный Суд РФ лишь начал подправлять своими решениями с 2014 г.

Однако в том, что касается международного права, текст внесенного в Государственную Думу законопроекта о внесении изменений в Конституцию состоял всего лишь из одного предложения, добавленного в существующую ст. 79 Конституции.

Статья 79 в сегодняшнем варианте звучит так:

«Российская Федерация может участвовать в межгосударственных объединениях и передавать им часть своих полномочий в соответствии с международными договорами Российской Федерации, если это не влечет за собой ограничения прав и свобод человека и гражданина и не противоречит основам конституционного строя Российской Федерации».

Добавленное в эту статью предложение изложено в таком виде:

«Решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации, не подлежат исполнению в Российской Федерации».

В ходе состоявшегося затем обсуждения международно-правовая часть законопроекта

² См., в частности: Исполинов А.С. Статус международных договоров в национальном праве: некоторые теоретические и практические аспекты // Российский юридический журнал. 2014. № 1. С. 189–191; Исполинов А.С. Вопросы взаимодействия международного и внутреннего права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Российский юридический журнал. 2017. № 1. С. 73–93.

никаким модификациям не подверглась и в этом виде вошла в финальный текст поправок в Конституцию. Однако, на наш взгляд, эта формулировка все же расходится со словами Президента, не является адекватным противовесом жесткой формуле ч. 4 ст. 15 и в принципе говорит немного о другом.

Загадки ч. 4 ст. 15 Конституции РФ

Во-первых, что бы мы ни говорили, этот пункт оставляет без четкого ответа вопрос о том, что же выше — международный договор или Конституция, судя по той дискуссии, которая велась среди юристов-международников с момента принятия Конституции в 1993 г.³ Без ответа остаются также вопросы о том, что такое общепризнанные принципы международного права (сегодня существует большое разнообразие точек зрения по этому поводу⁴).

Не меньшей загадкой являются и слова об общепризнанных нормах международного права. Учитывая то, что после слов о них в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ через запятую упоминаются международные договоры, то это явно не нормы международного договорного права (Treaty Law). Методом простого исключения можно предположить, что речь идет об универсальных и общепризнанных международных обычаях, т.е. о международном обычном праве (Customary International Law), которое таким образом также входит в отечественную правовую систему.

С обычаями тесно связана еще одна проблема ч. 4 ст. 15 Конституции — применение норм международного договора в случае его противоречия положениям закона. Формулировка о непосредственном применении норм международного права подразумевает в первую очередь его применение национальными судами. В этом случае неизбежно появляются новые вопросы. Означают ли слова о непосредственном

³ Значительная часть отечественных авторов выступает за безусловный приоритет международных договоров перед законами Российской Федерации (независимо от времени их принятия). См., например: Пунжин С.М. Правовая система России и международное право (вариации на тему статьи С.В. Бахина) // Правоведение. 2010. № 2. С. 254. Некоторые авторы отстаивают идею о приоритете норм международного права перед Конституцией. См.: Иваненко В.С. Международные договоры, Конституция и правовая система Российской Федерации: эволюция соотношения и тенденции взаимодействия // Российский ежегодник международного права. 2009. СПб., 2010. С. 31.

⁴ Из последних работ на эту тему см.: Ануфриева Л.П. Enigma российской Конституции 1993 года: «общепризнанные принципы и нормы международного права» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 4–25.

применении, что суды всегда и при любых обстоятельствах должны разрешать спор на основе нормы международного договора, а не на основе противоречащей ей применимой нормы национального права? Можно ли судам применять нормы договора, в отношении которого Россия согласилась только на временное применение? Означает ли формулировка ч. 4 ст. 15 о том, что суды должны применять только нормы международного договора в случае противоречия положениям закона, невозможность применения ими общепризнанных принципов международного права и международных обычаев в случае их расхождения с национальными нормами права? Часть 4 ст. 15 прямо об этом не говорит, но и не запрещает, тем более что эти принципы и международные обычаи объявляются частью правовой системы. В противном случае непонятен смысл их включения в этот пункт в качестве правовых норм, входящих в национальный правовой порядок. Как быть в случае противоречия нормы международного договора положениям не закона, а подзаконного нормативного акта?

Кроме этого, не понятна ситуация с точки зрения времени. Означает ли провозглашенный ч. 4 ст. 15 примат международных договоров над законами, что договор будет иметь приоритет не только над законами, принятыми до того, как данный договор стал обязательным для России, но и над всеми иными законами, принятыми уже после такой даты? Если да, то это означает, что парламент, который по определению выступает как выразитель суверенной воли народа, в принципе лишен права принять закон, противоречащий международному договору. Если все-таки может, то тогда получается, что национальные суды все равно будут применять закон лишь в той части, которая не противоречит международному договору.

Частично на эти вопросы постарался дать ответы Верховный Суд РФ, смягчивший жесткую монистическую конструкцию ч. 4 ст. 15. В п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» говорится о том, что действуют непосредственно (читай — применяются судами) **только положения официально опубликованных международных договоров, не требующие издания внутригосударственных актов для их применения.** В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами

общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» особо указывается, что в случае, если международным договором установлены иные правила, чем законом, **судами применяются только те из них, которые имеют «прямое и непосредственное действие в правовой системе Российской Федерации».** Таким образом, Верховный Суд РФ сузил перечень международных договоров, применяемых судами, и де-факто по умолчанию, и на наш взгляд, благоразумно, исключил из применения судами как принципы международного права, так и международные обычаи (вариант, применяемый многими национальными верховными судами).

В итоге буквальное прочтение ч. 4 ст. 15 Конституции приводит в выводу, что на тот момент был выбран (осознанно или нет, это другой вопрос) самый жесткий вариант действия норм международного права в правовом порядке Российской Федерации, состоящий в провозглашении приоритета норм международного права над любыми национальными законами, независимо от времени их принятия в сочетании с практически неограниченным применением национальными судами норм международных договоров в случае их противоречия нормам национального права.

Ситуацию несколько не проясняют попытки проследить намерения разработчиков Конституции в этих вопросах. Мое личное предположение заключается в том, что разработчики руководствовались распространенным (и при этом не всегда верным) пониманием дихотомии монизм — дуализм, при котором монизм в виде приоритета международного права заведомо ассоциируется с прогрессивностью и открытостью государства, а дуализм априори имеет негативную коннотацию и зачастую воспринимается как местечковость и закрытость. Отсюда мы имеем закрепленную в Конституции и кажущуюся крайне прогрессивной формулу, в которой парадоксальным образом сочетаются романтические иллюзии, недостаточный учет мирового опыта и непонимание последствий реализации этой формулы на практике.

Мировой опыт

Наш мир отличают сегодня отсутствие универсальной формулы вопроса взаимодействия международного и внутреннего права и крайнее разнообразие вариантов решения этих вопросов государствами. Каждое государство само-

стоятельно решает для себя вопросы действия международно-правовых норм в национальном праве, их место среди источников национального права, равно как и порядок разрешения возникающих коллизий между нормами внутреннего права и нормами международного права. Эти решения находят отражение в тексте конституции, с помощью издания законодательного акта либо в постановлениях высших национальных судов.

В зависимости от найденных государствами решений этих вопросов Б. Осминин схематично выделяет четыре группы государств.

Первая группа — международные договоры превалируют над внутригосударственным правом в целом, включая конституцию (Нидерланды, Австрия, Аргентина, Бразилия, Мексика).

Вторую группу образуют государства, в которых международные договоры обладают приоритетом над всем текущим законодательством независимо от времени принятия (Российскую Федерацию уже можно отнести в эту группу благодаря недавним решениям Конституционного Суда РФ).

В третьей, и самой большой, группе международные договоры и нормы международного права превалируют только в отношении предшествующих законов (Германия, Великобритания, США).

В четвертую группу входят государства, в которых все законы (независимо от времени вступления международного договора в силу) имеют приоритет перед всеми международными договорами независимо от факта их одобрения парламентом (ЮАР, Индия)⁵.

Если же говорить о государствах — членах Совета Европы и конституционном закреплении места Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — Европейская конвенция), то в абсолютном большинстве государств — членов Совета Европы национальная конституция имеет безусловное верховенство, а Европейская конвенция в национальной иерархии правовых норм располагается между конституцией и законами либо на одном уровне с законами⁶.

Необходимо отметить, что применяемые государствами на практике варианты гораздо

шире, чем указанные группы, и иногда зависят от характера международного договора, а не от общего подхода конкретного государства к международным договорам. Например, разрешается применение национальными судами не всех договоров, а только определенной группы, или применение договоров судами обуславливается целым рядом условий, где не последнюю роль играет принцип взаимности. При этом варианты, закрепленные в национальных конституциях, носят очень абстрактный характер и всегда требуют пояснений. Законодательное решение вопроса о соотношении международного и внутреннего права в конкретном государстве при очевидных достоинствах не может охватить все разнообразие международно-правовой практики, отразить внешне- и внутривнутриполитические приоритеты страны на данный отрезок времени и в принципе не предполагает учет вопросов взаимности. Напротив, судебное толкование, которое априори исходит из необходимости кастомизировать общий подход применительно к данному конкретному случаю, принимая во внимание все возможные факторы, представляет собой более гибкий вариант решения проблемы. На практике выходит, что практически везде заявленный в конституциях приоритет международного права оказывается условным, а высшие и конституционные суды большинства стран склонны к той или иной форме дуализма.

Вопросы контекста

На наш взгляд, впервые с высокой трибуны было предложено посмотреть на конституционное решение вопроса о порядке взаимодействия международного и внутреннего права с точки зрения внутреннего контекста, который (и тут можно согласиться с Президентом) изменился самым радикальным образом. Россия образца 1993 г., когда принималась действующая Конституция, — это страна, стоящая на грани гражданской войны и дезинтеграции по югославскому сценарию, где экономика почти полностью зависела от благосклонности внешних кредиторов. Россия в 2020 г. — это совершенно другое государство, с иными амбициями и приоритетами в мировой политике и экономике и иначе ощущающее свою роль и свою ответственность в мире и по-другому смотрящее на международное право. Доказательств этому можно привести очень много. Достаточно сказать, что в 1990-е годы имя Мишеля Камдессю, Директора-распорядителя

⁵ Осминин Б. Международные договоры и иерархия источников внутригосударственного права // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 103.

⁶ Peters A. Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law // Vienna Journal on International Constitutional Law. 2009. Vol 3. Iss. 3. P. 192.

Международного валютного фонда (далее — Фонд), крупнейшего на тот момент кредитора России, было знакомо чуть ли не всем жителям России, а отчеты о его инспекционных визитах в Москву широко освещались отечественными СМИ. Сейчас МВФ и тем более имена его первых лиц известны лишь очень узкому кругу специалистов, а Россия сама стала кредитором Фонда. Это лучшим образом характеризует произошедшие изменения. Другой, более серьезный пример — это использование права вето в Совете Безопасности ООН, показывающее наличие самостоятельного голоса во внешней политике. В 1995–2004 гг. — период максимального влияния США на международное право и мировую политику (и, признаться, период максимальной слабости России во внешней политике) — право вето ни разу не было не использовано Россией. Начиная с 2011 г. и по сегодняшний день Россия уже 18 раз применила свое право заблокировать принятие решений Советом Безопасности ООН.

Однако изменился и внешний международно-правовой контекст. Я уверен, что никто в 1993 г. не мог предположить, что Россия, став участником Европейской конвенции, будет во втором десятилетии XXI в. получать около 200 решений ежегодно, вынесенных в отношении ее Европейским Судом по правам человека (далее — ЕСПЧ)⁷. В 1993 г. Россия стремилась в Европу, и приоритетом было заключение соглашения с Европейским Союзом, поэтому никто не думал, что к 2020 г. будет сначала создан Таможенный союз, а потом и Евразийский экономический союз (далее — ЕАЭС). Еще не была создана Всемирная торговая организация (далее — ВТО) (появилась в 1995 г.), особенности правопорядка которой потребовали от всех основных игроков в мировой торговле уточнить свое отношение к праву ВТО и к возможности использовать нормы ВТО в своих национальных судах (почти все они ответили на это резко отрицательно).

Помимо этого, изменилось и само международное право. Сегодня международное право — это не только и не столько международные договоры. На наших глазах происходит некий ренессанс обычая в международном праве (Customary International Law), причем это поле весьма активно осваивается как международными, так и национальными судами. Международный Суд ООН (далее — МС ООН) в решениях

с 1949 по 2015 г. установил наличие обычных норм международного права в 95 случаях⁸, исходя из собственного представления об обычае, которое расходится с классической дефиницией, содержащейся в ст. 38 Статута МС ООН, и утверждая, что такие универсальные обычаи являются обязательными для всех государств⁹.

Появились различные международные интеграционные объединения, такие как Европейский Союз и Евразийский экономический союз, с наднациональными институтами, принимающими нормативные акты общего характера. Эти акты действуют напрямую в правопорядках государств-членов, т.е. подлежат применению всеми, в том числе субъектами национального права и национальными судами, оставаясь при этом вне сферы какого-либо судебного контроля на национальном уровне. Кроме того, Суд Европейского Союза (далее — Суд ЕС) настаивает на том, что любые, даже самые второстепенные акты ЕС имеют приоритет не только над законами, но и над конституциями государств-членов (доктрина абсолютного приоритета норм права ЕС¹⁰), заявив в решении по делу *Internationale Handelsgesellschaft*, что положения национальной конституции не могут быть использованы для того, чтобы оспорить действие нормы права ЕС¹¹. Широкую известность получило решение Суда ЕС по делу *Tanja Kreil*¹², в котором Суд признал не соответствующим праву ЕС конституционный запрет для женщин занимать в немецкой армии должности, связанные с использованием оружия. После этого решения Суда ЕС Конституция ФРГ была изменена.

Созданные в рамках различных многосторонних соглашений международные суды

⁸ Petersen N. The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law // The European Journal of International Law. Vol. 28. No. 2. P. 367.

⁹ «Международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» (подп. б) п. 1 ст. 38 Статута МС ООН).

¹⁰ Суд ЕС в целой серии своих решений, начиная с дела *Costa/Enel*, сформулировал свою доктрину абсолютного приоритета права ЕС, по которой любая норма права ЕС, даже техническая норма вторичного права, имеет безусловный приоритет над любой нормой права национального, независимо от того, когда была принята эта внутренняя норма, и от ее характера (Court of Justice of the European Union (далее — CJEU). *Costa v. E.N.E.L.* Case 6/64 [1964]. ECR. 585).

¹¹ CJEU. *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Case No 11/70 [1970]. 17 December 1970. ECR 1134. В решении сказано буквально следующее: «...действительность или действие акта Сообщества на территории государства-члена не может быть затронута утверждениями, что этот акт противоречит либо основным правам человека, сформулированным в национальной конституции, либо принципам национального конституционного строя».

¹² CJEU. *Tanja Kreil v Germany*. Case C-285/98 [2000]. ECR I-69.

⁷ В 2015 г. — 116 из 823, 2016 г. — 228 из 993, 2017 г. — 305 из 1068, 2018 г. — 248 из 1014, 2019 г. — 198 из 884.

показывают высокую креативность при толковании этих договоров, а также выстраивают систему своих собственных прецедентов, при которых решение, принятое судом по конкретному спору, становится де-факто обязательным не только для сторон спора, но и для самого суда при рассмотрении аналогичных споров, а также для других стран — участниц данного соглашения. Все чаще эти суды отказываются принимать во внимание намерения государств на момент заключения договора. Самый известный и красноречивый пример в этом отношении подает ЕСПЧ, который многократно в своих решениях заявлял, что нормы Европейской конвенции не могут быть истолкованы исключительно в соответствии с намерениями согласовавших их государств, смысл которых был отражен в Европейской конвенции несколько десятилетий назад¹³. Международные суды все более настойчиво ставят вопрос о соответствии международному праву внутренних законов и даже конституций, покушаясь на казавшиеся незыблемыми прерогативы национальной судебной власти. Тот же ЕСПЧ считает не соответствующими Европейской конвенции нормы конституций уже трех стран — России¹⁴, Боснии и Герцеговины¹⁵ и Болгарии¹⁶.

В этих условиях высшие национальные суды стали выстраивать свои собственные конструкции, адаптирующие национальные правовые системы к новой реальности. Особенно сильно это проявилось в Европе в ответ на идущие там интеграционные процессы и действия двух авторитетных международных судов (Суда ЕС и ЕСПЧ), каждый из которых претендует на звание конституционного суда Европы. Это вынуждает конституционные суды устанавливать своего рода ограничительные линии, за которые не могут заходить ни органы ЕС, ни международные суды. Так, в ответ на провозглашение Судом ЕС доктрины приоритета права ЕС Конституционный суд Италии (далее — КС Италии) в своих решениях по делам *Frontini*¹⁷

и *Granital*¹⁸ указал, что такие ограничения суверенитета не разрешаются, **если они противоречат конституционному порядку или приводят к нарушению защищаемых конституцией прав человека**. При пересечении этих линий (контрлимитов) нормативные акты ЕС или судебные решения международных судов действовать на территории конкретной страны не будут. Крайне колоритным примером применения этой доктрины на практике является решение КС Италии № 238/2014, в котором он признал неконституционность внутреннего закона, принятого во исполнение решения МС ООН по делу об юрисдикционных иммунитетах¹⁹, неконституционность обязательства Италии исполнить это решение (вытекающего из ст. 94 Устава ООН), а также неконституционность обычной нормы международного права (т.е. обычая) о судебном иммунитете иностранного государства как нарушающую конституционное право на доступ к правосудию. Как подчеркнул КС Италии, «нет никаких сомнений в том, что основополагающие принципы конституционного порядка и неотделимых прав человека представляют собой предел для применения общепризнанных норм международного права и служат в качестве контрлимитов (контрпределов) при введении в правовую систему норм права ЕС и норм международного права»²⁰.

В свою очередь Конституционный суд ФРГ (далее — КС ФРГ) считает, что основаниями для отказа признавать приоритет нормы права ЕС над национальными нормативными актами (но не над конституцией) являются *ultra vires* решения институтов ЕС, включая решения Суда ЕС²¹, а также несоответствие актов ЕС «конституционной идентичности» (КС ФРГ стал первым конституционным судом, который еще в 1974 г. использовал термин «идентичность» в своем решении *Solange-I*²²). Говоря о необходимости соблюдать обязательства по праву ЕС (и по международному праву в целом), Федеральный Конституционный суд Германии на сегодня исходит из того, что правительство

¹³ См., например: European Court of Human Rights (далее — ECHR). *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections). § 71 ; ECHR. *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*. § 107. Здесь и далее ссылки на постановления ЕСПЧ даны по <https://hudoc.echr.coe.int>

¹⁴ ECHR. *Anchugov and Gladkov v. Russia*. Judgment of 4 July 2013.

¹⁵ ECHR. *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*. Judgment of 21 December 2009.

¹⁶ ECHR. *Kulinski and Sabev v. Bulgaria*. Judgment of 21 July 2016.

¹⁷ Italian Constitutional Court (далее — ICC). *Frontini v. Ministero delle Finanze*. Judgment of 27 December 1973.

¹⁸ ICC. *Spa Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*. Judgment of 8 June 1984.

¹⁹ International Court of Justice. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*. Judgment of 3 February 2012. § 3.2.

²⁰ ICC. Judgment 238/2014 of 22 October 2014.

²¹ Das Bundesverfassungsgericht (далее — BVerfG). Order of the Second Senate of 06 July 2010 — 2 BvR 2661/06.

²² Более детально см.: Payandeh M. Constitutional review of EU law after Honeywell: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice // *Common Market Law Review*. 2011. Vol. 48. Iss. 1. P. 9–38.

в исключительных случаях не только может, а просто обязано не исполнять нормы права ЕС, если они противоречат основным положениям Основного закона ФРГ²³.

При ратификации Лиссабонского договора подобные оговорки сделали почти все конституционные суды государств — членов ЕС как ответ на доктрину приоритета права ЕС, заявив, что, по их мнению, этот приоритет должен быть относительным и условным²⁴. При этом все отдают себе отчет в том, что отказ исполнять норму права ЕС или решение Суда ЕС является средством, подлежащим применению в исключительных случаях. Поэтому такие случаи редки, но все же встречаются. В качестве примера можно привести решение Конституционного суда Чехии по делу *Slovak Pensions*²⁵, в котором он признал решение Суда ЕС по делу *Landtova*²⁶ как решение *ultra vires*, т.е. вынесенное с явным превышением полномочий, и поэтому не подлежащее исполнению. В декабре 2016 г. Верховный суд Дании в решении по делу *Ajos*²⁷ отказался следовать указаниям Суда, сформулированным в решении по делу *Dansk Industri v Rasmussen*, указав, что в противном случае он выйдет за пределы, установленные национальной Конституцией²⁸. Решение Верховного суда Дании было воспринято исследователями как еще один пример растущего раздражения от вмешательства со стороны международных судов и их динамичного толкования, идущего вразрез с национальной правовой культурой²⁹.

Парадоксальным образом Суд ЕС также использует критерий защиты прав человека при оценке действия норм международного права в правовом порядке Европейского Союза. В известном решении по делу *Kadi-I*, в котором Суд ЕС отменил нормативные акты Совета и Комиссии ЕС, принятые во исполнение резолюций Совета Безопасности, Суд ЕС отметил:

«Обязательства, налагаемые международным договором, не могут иметь последствием ущем-

ление конституционных принципов правового порядка ЕС, в число которых входит и принцип, что все акты ЕС должны уважать основные права человека. Уважение основных прав человека является условием правомерности этих актов для Суда ЕС...»³⁰.

Конституционный Суд РФ в силу аналогичных причин оказался перед необходимостью сформулировать свое отношение к действию норм международного права в национальном правовом порядке, что и было сделано в целом ряде его решений³¹. Так, по мнению Конституционного Суда РФ, только он решает вопрос о конституционности норм, действующих в правовом порядке России, в который входят не только национальные нормы, но и нормы международного права, включая решения межгосударственных органов, такие как решения Евразийской экономической комиссии (далее — ЕЭК) и решения международных судов, созданных на основе международных договоров, в которых участвует Российская Федерация, — ЕСПЧ и Суд ЕАЭС.

По мнению Конституционного Суда РФ, участие России в международных договорах и межгосударственных объединениях не должно приводить к (i) нарушению прав человека и (ii) создавать угрозу основам конституционного строя. Таким образом, Конституционный Суд РФ указал на два возможных основания для контроля норм международного права, сформулировав тем самым условия для их действия в национальном правовом порядке и их приоритета над национальными нормами, но не над Конституцией. Правила международного договора, решения межгосударственных органов и международных

³⁰ CJEU. *Jassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities*. Joined cases C-402/05 and C-415/05 [2008]. ECR I-0635. § 285.

³¹ Определение Конституционного Суда РФ от 3 марта 2015 г. № 417-О по запросу Арбитражного суда Центрального округа о проверке конституционности пункта 4 Порядка применения освобождения от уплаты таможенных пошлин при ввозе отдельных категорий товаров на единую таможенную территорию Таможенного союза // Вестник Конституционного Суда РФ. 2015. № 3; Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П по делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей 1 и 4 статьи 11, пункта 4 части 4 статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части 4 статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // СЗ РФ. 2015. № 30. Ст. 4658.

судов не должны отменять верховенство Конституции и могут быть реализованы только при соблюдении этого условия.

На наш взгляд, озвученное Президентом предложение говорит о желании закрепить этот подход Конституционного Суда РФ уже на уровне Конституции, сделав его (почти) необратимым.

Анализ поправок

Возвращаясь к январскому Посланию Президента, напомним, что речь в Послании шла о том, чтобы, оставляя положение о приоритете международного права, обусловить такой приоритет в целом (а не только договоров об участии в межгосударственных объединениях) верховенством прав и свобод человека и национальной конституции.

Как я уже отмечал в начале этой статьи, вошедший в финальный текст новый параграф ст. 79, гласящий, что «решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации, не подлежат исполнению в Российской Федерации», не соответствует этой задаче. Налицо расхождение с той обеспокоенностью, которая раньше уже выказывалась Конституционным Судом РФ и была отражена в Послании. О каких межгосударственных органах и о каких решениях идет речь и при чем здесь толкование? Если речь идет об органах ЕАЭС (например, ЕЭК), принимающих обязательные и действующие напрямую решения, то толкование здесь ни при чем. Проще сказать, что решения таких органов, противоречащие конституции или нарушающие права человека, не подлежат применению. Кстати, в этом отношении слово «применение» гораздо более уместно, чем «исполнение». Ведь решения ЕЭК как раз применяются всеми национальными субъектами права и национальными судами, а не исполняются.

Если речь идет о решениях международных судов, в первую очередь о решениях ЕСПЧ (а судя по выступлениям на различных площадках руководителей рабочей группы, это именно так), то тогда слова о толковании и об исполнении вполне понятны. Но и в этом случае очевидной неуклюжести и двойственности формулировки можно было избежать, используя опыт Конституционного Суда РФ, который очень аккуратно говорит не о противоречии

судебного решения, а о том, что его исполнение может привести к нарушению прав и свобод либо создать угрозу конституционному строю, и именно поэтому такое решение не может быть исполнено.

К сожалению, авторы законопроекта не совсем верно отразили смысл этой части Послания еще в одном аспекте. Президент в первую очередь апеллировал к правам и свободам человека, его достоинству и благополучию как к высшей ценности. С этим сильным аргументом очень сложно (если вообще возможно) спорить, если кто-то настаивает на абсолютном приоритете международного права. Но, к сожалению, этот аргумент, успешно используемый Конституционным Судом РФ и конституционными судами других стран, пропал из этой части законопроекта.

На наш взгляд, текст законопроекта в части международного права смотрелся бы гораздо внятнее и целостнее, если бы авторы использовали формулировки, уже неоднократно примененные Конституционным Судом РФ в своих решениях. Автор данной статьи в ходе обсуждения в экспертном сообществе предлагал такую редакцию второго параграфа ст. 79:

«Решения международных органов, а также нормы международного права, нарушающие конституционные положения, имеющие особо важное для Российской Федерации значение, не могут применяться в российской правовой системе».

Тем не менее финальный текст поправок в этом отношении остался неизменным. Однако это не означает, что дискуссии как в отношении этой поправки, так и в отношении ч. 4 ст. 15 Конституции РФ закончены. Мы скоро увидим, как эти поправки заработают в руках Конституционного Суда РФ, который без сомнения сгладит уже отмеченные шероховатости и наполнит эти положения практическим содержанием.

О понимании важности именно этой роли Конституционного Суда РФ говорят и поправки к Конституции, не только закрепляющие существующие де-юре и де-факто полномочия Конституционного Суда РФ в части контроля за соответствием Конституции России решений международных судов и институтов международных организаций, но и его новые полномочия, напрочь ускользнувшие от внимания в ходе обсуждения поправок. В соответствии с новой ч. 5 ст. 125 Конституционный Суд РФ

не только разрешает вопрос о возможности исполнения решений межгосударственных органов, принятых на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции РФ, но получил теперь также право принимать решение о возможности исполнения **решения иностранного или международного (межгосударственного) суда, иностранного или международного третейского суда (арбитража)**, налагающего обязанности на Российскую Федерацию, в том случае, если это решение противоречит **основам публичного правопорядка** Российской Федерации.

Здесь мы видим уже более четкие формулировки. Невооруженным глазом видна проводимая разница между, с одной стороны, решениями межгосударственных органов и, с другой стороны, решениями судов (причем как международных, так и национальных) и арбитражей (опять-таки как иностранных, так и международных). Тогда все встает на свои места. Решения межгосударственных органов — это наряд ли резолюции Генеральной Ассамблеи ООН или Парламентской ассамблеи Совета Европы, которые, как правило, не имеют обязательной силы. Речь также не идет об обязательных резолюциях Совета Безопасности ООН, например о включении того или иного лица в санкционные списки. Эти резолюции подлежат обязательной имплементации через принятие национальных правовых актов, и на этой стадии доступны конституционному контролю. Очевидно, что по смыслу этой статьи решения межгосударственных органов — это обязательные и **действующие напрямую** в национальном правопорядке решения институтов тех межгосударственных объединений, в которых участвует Россия. Это в первую очередь решения институтов ЕАЭС, вопросы соответствия которых Конституции, равно как и своего права проверять эти решения на соответствие Конституции, уже были самостоятельно решены Конституционным Судом РФ в Определении от 3 марта 2015 г. № 417-О. Теперь это право закреплено в Конституции и будет затем воспроизведено в законе «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Крайне интересны новые полномочия Конституционного Суда РФ проверять иностранные судебные и арбитражные решения на их соответствие публичному порядку. Без сомнения, это своего рода рефлексия на решение инвестици-

онного арбитража по делу компании «ЮКОС»³², в соответствии с которым Россия была признана нарушившей положения Энергетической хартии и в силу этого обязанной выплатить 50 миллиардов долларов компенсации акционерам ЮКОСа. Я уже отмечал в одной из своих статей, что это решение оказалось первым масштабным столкновением России с реалиями (иной раз крайне неприятными и неожиданными) современного инвестиционного арбитража³³. Одним из таких неприятных сюрпризов оказалось то, что инвестиционный арбитраж, рассматривающий споры между инвестором и государством, был во многом создан по образу и подобию международного коммерческого арбитража. Именно оттуда была заимствована концепция исполнения решений инвестиционных арбитражей, основанная на Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений уже далекого 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция), несмотря на то что Нью-Йоркская конвенция касалась лишь коммерческого арбитража и не могла учитывать ни появления начиная с 1980-х годов споров между инвестором и государством на основе межгосударственных инвестиционных соглашений, ни их современных особенностей. Нью-Йоркская конвенция дает выигравшему спор инвестору право обращаться за принудительным исполнением арбитражного решения не только в уполномоченный орган проигравшего государства, но и в национальные суды любого другого государства, где есть активы государства-ответчика. Единственное условие состоит в том, что как государство-ответчик, так и государство, в чей суд инвестор обращается за признанием и исполнением арбитражного решения, должны быть участниками Нью-Йоркской конвенции. Сама же Нью-Йоркская конвенция исходит из минимального контроля за арбитражными решениями со стороны национальных судов, разрешая им отказывать в исключительных случаях в признании и исполнении арбитражного решения лишь по узкому кругу процедурных оснований и в случае противоречия решения основам публичного порядка. В случае признания арбитражного решения национальным судом инвестор получает на руки исполнительный лист, и дальше

³² PCA. *Hulley Enterprises Limited v. the Russian Federation*. Case № AA226. Final award of 18 July 2015.

³³ Исполинов А.С. Куда идет современный инвестиционный арбитраж? // Российский юридический журнал. 2015. № 3. С. 80–96.

ему на помощь приходит национальная служба судебных приставов. В результате мы наблюдаем ошеломительный парадокс — в то время как все международные суды, даже самые авторитетные и известные, такие как ЕСПЧ, МС ООН и даже Суд ЕС, испытывают проблемы с исполнением своих решений, не обладая тем арсеналом принудительных мер, которые есть у национальных судов, инвестиционные арбитражи, являясь самым противоречивым явлением современного международного правосудия, имеют практически неограниченный доступ к такому набору мер во всех странах — участницах Нью-Йоркской конвенции (и их больше 150). С недавнего времени государства осознали риски такого подхода и активно предпринимают действия, направленные на восстановление некоего баланса в разрешении инвестиционных споров. Это и старт предложенной Европейской комиссией и уже одобренной Судом ЕС новой модели разрешения инвестиционных споров, в которой уже нет места Нью-Йоркской конвенции, а также активно идущее на уровне ЮНСИТРАЛ обсуждение идей создания постоянно действующего международного инвестиционного суда, исполнение решений которого также будет выведено из сферы действия Нью-Йоркской конвенции просто в силу того, что это будет суд, а не арбитраж.

Насколько помогут новые полномочия Конституционного Суда РФ в решении этой задачи? Думаю, что мало чем. Инвесторы и так стараются не обращаться за исполнением в суды проигравшего государства, трезво оценивая свои шансы и предпочитая искать активы ответчика в третьих странах. Признание Конституционным Судом РФ решения инвестиционного арбитража противоречащим Конституции или публичному порядку отнюдь не делает это решение неисполнимым. Подход, уже опробованный Конституционным Судом РФ в случае решений ЕСПЧ по делу Анчугова и Гладкова³⁴ или по делу того же ЮКОСа³⁵, может сработать только в случае решений, вынесенных другими международными судами либо межгосударственными арбитражами (как раз такой арбитраж, созданный в рамках Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., рассматривает сейчас спор между Украиной и Россией). Но в случае решений международных

коммерческих или инвестиционных арбитражей аннулировать такие решения Конституционный Суд РФ тоже не сможет, это исключительная прерогатива национальных судов той страны, в которой арбитраж проводился (зная наши межгосударственные инвестиционные соглашения, это Швеция либо Голландия, но в любом случае не Россия). Можно сделать вывод, что некоторая недооценка общей ситуации со стороны разработчиков этих положений все же присутствует. Если же Россия хочет играть на перспективу, то для этого надо более активно включаться в дискуссии о реформе инвестиционного арбитража и ратовать за создание инвестиционного суда. Однако у нас пока не видно (за малым исключением) ни внятного анализа новой модели ЕС³⁶, равно как и нет информации от российской делегации в рабочей группе ЮНСИТРАЛ о том, что там происходит, и о нашей позиции на этой площадке.

Однако у этих новых полномочий Конституционного Суда РФ может быть иной, внутренний эффект. При этом сложно сказать, подразумевали ли его разработчики, или мы увидим скорее побочный эффект проведения «красных линий» перед международными судами и арбитражами. Речи нет о централизации в руках Конституционного Суда РФ внутреннего толкования концепции публичного порядка. Сейчас у нас такого нет, как и нет законодательного определения того, что считать публичным порядком. Это отдается на откуп судам общей юрисдикции и арбитражным судам. Исследователи с сожалением отмечают, что оправдались самые худшие ожидания, которые были у специалистов в момент введения соответствующих положений в АПК РФ и ГПК РФ 2002 г., и что практика российских государственных судов (как арбитражных, так и общей юрисдикции) по применению понятия «публичный порядок» отличается непоследовательностью и отчасти непредсказуемостью³⁷. Централизация этого важного вопроса в руках Конституционного Суда РФ в виде обязанности судов обращаться к нему с соответствующим запросом бесспорно поможет добиться большей правовой определен-

³⁴ ECHR. *Anchugov and Gladkov v. Russia* (applications nos. 11157/04 and 15162/05). Judgment of 4 July 2013.

³⁵ ECHR, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v Russian Federation* (application no. 14902/04). Judgment (just satisfaction) of 31 July 2014.

³⁶ См. по этому поводу очень хороший анализ: Пименова С.Д. Реформа инвестиционного арбитража глазами Европейского Союза: проблемы и перспективы // *Международное правосудие*. 2018. Т. 28. № 4. С. 113–125.

³⁷ Де Варей-Соммьер П., Гетьман-Павлова И.В. Международный и внутренний публичный порядок при признании и исполнении иностранных арбитражных решений (правоприменительный опыт Франции и России) // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2014. № 1. С. 151.

ности, хотя и создаст для него дополнительную нагрузку.

Заключительные размышления

Подписанные Президентом поправки в Конституцию в той части, где говорится о действии норм международного права и решений международных судов, все же отличаются от соответствующих положений январского Послания Президента. Как уже было отмечено в начале этой статьи, сегодня одного лишь конституционного определения порядка взаимодействия норм международного и внутринационального права явно недостаточно. Много будет зависеть от позиции Конституционного Суда РФ, на который ляжет непростая обязанность наполнить эти нормы Конституции содержанием, постоянно ее адаптируя к изменяющимся реалиям и потребностям страны. В любом случае, вектор уже обозначен. Россия не отказывается от приоритета международного права и не переходит к дуализму. Она формулирует условия для такого приоритета, следуя в этом отношении практике многих уважающих себя государств.

Литература

1. Ануфриева Л.П. Enigma российской Конституции 1993 года: «общепризнанные принципы и нормы международного права» / Л.П. Ануфриева // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 3. С. 4–25.
2. Де Варей-Соммьер П. Международный и внутренний публичный порядок при признании и исполнении иностранных арбитражных решений (правоприменительный опыт Франции и России) / П. Де Варей-Соммьер, И.В. Гетьман-Павлова // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 140–161.
3. Иваненко В.С. Международные договоры, Конституция и правовая система Российской Федерации: эволюция соотношения и тенденции взаимодействия / В.С. Иваненко // Российский ежегодник международного права. 2009. Санкт-Петербург : Россия-Нева, 2010. С. 9–34.
4. Исполинов А.С. Вопросы взаимодействия международного и внутреннего права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации / А.С. Исполинов // Российский юридический журнал. 2017. № 1. С. 73–93.
5. Исполинов А.С. Куда идет современный инвестиционный арбитраж? / А.С. Исполи-

нов // Российский юридический журнал. 2015. № 3. С. 80–96.

6. Исполинов А.С. Статус международных договоров в национальном праве: некоторые теоретические и практические аспекты / А.С. Исполинов // Российский юридический журнал. 2014. № 1. С. 189–191.

7. Осьминин Б. Международные договоры и иерархия источников внутригосударственного права / Б. Осьминин // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 102–103.

8. Пименова С.Д. Реформа инвестиционного арбитража глазами Европейского Союза: проблемы и перспективы / С.Д. Пименова // Международное правосудие. 2018. Т. 28. № 4. С. 113–125.

9. Пунжин С.М. Правовая система России и международное право (вариации на тему статьи С.В. Бахина) / С.М. Пунжин // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 2 (289). С. 234–256.

References

1. Loffe Y. The Amendments to the Russian Constitution: Putin's Attempt to Reinforce Russia's Isolationist Views on International Law? / Y. Loffe. URL: <https://www.ejiltalk.org/the-amendments-to-the-russian-constitution-putins-attempt-to-reinforce-russias-isolationist-views-on-international-law/>
2. Madsen M. Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation / M. Madsen, H. Olsen, U. Sadl // European Law Journal. 2017. Vol. 23. Iss. 1–2. P. 141.
3. Payandeh M. Constitutional review of EU law after Honeywell: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice / M. Payandeh // Common Market Law Review. 2011. Vol. 48. Iss. 1. P. 9–38.
4. Peters A. Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law / A. Peters // Vienna Journal on International Constitutional Law. 2009. Vol. 3. Iss. 3. P. 192.
5. Petersen N. The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law / N. Petersen // The European Journal of International Law. Vol. 28. No. 2. P. 367.
6. Wendel M. Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives / M. Wendel // European Constitutional Law Review. 2011. Vol. 7. Iss. 1. P. 96–137.

Трансформация права на свободу передвижения в условиях активного использования технологий глубоких нейронных сетей

Миролюбова Светлана Юрьевна,
эксперт в Федеральном реестре экспертов научно-технической сферы
Научно-исследовательского института — Республиканского
исследовательского научно-консультационного центра экспертизы,
кандидат юридических наук
info@extech.ru

В статье исследуются проблема потери приватности и ее последствия при реализации человеком права на свободу передвижения в условиях активного использования распознающих и генеративных технологий глубоких нейронных сетей. Автор приходит к выводу, что ст. 27 Конституции РФ позволяет рассмотреть право человека свободно передвигаться в искусственном информационном пространстве как одно из правомочий свободы передвижения.

Ключевые слова: право на свободу передвижения, проблемы приватности, большие данные, искусственный интеллект, цифровой суверенитет.

Постоянное развитие системы основных прав происходит в сфере конституционного права, т.е. возможно возникновение объективной необходимости признания официально тех норм, которые уже объективно сложились в обществе. Конституционное право в его современном виде очевидно основывается на естественно-правовой концепции, которая содержит скрытые потенции, важные импульсы для развития реальности права на основе «признания» новых прав (ст. 2, 55 Конституции РФ)¹.

История права на свободу передвижения показывает, что проблемы, как правило, касались защиты права на свободу передвижения человека от государства. В настоящее время особое внимание приобретает аспект защиты права на свободу передвижения человека от частных лиц, поскольку информационные технологии позволяют следить, наблюдать, собирать информацию о передвижении человека всем желающим. Это способствует тому, что человек лишается приватности реализации права на свободу передвижения. В эпоху Больших данных² и искусственного интеллекта³ человек теряет контроль над своей конфиденциальностью,

сервисные платформы постоянно собирают данные и угрожают праву на неприкосновенность частной жизни как онлайн, так и офлайн⁴.

Полагаем, что ст. 27 Конституции РФ позволяет рассмотреть право человека свободно передвигаться в искусственном информационном пространстве⁵ как одно из правомочий свободы передвижения. Свобода передвижения нуждается в защите не только в физическом мире, но и в информационном пространстве.

Потеря приватности при реализации права на свободу передвижения и последствия, которые она влечет для человека

При всем том, что Интернет — это всеобщее достояние человечества, информационное пространство не должно делать прозрачной жизнь человека для любого желающего. В то же время жизнь человека, благодаря использованию распознающих и генеративных технологий искусственного интеллекта, становится открытой для всех и каждого. Традиционное представление о неприкосновенности частной жизни как

¹ Гаджиев Г.А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2013. С. 320.

² Большие данные мы рассматриваем как собирательный термин для цифровых технологий. Более подробно см.: Большие данные. URL: https://de.wikipedia.org/wiki/Big_Data

³ Под искусственным интеллектом мы понимаем глубокие нейронные сети.

⁴ Xianhong Hu. UNESCO advocated ROAM principles for Steering AI for Knowledge Societies. URL: <https://en.unesco.org/news/unesco-advocated-roam-principles-steering-ai-knowledge-societies>

⁵ Под информационным пространством мы понимаем Интернет, средства телефонной связи, планшеты, приложения и пр. информационные технологии, которые позволяют собирать данные пользователей. Основными элементами информационного пространства являются: информационные ресурсы, средства информационного взаимодействия и информационная инфраструктура.

о «праве быть оставленным в покое»⁶ меняется, поскольку информационно-коммуникационные технологии трансформируют социальные и экономические отношения, способствуют широкому обмену информацией, в том числе личной информацией, часто без ведома или согласия человека. Потеря приватности реализации права на свободу передвижения ведет к нарушению неприкосновенности личной жизни человека. Наступила новая реальность, которая существенно меняет мир.

Именно осуществление человеком комплекса личных прав и свобод создает совокупность цифровых данных о человеке⁷. Реализация человеком свободы передвижения в физическом мире формирует цифровые данные, которые собираются посредством информационных технологий.

Ярким примером сбора цифровых данных о перемещении людей и применения искусственного интеллекта на основе Больших данных для профилирования физических лиц служат технологии, которые применялись государствами в период пандемии COVID-19. В Китае камеры видеонаблюдения указывали на двери квартир тех, кто находился на 14-дневном карантине для гарантии, что они не уйдут. Цифровые штрих-коды в мобильных приложениях отражали состояние здоровья людей. В Сингапуре правительство выпустило приложение под названием TraceTogether, которое использовало сигналы Bluetooth между мобильными телефонами, чтобы увидеть, были ли потенциальные носители коронавируса в тесном контакте с другими людьми. В Гонконге некоторые жители носили браслет, который был связан с приложением для смартфона и мог предупреждать уполномоченные органы, если человек покинул свое место карантина. В Южной Корее правительство использовало такие записи, как транзакции по кредитным картам, данные о местонахождении смартфонов и видео с камер видеонаблюдения, а также разговоры между людьми, чтобы создать систему, в которой отслеживались подтвержденные случаи. Результатом стала карта, которая может показать людей, которые приблизились к носителю коронавируса. Израильское агентство безопасности Shin Bet использовало данные о

местонахождении мобильных телефонов граждан, чтобы осуществлять карантинный контроль и отслеживать перемещения зараженных⁸.

Кроме того, в Южной Корее использовалась платформа центра данных «Умный город», которая представляет собой крупномасштабный инструмент анализа городских данных, разработанный в рамках «Проекта исследований и разработок Smart City». Анализ собранных Больших данных в режиме реального времени позволяет автоматически определять передвижение и место пребывания людей по времени, а также анализировать крупномасштабную зону вспышки для выявления источника инфекции. Благодаря технологии время анализа эпидемиологических расследований сократилось от нескольких дней до 10 минут и перешло в автоматический режим, что позволило снизить нагрузку на эпидемиологов быстрее реагировать даже в случае крупномасштабного подтверждения. Использование личной информации в этой системе основано на правилах, которые позволяют общественности использовать личную информацию для точного эпидемиологического расследования ситуации с инфекционными заболеваниями. Система временно эксплуатируется, учитывая стадии реагирования на кризис инфекционных заболеваний, и личная информация уничтожается после завершения ситуации с COVID-19⁹.

Российская технология распознавания лиц FindFace позволяет создавать списки на время карантина и потом отслеживать, появляются ли эти люди перед камерами. Также позволяет распознавать действия, которые делает человек, отслеживать контакты и идентифицировать возраст людей, и ее можно настроить таким образом, чтобы она прислала алерты, если из дома выходит человек старше 65 лет. Геоданные от операторов в совокупности с технологией распознавания лиц дополняют друг друга¹⁰ и дают полное представление за перемещением физических лиц.

Таким образом, коронавирус послужил стимулом для использования и развития систем

⁶ Конфиденциальность. URL: <https://en.wikipedia.org/wiki/Privacy>

⁷ Миролюбова С.Ю. Перспективы использования искусственного интеллекта в правосудии и вопросы правового регулирования в Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2019. № 5 (71). С. 30–38.

⁸ Arjun Kharpal. Use of surveillance to fight coronavirus raises concerns about government power after pandemic ends. URL: <https://www.cnbc.com/2020/03/27/coronavirus-surveillance-used-by-governments-to-fight-pandemic-privacy-concerns.html>

⁹ 스마트시티 기술로 코로나19 확진자 동선 파악이 더 빠르고 더 정확해집니다 URL: http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_71/dtl.jsp?id=95083710

¹⁰ Кабаков А. Маска от алгоритма не защитит. URL: <https://thebell.io/maska-ot-algoritma-ne-zashhitit-razrabotchik-moskovskoj-sistemy-umnyh-kamer-o-slezhke-vo-vremya-karantina/>

массового наблюдения за передвижением людей. То, что изначально создавалось для борьбы с преступностью, широко используется для борьбы с коронавирусом и в иных целях.

Конечно, осуществление права на свободу передвижения происходит в социуме, где трудно передвигаться незамеченным. Но в то же время человек не подразумевает, что за ним круглосуточно следят. Использование технологий для наблюдения за перемещением людей открывает новые проблемы, связанные с новым ограничением свободы передвижения: 1) лишение реализации права на свободу передвижения приватности; 2) сбор данных при помощи информационных технологий на основе информации о передвижении человека; 3) использование данных, собранных из разных источников; 4) защита данных. Полная открытость жизни благодаря информационным технологиям — совершенно новое явление, которое требует осмысления и правового реагирования.

Часть 3 ст. 55 Конституции РФ устанавливает следующие критерии, которым должны соответствовать допустимые ограничения права на свободу передвижения и других конституционных прав и свобод человека и гражданина: «в целях защиты»; «в той мере, в какой это необходимо»; «предусмотрено федеральным законом».

В ст. 8 Закона РФ от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» (далее — Закон РФ о свободе передвижения) содержится закрытый перечень оснований ограничения права граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации, который не предусматривает ограничение свободы передвижения в форме слежения (наблюдения) при помощи информационных технологий, включая технологии распознавания лиц за передвижением людей¹¹.

Пока в Законе РФ о свободе передвижения не закреплено положение о том, что в определенных законом случаях в строго определенных целях, возможно слежение/наблюдение за передвижением человека с помощью информационных технологий, включая технологии распоз-

навания лиц, применение данных технологий с целью слежения/наблюдения за человеком, включая сбор данных о таком передвижении (перемещении), нельзя считать законным. Кроме того, защита данных, полученных из информации о передвижении граждан, требует законодательного закрепления требований о том, что собранные цифровые данные о реализации человеком свободы передвижения могут передаваться только в зашифрованном виде и храниться, как и программное обеспечение, только на российских серверах, которые расположены на территории Российской Федерации. Передача и хранение собранных таким образом личных данных людей за пределами Российской Федерации должны быть запрещены, законодательно должен быть установлен срок хранения таких данных.

Большие данные открывают возможности для злоупотребления информационной властью посредством манипуляций, дискриминации и информационной экономической эксплуатации — в сочетании с нарушением основных прав человека. Если объединить информацию о финансовых операциях, кредитоспособности, лечении, частном потреблении, профессиональной деятельности, использовании Интернета, электронных карт и смартфонов, видео- или коммуникационного наблюдения, то это может привести к информационному дисбалансу, который опасен для нашей демократии¹².

Приведем пример некоторых источников данных, которые формируются на основе информации о реализации человеком свободы передвижения и (или) иных прав в физическом мире и которые позволяют выстроить путь человека: 1) записи систем видеонаблюдения; 2) использование клиентских, банковских, платежных карт; 3) любой источник электронной связи (ручной и географический режим движения); 4) использование в личных или коммерческих целях разных электронных устройств или систем отслеживания активности человека, таких как «фитнес», «умные часы», «глобальные навигационные системы», такие как «GPS», смартфоны, планшеты и т.д.; 5) использование информации и взаимодействия в социальных сетях; 6) сетевые технологии «умный дом» и др.¹³

¹¹ Закон Российской Федерации от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации». URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=321536&fld=134&dst=100006,0&rnd=0.24968370006358742#07814067532066493>

¹² Thilo Weichert. Weichert fordert Hinterfragung und Erforschung von «Big Data». URL: <https://web.archive.org/web/20131202230602/https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20130318-bigdata.htm>

¹³ Большие данные. URL: https://de.wikipedia.org/wiki/Big_Data

Все эти действия наносят серьезный ущерб конфиденциальности, открывая доступ к личной информации человека о реализации им личных прав и свобод. Так, например, банки используют машинное обучение в кредитном скоринге, чтобы предсказать, вернет ли клиент кредит или не вернет, можно ли ему давать деньги или не стоит¹⁴. В задаче кредитного скоринга используются данные, собранные о человеке, в том числе по оплате банковской картой. Помимо этого, в результате обработки информации с банковской карты можно выстроить личный путь человека, получив информацию о его передвижении, а дополнив информацией из других источников, выстроить персональную траекторию жизни человека. Например, если данные о клиентах, которые собираются банками, соединить с данными, которые собирают магазины¹⁵, то можно выстроить полную картину человека как потребителя с детализацией того, что он покупает, когда и где.

Федеральный Конституционный суд Германии в своем решении от 15 декабря 1983 г. отметил, что в условиях современной обработки данных защита лиц от неограниченного сбора, хранения, использования и раскрытия их персональных данных покрывается общим правом личности, которое гарантирует полномочия лица самостоятельно определять информацию о раскрытии и использовании его личных данных. Ограничение права на «информационное самоопределение» допускается только в общих интересах. Они требуют конституционно-правовой основы, которая должна соответствовать верховенству закона. Конституционные требования к таким ограничениям должны проводить различие между личными данными, которые собираются и обрабатываются в индивидуальной, неанонимной форме, и данными, которые собираются в статистических целях, в процессе обработки обезличиваются. Ограничения права на «информационное самоопределение» допускаются только в общих интересах¹⁶. При этом в

рамках самоопределения необходимо уважать и защищать конфиденциальность. В связи с этим можно говорить о том, что пришло время построения человеком новой собственной реальности, которая предусматривает новые способы реализации свободы личности.

В России Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» по своему содержанию направлен в большей мере на защиту персональных данных человека от государства. В то же время возрастает потребность в защите персональных данных человека от иных частных лиц или группы частных лиц, поскольку технологии находятся в открытом доступе в Интернете и доступны каждому. Чтобы обеспечить закрытость человеческой жизни, конфиденциальность должна разрабатываться на архитектурном уровне программного обеспечения¹⁷ на основе принципа конфиденциальности, который должен применяться по умолчанию. Вместе с тем существует дилемма между конфиденциальностью и безопасностью, которую решить достаточно не просто именно из-за технологий, которые стремительно развиваются и меняют нашу жизнь.

Поскольку информационные технологии поменяли и продолжают менять условия реализации права на свободу передвижения, лишая реализацию данного права приватности, необходимо пересмотреть гарантии реализации права на свободу передвижения на территории Российской Федерации. Также важно усилить гарантии приватной реализации права на свободу передвижения граждан Российской Федерации за пределами Российской Федерации, обеспечив максимальную защиту данных, собираемых в других странах в ходе реализации гражданином Российской Федерации свободы передвижения и связанных с ней личных прав и свобод.

В связи с тем что реализация права на свободу передвижения выполняет гарантирующую функцию в отношении социально-экономических прав (например, право образования, свобода труда), то обеспечение защиты реализации права на свободу передвижения как в физическом (обычном) мире, так и в информационном пространстве автоматически защищает те личные права и свободы, реализация которых взаимосвязана со свободой передвижения.

¹⁴ Введение в машинное обучение. URL: <https://www.coursera.org/lecture/vvedenie-mashinnoe-obuchenie/mietriki-kachiestva-klassifikatsii-2-fpk12>

¹⁵ Злобин. А. Данные покупателей алкомаркетов «Красное & Белое» утекли в сеть. URL: https://www.forbes.ru/newsroom/obshchestvo/392029-dannye-pokupateley-alkomarketrov-krasnoe-beloe-utekli-v-set?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=lichnye-dannye-pochti-17-mln-pokupateley-a

¹⁶ Leitsätze zum Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html

¹⁷ Digital privacy. URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-privacy>

В таком случае возрастает роль позитивных обязанностей государства в отношении права на свободу передвижения, которые вытекают из положений ч. 1 ст. 7, ст. 19 и ст. 27 Конституции РФ.

***Свобода передвижения
в информационном пространстве***

На наш взгляд, свобода передвижения находится в новом периоде своего развития. Свобода передвижения человека переместилась в искусственное информационное пространство, созданное людьми в пределах территории Земли. Передвижение человека в Интернете — это естественная потребность человека, а информационное пространство — это специфическое средство, которое удовлетворяет данную человеческую потребность. При этом свобода передвижения человека в информационном пространстве имеет такую специфику, как цифровые следы. Передвижение человека в Интернете формирует данные о его траектории движения в информационном пространстве по его цифровым следам.

На наш взгляд, при реализации свободы передвижения цифровые данные собираются из двух источников: 1) на основе информации о передвижении человека в реальном (обычном) мире при помощи информационных технологий; 2) по цифровым следам человека о его перемещении в информационном пространстве в поисках информации.

Причем данные, сформированные на основе цифровых следов человека в Интернете, можно разделить на три вида: 1) траектория перемещения человека в информационном пространстве (например, на какие сайты он заходил); 2) цифровые следы о том, что он делал в Интернете; 3) персональные данные. Кроме того, весь массив данных о человеке можно разделить на персональные данные и анонимные данные, полученные при обезличивании персональных данных. Анонимные данные могут быть повторно использованы, а также при определенных условиях привести к повторной идентификации владельца персональных данных. Фактически формируется два рынка данных: рынок анонимных данных и рынок персональных данных.

Передвижение человека в информационном пространстве от обычной реализации права на свободу передвижения отличается следующими факторами.

1. Информационное пространство, в котором перемещается человек, искусственно создано людьми.

2. Передвижение (перемещение) в информационном пространстве для достижения цели возможно без обычного физического передвижения человека.

3. Сами действия по передвижению человека в Интернете имеют свойственную информационному пространству специфику. При этом общепризнанное описание действий человека в Интернете соответствует тому, как человек реализует обычное право на свободу передвижения. Например, «вошел в Интернет», «вышел из Интернета», «прошел по ссылке», «зашел на страницу», «припарковал домен», «оставил следы» и т.д.

4. При передвижении в информационном пространстве человек оставляет цифровые следы. Если в физическом мире человек может еще хоть как-то остаться незамеченным, то в информационном пространстве это невозможно, так как любое перемещение человека в Интернете фиксируется.

5. Передвижение в Интернете возможно при использовании технических средств (компьютер, смартфон, планшет и т.д.).

6. Ограничение передвижения человека в Интернете имеет свою специфику и связано с ограничением доступа к контенту, набором процессов и протоколов, которые определяют, может ли интернет-трафик перемещаться от его источника к месту назначения. Например, свобода передвижения человека в Интернете может быть ограничена, если лицо передвигается в Интернете в поисках контента, который по международным или национальным стандартам считается проблематичным.

Если мы посмотрим на ст. 27 Конституции РФ с точки зрения машинного обучения, то содержание этого права именно в Конституции России очень удобно для области обработки естественного языка для построения N-gram моделей. Например, ст. 27 Конституции РФ можно представить в виде unigrams (одно слово): каждый; кто; право; свободно; передвигаться; выезжать; bigrams (два последовательных слова): кто; кто законно; законно находится; имеет право; право свободно; свободно передвигаться; свободно выезжать; trigrams (три последовательных слова): каждый, кто; кто законно находится; имеет право свободно; право свободно передвигаться; каждый может свободно; может

свободно выезжать. Пунктуация: запятые и точки считаются словом в моделях N-gram. Именно таким образом сформулированное право позволяет ИИ рассматривать его не только как право в пределах физического мира, но и как право в информационной среде.

Это показывает, что при разработке Конституции РФ данное право сформулировали так, что оно удобно для машинного обучения. Может быть, стоит учесть такой аспект и разрабатывать акты, имеющие большое значение (например, надгосударственные акты) с учетом возможной их обработки для машинного обучения в будущем.

Эпоха динамичного развития больших данных и искусственного интеллекта оказывает существенное влияние на социальные изменения в мире, поэтому содержание Конституции РФ не может не учитывать происходящие в обществе изменения, находя новый смысл в содержании основных прав и свобод. Если посмотреть на формулировку ст. 27 Конституции РФ, то можно отметить, что комплексный характер права на свободу передвижения позволяет выразить через его нормативное содержание разные функциональные возможности данного права, разграничить составляющие его права по критерию территориальных пределов реализации, а также определить, что для осуществления свободы передвижения не требуется реализация всей совокупности правомочий, входящих в его нормативное содержание¹⁸. Таким образом, такое правомочие, как право свободно передвигаться, можно интерпретировать как право свободно передвигаться не только по «физической» территории Российской Федерации, но и в искусственном информационном пространстве. Специфика Интернета позволяет человеку, который законно находится на территории России, осуществлять свободу передвижения как в информационном пространстве России, так и в информационном пространстве за ее пределами в том случае, если нет каких-либо ограничений, включая блокировку. Граждане Российской Федерации и иные лица, находясь за пределами Российской Федерации, могут осуществлять свободу передвижения в искусственном информационном пространстве в пределах цифровой территории Российской Федерации.

¹⁸ Миролобова С.Ю. Право на свободу передвижения в пределах Российской Федерации: конституционно-правовой аспект. М., 2013. С. 157.

Таким образом, ст. 27 Конституции РФ показывает свой богатый потенциал, который раскрывается по мере развития информационных технологий. Право на свободу передвижения человека в информационном пространстве составляет часть свободы самоопределения личности, является одним из элементов в праве на свободу передвижения в качестве гарантированного государством личного права, элементом конституционно-правового статуса человека и гражданина в Российской Федерации. На наш взгляд, в целях усиления защиты человека ст. 27 Конституции РФ следует использовать наряду с базовыми конституционными нормами ст. 23, 24 и 29 Конституции РФ, которые применяются к информационным процессам, происходящим в интернет-пространстве.

Для любого государства обязательным является единое информационное пространство, которое служит средством управления и воздействия на общество. Современное глобальное информационное пространство во многих странах с высоким уровнем информатизации имеет свои более мелкие национальные информационные пространства и отраслевые информационные пространства¹⁹. При этом особое значение имеет цифровой (сетевой) суверенитет на территории Российской Федерации²⁰. В контексте Интернета цель состоит в том, чтобы управлять сетью и контролировать ее в пределах границ государства.

Глобализация ставит перед национальными государствами уникальные вызовы их суверенитету, особенно в отношении их власти над информационно-коммуникационными технологиями, поскольку безопасность и наблюдение являются лучшими стратегиями для борьбы с транснациональными и детерриторизированными потоками информации и коммуникаций. В результате суверенитет востребован как над технологиями, так и над информацией²¹. Одной из наиболее важных причин обеспечения суверенитета государства

¹⁹ Ожерельева Т.А. Об отношении понятий информационное пространство, информационное поле, информационная среда и семантическое окружение // Международный журнал прикладных и фундаментальных исследований. 2014. № 10-2. С. 21–24.

²⁰ Указ Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации». URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71456224/>

²¹ Migueláñez Verde Garrido. «All your Internet are Belong to Us»: On Nation States' Claims of Sovereignty over ICT Architecture and Contents. URL: <https://bfgp.org/blog/2016-04-all-your-internet-are-belong-to-us-on-nation-states-claims-of-sovereignty-over-ict-architecture-and-contents/>

над сетью является предотвращение сканирования информации, которая передается через другие страны. Например, любой интернет-трафик, проходящий через США, подпадает под действие Закона о патриотизме и может быть проверен Агентством национальной безопасности независимо от страны происхождения. Пример трафика из Канады, который маршрутизируется через США перед завершением его путешествия в Канаде. Этот тип маршрутизации означает, что США могут отслеживать и проверять канадский трафик²².

Некоторые национальные правительства подчеркивают суверенитет государства как организационную предпосылку национального и глобального управления Интернетом. В некоторых регионах были приняты законы о локализации данных, требующие, чтобы данные хранились, обрабатывались и распространялись в пределах определенной юрисдикции, чтобы хранить личные данные граждан в стране, чтобы сохранить регулирующие полномочия в отношении таких данных и укрепить аргумент в пользу юрисдикции. Все страны региона Центральной и Восточной Европы, Азиатско-Тихоокеанского региона и Африки имеют законодательство, требующее определенной локализации. Требования к локализации данных повышают вероятность множественных стандартов и фрагментации Интернета, ограничивая свободный поток информации, а в некоторых случаях увеличивая возможности для надзора²³.

Китай достиг наибольших успехов в обеспечении цифрового суверенитета, поскольку с самого начала разрешил строить очень мало точек входа и выхода из глобального Интернета в его границы, поэтому у Китая меньше цифровых границ, за которыми нужно следить. Россия изначально выстраивала интернет-развитие по западному образцу и теперь имеет много межсоединений, а значит, Российская Федерация обладает большим количеством цифровых границ, за которыми надо следить. Поэтому Россия работает над методом, который полностью не зависит ни от аппаратного, ни от программного обеспечения, — вместо этого он связывается с набором процессов и протоколов, которые определяют, может ли интернет-трафик пере-

мещаться от его источника к месту назначения. Если Россия преуспеет в своих окончательных планах по созданию национальной DNS, не будет никакой необходимости фильтровать международную информацию. Российскому интернет-трафику просто не нужно будет покидать страну²⁴. Подобные меры предлагаются по укреплению суверенитета канадской интернет-сети²⁵, в других странах²⁶.

Признать статус Интернета как международной территории по *man's land* (ничейная земля)²⁷ невозможно, поскольку территория Интернета — информационное пространство²⁸ находится под суверенитетом государств²⁹, которые входят в глобальную сеть. Существует мнение о том, что Интернет является миром сам по себе, и поэтому правительства должны оставить интернет-сообщество для саморегулирования³⁰. Однако развитие информационно-коммуникационных технологий активно формирует иной взгляд на Интернет, рассматривая его как физическое пространство территории конкретного государства и, следовательно, соблюдение законов данной юрисдикции³¹. Интернет, как правило, не делает четкими географические и юрисдикционные границы, но пользователи Интернета остаются в физических юрисдикциях и подчиняются законам, независимым от их присутствия в Интернете.

При этом как глобально распределенная сеть добровольно связанных автономных сетей Интернет работает без центрального органа управления. Каждая составляющая сеть выбирает технологии и протоколы, которые она развертывает, из технических стандартов, разработанных Инженерной группой по Интернету (IETF)³².

²² Network sovereignty. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Network_sovereignty#cite_note-Law_Creeps-16

²³ Internet governance. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Internet_governance

²⁴ By Sally Adee. The global internet is disintegrating. What comes next? URL: <https://www.bbc.com/future/article/20190514-the-global-internet-is-disintegrating-what-comes-next>

²⁵ Jonathan A. Obar. Andrew Clement. Internet Surveillance and Boomerang Routing: A Call for Canadian Network Sovereignty. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2311792

²⁶ Griffiths J. Democratic Republic of Congo internet shutdown shows how Chinese censorship tactics are spreading. URL: <https://edition.cnn.com/2019/01/02/africa/congo-internet-shutdown-china-intl/index.html>

²⁷ No man's land. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/No_man%27s_land

²⁸ Information space. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Information_space

²⁹ Terra nullius. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Terra_nullius

³⁰ Information technology law. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/IT_law#Internet_Law

³¹ Information technology law. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/IT_law#Internet_Law

³² Declaration of Principles Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium. URL: <https://www.itu.int/>

В настоящее время киберпространство стало новой областью конкуренции за глобальное управление. Все три сферы — Европа, Америка и Китай — генерируют наборы правил, положений и норм, которые начинают сталкиваться друг с другом. Более того, фактическое физическое местонахождение данных все больше разделяется по регионам, причем данные ограничиваются центрами обработки данных внутри границ стран с законами о локализации данных. Мощь нескольких платформ и услуг в сочетании с неудовлетворительным состоянием международного сотрудничества по управлению Интернетом подталкивает мир все ближе к расколотому Интернету. В ближайшие 10–15 лет Интернет, скорее всего, будет разделен на три части: одну — во главе с Китаем, вторую — во главе с Соединенными Штатами³³, третью — во главе с ЕС. Для Российской Федерации стоит задача найти свое место в грядущем перераспределении интернет-сил, усилить защиту права на свободу передвижения как в физическом мире, так и в информационном пространстве.

Заключение

Человечество движется к миру, где люди будут лишены приватности и потому будут вынуждены ничего не скрывать и думать о последствиях своих поступков, поскольку скрыть что-либо будет практически невозможно. В то же время ничего в окружающей реальности и собственной личности нельзя будет принимать на веру, все придется подвергать сомнению и постоянно перепроверять. Если раньше основная борьба за права человека была связана с защитой человека от государства, то в ближайшем будущем фокус защиты прав человека, которые претерпят трансформацию, благодаря прогрессу Больших данных и технологии искусственного интеллекта (глубоких нейронных сетей), сместится в частный сектор, поскольку государства не смогут удержать контроль и монополию над технологиями, и в скором времени подслушивать, подсматривать и повсеместно манипулировать реальностью смогут частные лица или группы частных лиц³⁴.

net/wsis/docs/geneva/official/dop.html ; Information technology law. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/IT_law#Internet_Law;

³³ Wong R. There May Soon Be Three Internets. America's Won't Necessarily Be the Best. URL: <https://www.nytimes.com/2018/10/15/opinion/internet-google-china-balkanization.html>

³⁴ Визильтер Ю.В. Распознающие и генеративные технологии — путь в новую реальность [видеозапись лекции

До сих пор на всем протяжении истории государство, его правоохранительные органы и спецслужбы могли получать доступ к чьим угодно коммуникациям. Пусть не всегда автоматически, не «по умолчанию» — но хотя бы по решению суда, в режиме контртеррористической операции или чрезвычайной ситуации: препятствия носили формально-юридический характер. А сейчас это становится невозможно уже чисто технически³⁵. Вопрос про приватность в целом бессмысленный, так как смартфоны уже собирают о людях крайне большое число данных. И вопрос здесь только в том, у кого есть к ним доступ³⁶.

Таким образом, право личной свободы трансформируется, постепенно утрачивая право «быть оставленным в покое». Это приведет к тому, что реализация целого комплекса личных прав, в том числе права на свободу передвижения человека в реальном мире, станет прозрачной и открытой, а информация об этом станет доступна всем. В то же время в Интернете любое передвижение человека изначально лишено приватности, поскольку цифровые следы, которые оставляет человек от пребывания в Интернете, невозможно скрыть, все остается в недрах Интернета. При этом человек становится не только потребителем информации в Интернете, но и поставщиком огромного количества данных, как о себе, так и иных лицах, которые можно собирать, хранить, анализировать и повторно использовать в новых целях. Эти данные формируются в результате реализации человеком своих прав и свобод как в обычной жизни, так и в информационном пространстве. Зачастую реализация прав и свобод в Интернете является продолжением реализации человеком какого-либо права в обычной жизни. Поэтому, на наш взгляд, при обсуждении проблем, связанных с Интернетом, надо рассматривать весь комплекс прав личной свободы человека. В защите нуждаются все основные права и свободы человека, поскольку они составляют ценность всего человечества. При развитии информационных технологий важно интегрировать защиту всего комплекса личных прав и свобод в цифровую

Ю. Визильтера] YouTube. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=KSJ3cCFGJXo>

³⁵ Демидов О. Что на самом деле происходит с Telegram? URL: <https://www.rosbalt.ru/moscow/2018/05/01/1700322.html>

³⁶ Кабаков А. Маска от алгоритма не защитит. URL: <https://thebell.io/maska-ot-algoritma-ne-zashhitit-razrabotchik-moskovskoj-sistemy-umnyh-kamer-o-slezhke-vo-vremya-karantina/>

среду, рассматривая информационное пространство как специфическое продолжение (часть) физического мира.

Литература

1. Визильгер Ю.В. Распознающие и генеративные технологии — путь в новую реальность [видеозапись лекции Ю. Визильгера] YouTube / Ю.В. Визильгер. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=KSJ3cCFGJXo> (дата обращения: 20.11.2019).

2. Гаджиев Г.А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности) / Г.А. Гаджиев. Москва : Норма, 2013. 319 с.

3. Демидов О. Что на самом деле происходит с Telegram? / О. Демидов. URL: <https://www.rosbalt.ru/moscow/2018/05/01/1700322.html> (дата обращения: 20.01.2020).

4. Злобин. А. Данные покупателей алкомаркетов «Красное & Белое» утекли в сеть / А. Злобин. URL: https://www.forbes.ru/newsroom/obshchestvo/392029-dannye-pokupateley-alkomarketov-krasnoe-beloe-utekli-v-set?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=lichnye-dannye-rochti-17-mln-pokupateley-a (дата обращения: 29.01.2020).

5. Кабаков А. «Маска от алгоритма не защитит». Разработчик московской системы умных камер — о слежке во время карантина / А. Кабаков. URL: <https://thebell.io/maska-ot-algoritma-ne-zashhitit-razrabotchik-moskovskoj-sistemy-umnyh-kamer-o-slezhke-vo-vremya-karantina/> (дата обращения: 12.04.2020).

6. Миролюбова С.Ю. Перспективы использования искусственного интеллекта в правосудии и вопросы правового регулирования в Российской Федерации / С.Ю. Миролюбова // Журнал конституционного правосудия. 2019. № 5 (71). С. 30–38.

7. Миролюбова С.Ю. Право на свободу передвижения в пределах Российской Федерации: конституционно-правовой аспект / С.Ю. Миролюбова. Москва : Статут, 2013. 154 с.

8. Ожерельева Т.А. Об отношении понятий информационное пространство, информационное поле, информационная среда и семантическое окружение / Т.А. Ожерельева // Международный журнал прикладных и фундаментальных исследований. 2014. № 10-2. С. 21–24.

References

1. 스마트시티 기술로 코로나19 확진자 동선 파악이 더 빠르고 더 정확해집니다. URL: http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_71/dtl.jsp?id=95083710 (дата обращения: 11.04.2020).

2. Adee S. The global internet is disintegrating. What comes next? / S. Adee. URL: <https://www.bbc.com/future/article/20190514-the-global-internet-is-disintegrating-what-comes-next> (дата обращения: 10.04.2020).

3. Griffiths J. Democratic Republic of Congo internet shutdown shows how Chinese censorship tactics are spreading / J. Griffiths. URL: <https://edition.cnn.com/2019/01/02/africa/congo-internet-shutdown-china-intl/index.html> (дата обращения: 12.03.2020).

4. Kharpal A. Use of surveillance to fight coronavirus raises concerns about government power after pandemic ends / A. Kharpal. URL: <https://www.cnbc.com/2020/03/27/coronavirus-surveillance-used-by-governments-to-fight-pandemic-privacy-concerns.html> (дата обращения: 11.04.2020).

5. Miguelángel Verde Garrido. «All your Internet are Belong to Us»: On Nation States' Claims of Sovereignty over ICT Architecture and Contents / Garrido Miguelángel Verde. URL: <https://bfgp.org/blog/2016-04-all-your-internet-are-belong-to-us-on-nation-states-claims-of-sovereignty-over-ict-architecture-and-contents/> (дата обращения: 12.02.2020).

6. Obar J.A. Internet Surveillance and Boomerang Routing: A Call for Canadian Network Sovereignty / J.A. Obar. A. Clement // TEM 2013: Proceedings of the Technology & Emerging Media Track — Annual Conference of the Canadian Communication Association (Victoria, June 5-7, 2012). URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2311792 (дата обращения: 10.04.2020).

7. Weichert T. Weichert fordert Hinterfragung und Erforschung von «Big Data» / T. Weichert. URL: <https://web.archive.org/web/20131202230602/https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20130318-bigdata.htm> (дата обращения: 31.01.2020).

8. Wong R. There May Soon Be Three Internets. America's Won't Necessarily Be the Best / Wong Rose // The New York Times. 2018. 15 October.

9. Xianhong Hu. UNESCO advocated ROAM principles for Steering AI for Knowledge Societies / Xianhong Hu. URL: <https://en.unesco.org/news/unesco-advocated-roam-principles-steering-ai-knowledge-societies> (дата обращения: 09.04.2020).

THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Evgeniy TARIBO. Correction of Judicial Practice by Acts of Higher Courts

The article deals with the forms of decisions of higher courts aimed at judicial practice correction. Special attention is paid to such a new phenomenon as reviews of decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation. Comparing it with the already known forms of generalization of judicial practice – reviews of legislation and judicial practice adopted by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation, as well as information letters of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, – the author comes to the conclusion that the form of review of decisions (practice) allows higher courts to indicate the dominant trends in the interpretation and application of legislation in order to ensure legal certainty. The author notes that the guidelines contained in the reviews of decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation were recognized by the courts, which began to refer to the relevant reviews as the official source of the legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation, that confirms the significance of the definitions of the Constitutional Court of the Russian Federation published in the reviews. At the same time, it is stated that the practice of courts using reviews of decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation is still at the stage of formation. However, this practice, eventually, should show and prove the effectiveness of this legal phenomenon, and also identify areas for further improvement and possible clarification of the activities of the Constitutional Court of the Russian Federation on generalization of its decisions.

Keywords: Supreme Court of the Russian Federation, Constitutional Court of the Russian Federation, review of decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation, courts' clarifications, judicial practice reviews, legal certainty.

TARIBO Evgeniy Vasilyevich — Head of the Department of Constitutional Foundations of Public Law of the Constitutional Court of the Russian Federation, PhD (Law)

Contacts: taribo@ksrf.ru

Alexey KARTSOV. Public Liability of Legal Entities (to the Question of Forms of Guilt)

The article uses a broad comparative material to consider the problem of forms of guilt of legal entities when bringing them to public, including administrative, responsibility. The analysis of the normative regulation carried out both in common law and continental law countries, as well as the positions of higher courts, including constitutional ones, is carried out. With regard to legal systems that do not base public liability of legal entities on the doctrine of identification, the conclusion is based on the unproductivity of including forms of guilt in the constituent features of public, including administrative, offenses committed by legal entities.

Keywords: public liability of legal entities, forms of guilt, legal order of the continental family and common law; legislative regulation; practice of higher courts, including constitutional ones; comparative analysis.

KARTSOV Alexey Sergeevich — Counsellor of the Constitutional Court of the Russian Federation, Professor, Department of Constitutional and Administrative Law HSE Faculty of Law, St. Petersburg, Doctor of Law

Contacts: Aleksey.Kartsov@ksrf.ru

POINT OF VIEW

Alexey ISPOLINOV. The Amendments to the Russian Constitution and a Priority of International Law: in Search of a New Formula

In a present article the author undertakes a review of suggested amendments to the Russian Constitution in relation to the execution of the decisions of international courts and tribunals. One of the conclusions is that in spite of the fact that the amendments are not fully correspond to the relevant parts of the President's annual Address to the Parliament, these amendments present a remarkable step towards long expected and already paved by the recent Russian Constitutional Court shift from absolute priority of international law in the domestic legal order to the priority under certain conditions controlled by the Constitutional Court whose main task in this field will be interpretation and application of the new provisions of the Russian Constitution.

Keywords: amendments, Constitution, priority of international law, execution of the decisions of international courts, Constitutional Court.

ISPOLINOV Alexey Stanislavovich — Head of the Department of International Law of the Faculty of Law of the Lomonosov Moscow State University, Doctor of law, Associate Professor

Contacts: ispolinov@inbox.ru

Svetlana MIROLUBOVA. Transformation of the Right to Freedom of Movement in the Conditions of Active Use of Artificial Intelligence

This article investigates the problems of information privacy in the exercise of the right to freedom of movement in the conditions of active use of artificial intelligence. The author concludes that Article 27 of the Constitution of the Russian Federation allows to consider the right of a person to move freely in the artificial information space as one of the powers of freedom of movement. Freedom of movement needs protection not only in the physical world, but also in the information space.

Keywords: the right to freedom of movement, the problem of privacy, artificial intelligence, Big Data, digital sovereignty.

MIROLUBOVA Svetlana Yrievna — Expert in the Federal Register Scientific and Technical Experts, PhD (Law)

Contacts: ralf99@yandex.ru