

ОБЗОРЫ

Обзор онлайн-конференции «Вторые Баскинские чтения. Изменения в праве: новаторство и преемственность» (Санкт-Петербург, 14 октября 2020 г.)

Конференция «Вторые Баскинские чтения. Изменения в праве: новаторство и преемственность» была проведена 14 октября 2020 г. на платформе Zoom Северо-Западным институтом управления РАНХиГС при организационном содействии журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» и Фонда поддержки и развития исторического наследия А. Ф. Кони. В конференции приняли участие видные российские и зарубежные ученые-правоведы.

Научная дискуссия на конференции была организована в рамках трех панелей: «Теоретические проблемы правовых изменений» (модератор — Андрей Васильевич Поляков), «Конституция РФ: диалектика стабильности и развития» (модератор — Сергей Львович Сергеев) и «Реформирование гражданского законодательства на современном этапе» (модератор — Евгений Борисович Хохлов). Представляю вниманию читателей обзор выступлений докладчиков на конференции, в ходе которой были затронуты актуальные вопросы, связанные с необходимостью теоретического, доктринального переосмысления изменений, происходящих в праве, и отражения этих изменений в принимаемых нормативных актах, включая принятие так называемого закона о законах¹.

1. Теоретические проблемы правовых изменений

Поляков Андрей Васильевич². Для того чтобы говорить об изменениях в праве, необходимо представлять, что такое право. При этом понятно, что в зависимости от того, что считать правом, будет зависеть и возможность определения понятия и критериев того, что можно считать изменениями права. Так, взгляд на право с узких позиций, когда оно отождествляется с законодательством, сузит и возможные ответы на вопросы о том, что составляет его изменение. С другой стороны, если право понимать более широко, то тем самым мы раздвигаем горизонты наших представлений об этой проблематике.

Лично меня в этой области интересует степень изменений в праве или изменчивости права. То, что право изменяется, — это достаточно очевидно. И изменяется оно, если брать, например, аспект законодательства, подчас достаточно радикально. Но вот означает ли это, что эти изменения происходят исключительно по рациональным причинам и что все, что связано с изменениями в праве, можно рационально просчитать. Или, наоборот, развитие в праве, изменения — это сугубо спонтанное развитие, которое не подвержено рациональному контролю и осуществляется путем приспособления чего-то к чему-то, например, общественной психики к каким-то внешним социальным условиям. Это все проблемы, которые требуют своего осмысления и ответа.

На мой взгляд, очевидно, что если есть изменчивость в праве, если право меняется, то в нем должно быть и нечто неизменное, постоянное, фундаментальное, то есть некая основа, которая может служить фундаментом для этих изменений, объяснять эти изменения и, может быть, даже в каком-то смысле предсказывать эти изменения или даже формулировать какие-то нормативные, должные изменения в праве, то есть определять критерии, которым право должно соответствовать, если рассматривать его нормативный, даже законодательный аспект.

В этом контексте, конечно, я представляю себе безмерность этой задачи, ведь на протяжении веков, если не тысячелетий, этот вопрос пытались разрешить в рамках различных научных и ненаучных философских направлений. И вплоть до настоящего времени противостояние, в широком смысле, направлений, например позитивизма, юснатурализма, исторической и других школ, в том числе и современных теорий, сохраняется в отношении данного вопроса. С этих позиций можно сравнить, например, идеи ученых Санкт-Петербургской научной школы, в частности Льва Петражицкого, и положения других школ, которые представляют не меньший интерес, например, идеи московской школы Павла Ивановича Новгородцева. Мне кажется, что идеи, которые были сфор-

¹ Видеозапись конференции также доступна по ссылкам: <https://www.youtube.com/watch?v=IXTafeOgBS0>; <https://www.youtube.com/watch?v=XA4bs0DGJf8>; <https://www.youtube.com/watch?v=DqUECOduKgw>.

² Доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

мулированы в рамках этих направлений в общем, не потеряли и сегодня своего значения. Более того, поскольку Л. Петражицкий был не чужд, хоть и весьма своеобразному, пониманию естественного права и даже считал себя одним из основоположников его возрождения, его идеи и сегодня в рамках теории возрождения естественного права имеют свой научный потенциал.

В самом понимании Л. Петражицким права и тех изменений, которые в нем происходят, можно заметить какую-то двойственность, поскольку, как он говорил, право развивается спонтанно, что это есть какое-то бессознательное гениальное приспособление народной психики к идеалам добра и общего блага. И, по мысли Петражицкого, получается так, что рано или поздно развитие человеческого общества придет к состоянию, при котором восторжествует идеал всеобщего блага в форме общей любви. В политике права он выдвигал этот идеал любви как венец общественного развития. При этом интересно то, что идеал любви Петражицкий не связывал с правом, то есть для него любовь означала торжество именно любви, но не права и морали, то есть любовь преодолевает право и мораль, которые становятся ненужными, если торжествует идеал любви. При этом само представление любви было достаточно загадочным у Петражицкого: под ним он понимал наивысшую красоту души, и очевидно, что этот идеал любви Петражицкого — это, скорее, эстетическое восприятие этого феномена, чем этика долга.

Лев Петражицкий, как мне представляется, всю свою сознательную жизнь выступал противником кантианского подхода. И если рассмотреть этот идеал любви, выдвигаемый им, то, строго говоря, в качестве идеала он, на мой взгляд, не обладает необходимыми признаками, именно он не соотносится с неким главным регулятивным правилом, на основе которого можно строить отношения с другими людьми. Если в таком контексте попытаться переосмыслить идеал любви, то тогда известная его формулировка «возлюби ближнего своего, как самого себя» представляет собой некое правило, основанное на признании коммуникативного равенства субъектов. В этом смысле это не половая любовь, которая требует исключительности какого-то объекта, выбранного в качестве объекта любви, а любовь, требующая равного отношения ко всем, а это неизбежно основано на признании всех субъектов в качестве объектов такой любви. С этих позиций любовь — это есть равное отношение ко всем, воздаяние должного всем ближним, под которыми можно понимать, конечно, разных субъектов, но в целом это, несомненно, признание каждого как личности, что, соответственно, на основе предпосылки коммуникативного равенства означает признание их правосубъектности.

Между прочим, такого рода признание другого в качестве объекта должного отношения и, в этом смысле, любви означает не только императивные эмоции по отношению к таким субъектам, но и атрибутивные. Это и есть то, что можно считать правом по Петражицкому. С моей точки зрения, именно такое признание другого субъекта позволяет нам считать таких других субъектов правообладателями, правосубъектными лицами и, соответственно, делать вывод о взаимности признания как основе такого рода отношений. Если таким образом интерпретировать подход Петражицкого, то можно обнаружить его сходство с идеями П. И. Новгородцева, который сформулировал идеал автономной нравственной личности, обладающей естественными правами, свободой и равенством с другими субъектами, что по сути совпадает с идеей признания правосубъектности другого, и можно сказать, что в его идеях также реализуется принцип взаимного признания. В таком контексте мы видим сближение идей Петражицкого и Новгородцева. Этот же принцип взаимного признания как основу понимания права можно найти и у учеников Петражицкого, например, у Питирима Сорокина или у Джона Финниса.

Таким образом, по моему мнению, принцип взаимного признания можно и необходимо рассматривать как основу права как такового и наличия правового в праве.

Денисенко Владислав Валерьевич³. Если рассматривать вопрос о критериях такого явления, как изменения в праве, какими эти изменения должны быть в настоящее время, то особый интерес, на мой взгляд, представляет так называемая теория гражданства в рамках зарубежной философии права, к которой такие авторы, как Уилл Кимлика и другие, относят вопросы публично-правовой коммуникации. В этом аспекте следует вспомнить идеи либертарной теории права, которая считала, что развитие права — это увеличение или даже математика свободы. И еще пару лет назад канадский ученый Бьярн Мелкевик критиковал в своих работах идеи Джорджо Агамбена о потенциальной угрозе юридического ада. Между тем мы с вами видим сейчас возникновение определенной угрозы гражданственности и идеям так называемого открытого общества. Таким образом, современная реальность в какой-то мере воплотила в себе идеи и футуристические

³ Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Воронежского государственного университета, Воронеж, Российская Федерация.

прогнозы в духе Карла Шмидта, когда права граждан не отменяются, а приостанавливаются, но, в общем-то, на неопределенное время.

Можно отметить, что, как писали уже классики Ролз, Хабермас и др., если модернизация общества, правовой системы в течение позднего модерна или постмодерна шла по пути развития гражданственности, увеличения свободы, то в настоящий момент, который сопровождается элементами чрезвычайного положения и биополитики⁴, в том отношении, что вопрос признания прав является некой фикцией, можно говорить о возникновении такого явления, как «демократия без народа». В этих условиях опять возникает идея, как пишет Киссинджер, государства-крепости, классического суверенитета и формирования определенной биополитической угрозы теории гражданственности.

Таким образом, общество в настоящее время находится на развилке, когда мы можем пойти по пути так называемого «бумажного равенства», когда права и свободы будут иметь формальное закрепление, но не будут получать реального воплощения в жизни, либо по пути реализации концепции так называемой случайной или алеаторной демократии с использованием цифровых технологий. Для примера, во Франции еще в 2016 г. принят закон о цифровой республике, в котором находит отражение концепция непрерывной демократии.

Ветютнев Юрий Юрьевич⁵. Обсуждение проблем и вопросов изменения права, изменений в праве не представляется возможным без учета происходящих социокультурных общественных изменений.

Для начала хочу привести пример. Буквально сейчас разворачивается один сюжет демократического толка в моем родном городе, Волгограде. Сюжет достаточно гротескный, затянувшийся, связан он с местным референдумом об изменении часового пояса. Какое-то время тому назад был проведен референдум, то есть чисто демократическая процедура в рамках прямой демократии. Людям была дана возможность принять решение, в каком часовом поясе им жить: по московскому или местному времени. Большинство населения проголосовало за то, чтобы жить по местному времени, как более соответствующему географическим координатам нашего города и физиологическим потребностям населения. Решение вступило в законную силу, город перешел на местное время. Практически сразу, после того как решение было принято, началось недовольство граждан принятым решением, которое высказывалось, что интересно, не только теми, кто голосовал против этого решения, но и многими из тех, кто голосовал за него. Год или два шла кампания, и в этом году было проведено новое голосование по вопросу о возвращении к московскому времени, за что проголосовало большинство. Параллельно была инициирована кампания в целях возвращения к местному времени даже до того, как состоялось голосование и было принято решение о возврате к московскому времени в рамках второй процедуры. То есть город, не дожидаясь перехода обратно к московскому времени, на основании решения, принятого по итогам второго голосования, находясь в режиме местного времени, борется за то, чтобы было объявлено голосование о переходе опять на местное время.

Этот пример не дискредитирует идею демократии вообще и прямой демократии в частности, но, на мой взгляд, показывает определенные ограничения, которые существуют для возможности реализации процедурных форм демократии, а именно демонстрирует, что сама по себе демократическая форма никоим образом еще не гарантирует легитимацию принятого решения. Для того чтобы демократия действительно была этим действенным инструментом легитимации, необходимо что-то еще. Демократия — это не магия, не ритуал, который достаточен для того, чтобы принятое решение было валидным, недостаточно просто совершить определенный набор действий, прийти на избирательный участок, бросить бюллетень, чтобы достигнуть желаемого юридического и социокультурного результата. Нет, необходимо добавить еще некоторый ценностный компонент к этому действию, например, чтобы люди, которые выразили свою волю в рамках голосования, ценили собственную волю и были готовы какое-то время, достаточно продолжительное, эту волю культивировать. Если народное мнение меняется с такой скоростью, что даже не успевают вступить в законную силу соответствующие правовые акты, отражающие ранее принятые решения, то получается, что демократия, по крайней мере, свои легитимирующие функции не выполняет, то есть выполняет свою волеобразующую функцию, оформительскую

⁴ Речь идет о концепции биополитики, получившей развитие в работах М. Фуко и Дж. Агамбена (см.: Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. М.: Касталь, 1996; Agamben, G. Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life. Stanford: Stanford University Press, 1995). — Прим. ред.

⁵ Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Волгоградского института управления — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Волгоград, Российская Федерация.

функцию, но не выполняет функцию признания, потому что, как мы видим, решение принимается, но не признается, в том числе даже теми, кто его принимал, потому что у тех, кто принимал решение, нет ценности собственной воли.

Таким образом, необходимо исследовать ценностный компонент правовых изменений, обуславливаемый, с моей точки зрения, двумя основными параметрами, которые целесообразно учитывать, для того чтобы этот аспект любых изменений контролировать. Первый — это аспект дефицитарности. Мы можем его обнаружить как гипотезу в работах ведущего мирового специалиста по проблеме ценностей Инду Харта, который проводит всемирные социологические исследования ценностей. Он также приходит к выводу, что по общему правилу ценностями является то, чего не достает. Не любое социальное явление может приобрести ценностный характер, а только то, которое обладает объективной полезностью и значимостью, и, что немаловажно, то, которое ощущается как ограниченное по своему объему, то, которое вызывает эффект потребности, то есть нехватки. Второй аспект, необходимый для формирования ценности, — это рефлексия, то есть определенный уровень теоретического обобщения, и в этом смысле, конечно, любая ценность является продуктом взаимодействия достаточно широкого социального базиса при обязательном участии в первую очередь интеллектуальной элиты, которая может ту или иную объективно существующую потребность зафиксировать, отрефлексировать, описать и концептуализировать, то есть дать адекватное словесное обозначение, которое могло бы потом использоваться в официальных документах и стать предметом широкого общественного осознания, признания. В этом контексте, полагаю, что сегодня, по крайней мере, российская правовая система столкнулась с определенными трудностями своего рода ценностного затора. Та ценностная основа, которая предполагается наличествующей в российской правовой системе и закреплена на уровне законодательства, представляет собой достаточно широкую ценностную основу, представленную большим набором разных благ, ценностей, закрепленных в конституции, общепризнанных в международных документах, начиная со свободы, справедливости и равенства, трех базовых ценностей, которые предлагает либертарная концепция права, и дополненную другими ценностями, такими как социальная солидарность, которая получила именно в такой формулировке закрепление в новой редакции конституции, а также ценности порядка, единства, мира.

Так вот, эта ценностная основа до некоторой степени выветривается, выхолащивается, потому что теряется, собственно, элемент дефицитарности, хотя понятно, что общество в целом никогда не бывает довольно полностью тем уровнем свободы, которым оно располагает, и тем уровнем справедливости, который достигнут при том или другом социальном устройстве, но дело в том, что осознать, зафиксировать дефицит того или иного блага и, соответственно, его ценностный вес можно только при наличии такой ценности, инструментальной или вторичной, как открытость, то есть любые изменения предполагают некоторый сравнительный аспект. Все познается в сравнении. Для того чтобы нам прийти к выводу о том, что требуется изменить, а что требуется сохранить, необходимо сопоставить разные варианты. Это могут быть варианты, представленные в разных национальных культурах, а могут быть варианты, представленные в разных моделях и концепциях внутри одной национальной культуры. На мой взгляд, именно эта ценность находится сегодня в объективном дефиците, именно открытость мировоззренческая и открытость коммуникативная, а именно в правовой среде, правовой сфере.

С одной стороны, функциональная закрытость правового сообщества, то есть профессиональной юридической корпорации, совершенно неизбежна, целесообразна, так как эта закрытость сохраняет от энтропии, от различных ненужных влияний извне, от экстраправовых воздействий и позволяет сохранять ту самую догматику, юридическую доктрину, которая достаточно консервативна и характеризует и правовую науку, и юридическую практику как нечто более медленно меняющееся по сравнению с окружающей реальностью. С другой стороны, та же самая закрытость играет и дурную шутку с правовой системой и юридическим сообществом, потому что наступает момент ценностной стагнации, и в силу этого очень трудным оказалось, например, осмыслить юристам текущую ситуацию именно с ценностной точки зрения. Если взглянуть на то, что происходит сегодня, в течение последнего года, с правовой системой, то это похоже на ценностную революцию. При беглом взгляде на происходящее можно увидеть, что одна-единственная ценность, причем ценность не первого ряда, которая никогда не оценивалась как ведущая правовая ценность, — здоровье — фактически подминает под себя все остальные ценности.

Например, в нашем государстве в определенный период времени была ограничена добрая половина всех конституционных прав и свобод человека, а каждое право человека, закрепленное в конституции или любом другом тексте, охраняет определенную ценность или группу ценностей. Так вот, оказалось, что здоровье на официальном уровне, на уровне прав в политике государства

важнее всех этих ценностей, важнее свободы, справедливости, равенства. Но профессиональное юридическое сообщество не сформировало и не высказало своего мнения по этому вопросу. Мы видим, что ни философия, ни теория права пока не анализируют все эти события, связанные с пандемическими ограничениями, с явным изменением ценностной конфигурации правовой системы. Эта нечуткость к быстрым социальным изменениям, мне кажется, является ценностным пороком правовой системы и придает этой правовой системе определенную незащищенность. Оказывается, что при видимом консерватизме поломать существующие правовые гарантии не так уж и трудно, потому что ценностное ядро на уровне философских концепций — одно, а ценностная оснастка на уровне конкретных правовых решений совершенно другая, и эта оснастка никак доктринально не обеспечена. Она носит сугубо ситуативный деловой характер, что приводит к расхождению, расколу между двумя ценностными моделями, официальной и общепринятой на уровне философского мышления.

С моей точки зрения, необходима большая открытость как на уровне процедурном, так и на коммуникативном, например, в рамках массовых, публичных дискуссий по вопросам правомерности принимаемых мер с ценностной точки зрения, а также по вопросам формальной, юридической корректности этих ограничений. Как мне представляется, ведущая задача научного сообщества в этом процессе и в том числе нашего теоретико-правового сообщества — это задача именно коммуникативная, то есть создание коммуникативных площадок и обсуждение возникающих проблем не в режиме аврала и штурмовщины, каких-то разовых акций, а в постоянном режиме. К сожалению, пока такая инфраструктура не создана, у нас нет возможности оперативно реагировать на происходящие события, как, может быть, стоило это делать. Решить эту задачу могут помочь современные технологические возможности. Если нам удастся такую задачу поставить и решить проблему оперативного теоретико-философского сопровождения актуальных событий в юридической повестке дня, то это само по себе будет позитивным изменением и для нашего дела, и для общего дела тоже.

Медушевский Андрей Николаевич⁶. Вопрос об изменениях в праве — одна из фундаментальных тем в философии права и теории конституционализма. Как писал Георг Еллинек, история права есть история переворотов в праве. И недаром он разделял такие понятия, как изменение в праве и преобразование права. Под последним понималось изменение содержания правовых норм в условиях изменяющегося социального контекста. Это разделение понятий, на мой взгляд, важно для того, чтобы соотнести правовые изменения и собственно социальные, политические изменения и иметь возможность говорить о динамике в развитии права. В этом аспекте, я полагаю, важно соотношение правовых и политических факторов обеспечения легитимности изменений. Одним из инструментов поддержания легитимности выступают конституционные поправки.

Таким образом, я хотел бы поставить ряд вопросов. Первый — это теория легитимности в контексте конституционализма. Легитимность я понимаю, как согласие управляемых и основанную на вере в том, что эта власть является справедливой. Понятно, что в основе легитимности в разные эпохи могут лежать совершенно разные представления, которые определяют эту веру. Но теория легитимности должна соотнести эти представления с правом и конституционализмом. Классическая теория легитимности, если мы обратимся к Макс Веберу, этих вопросов прямо не ставила, потому что для него легитимность была предметом социологии религии, и он в основном писал о мотивации социального поведения, имея в виду традиционную рациональную харизматическую легитимность, и меньше уделял внимание правовым аспектам. Понятно, что в современных условиях, когда все государства являются правовыми или, по крайней мере, декларируют, что они таковыми являются, то есть право является основополагающим принципом легитимности власти, совершенно по-другому встает вопрос о соотношении легитимности и конституционализма, легитимности и законности. Поэтому важно дополнить теорию легитимности рядом новых аспектов, таких как позитивная и негативная легитимность в отношении принятия ценностей, содержательная и инструментальная легитимность, правовая и экстраправовая легитимность, стабильная и нестабильная легитимность.

В целом можно говорить, что легитимность выступает как динамический процесс воспроизводства доверия общества к власти, основанного на том или ином восприятии конституционных ценностей, принципов и норм. И определяется эта легитимность во многом взаимодействием общественных ожиданий и всех акторов конституционной реформы. С этой позиции актуальным

⁶ Ординарный профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (факультет социальных наук), Москва, Российская Федерация.

становится вопрос о том, каков вклад конституционных поправок 2020 г. как элемента обоснования легитимности власти. Для ответа на этот вопрос необходимо рассмотреть такие аспекты, как содержание и структура легитимности российской власти в контексте поправок. В этом направлении, на мой взгляд, необходимо выделить три направления анализа.

Во-первых, пересмотр соотношения позитивной и негативной легитимности в категориях пространства и времени и смыслов существования, имею в виду изменение баланса конституционного и международного права; включение в конституцию исторической легитимности, параметров идентичности как основы конституционного развития и того, что называется, национализацией элит. Во-вторых, это пересмотр соотношения содержательной и инструментальной легитимности, в этом отношении важна трактовка так называемого общественного договора, переход от его либеральной трактовки к трактовке, основанной на идеологии солидаризма, и применение неоконсервативного типа легитимации власти, а также ряда инструментальных параметров, гарантий определенных социальных обязательств государства, обоснование социального патернализма и формирование институтов, способных дать известный мобилизационный эффект. В-третьих, это пересмотр соотношения уровней легитимности в федеративном государстве, а именно общегосударственного, регионального и локального, то есть института самоуправления, которые объединены концепцией системы публичной власти. В рамках этой новой концепции, которая получает конституционное закрепление, возникает представление о функциональном единстве всех уровней и ветвей власти как по горизонтали, так и по вертикали, напоминающем неоимперские конструкции государственности. В целом, конечно, речь идет о существенном фундаментальном изменении легитимирующих основ российской политической власти.

Следующий вопрос с позиции теории легитимности, который связан с поправками, это соотношение легитимных целей и средств трансформации публичной власти. В этом отношении принципиально, что между ними возникает определенное противоречие: в качестве легитимных целей декларируется повышение гибкости власти, расширение парламентаризма, что действительно фиксируется рядом поправок в отношении статуса законодательной, исполнительной, судебной власти, но при этом совершенно очевидно, что все три ветви власти становятся более ограниченными в отношении президентской власти, которая выступает их сосредоточием, определяет функцию медиатора и даже контролера в отношении них. В целом можно говорить о дальнейшем пересмотре модели смешанной формы правления. Ключевой момент в данном вопросе — это формальное наделение главы государства функциями руководства правительством. Фактически мы идем от дуалистической формы, которая была декларирована изначально, к концепции квазипрезидентского режима с очень централизованным характером полномочий главы государства.

В связи с этим важно рассмотреть еще один вопрос, касающийся баланса конституционных и метаконституционных основ легитимности власти. Под конституционными основами мы понимаем юридически зафиксированные полномочия главы государства, под метаконституционными — те, которые опираются на роль президента как символической фигуры в публичном пространстве. Можно констатировать, что поправки существенно изменили баланс соотношения конституционных и метаконституционных полномочий, потому что поправки закрепляют новый символический статус главы государства как гаранта гражданского мира и согласия в стране, из чего вытекает целый ряд следствий, а именно расширение иммунитета главы государства, изменение соотношения между правовой и персоналистской легитимностью в пользу последней, и таким образом возникают перспективы неограниченного пребывания у власти действующего лидера. Все это, безусловно, свидетельствует о существенном изменении той конструкции легитимности власти, которая существовала до настоящего времени.

Следующий аспект этой проблемы, который мне хотелось бы затронуть, связан с тем, что можно определить как институциональная или процедурная легитимность власти. В настоящее время идет активный спор между двумя полярными точками зрения. Сами разработчики поправок и их сторонники говорят о том, что эти поправки в сущности являются техническими, они ничего не изменили, поскольку не затрагивают основополагающих глав конституции, а именно положений 1-й, 2-й и 9-й глав. Их противники, напротив, говорят о том, что это конституционный переворот, потому что изменены фундаментальные ценности, принципы и нормы конституции. Я считаю, что, как это ни парадоксально, правы и те и другие. Разработчики балансируют на грани конституционности: при формальном сохранении верности основополагающим принципам они практически вводят поправками новую легитимирующую концепцию власти. Это достигается в результате использования инструмента «поправка-отмена», когда преемственность конституционализма одновременно разрывается в результате принятия закона о поправке, но тут же

восстанавливается самим этим законом. Фактически сам закон содержит механизм легитимации поправок: обращение к Конституционному суду, который получает право оценить эти поправки на основании самого закона о поправках, то есть имеет место такая своеобразная автолегитимация власти.

В данной ситуации можно выделить три ключевых спорных момента. Во-первых, увязка принятия закона о поправках с обращением президента в Конституционный суд, во-вторых, чрезвычайно широкая трактовка вопроса самим Конституционным судом, который предоставил законодателям огромные делегированные полномочия по изменению статей конституции, и в-третьих, это создание института общероссийского голосования, которое, строго говоря, к поправкам не имеет никакого отношения, а выступает, скорее, как дополнительный институт политической легитимации власти. Эта проблема напряженности в отношении конституционных норм была снята на политическом уровне, а именно единодушной поддержкой закона о поправках и способе его принятия всеми ветвями власти, Государственной Думой, Советом Федерации, Конституционным судом, региональными законодательными органами и в конечном счете на плебисците. Понятно, что весь этот процесс принятия поправок сопровождался довольно искусным использованием политических технологий, которые оказались действенными в условиях информационной монополии власти. В результате была сформирована комбинированная легитимность поправок как синтез правовых, институциональных и социально-политических аргументов.

Если сравнивать текущую легитимирующую форму власти в ее новом виде с тем, что было ранее в конституции, то, на мой взгляд, эта формула выглядит противоречиво, поскольку она имеет двойственную природу. Она комбинирует конституционно-демократическую основу политического строя и в то же время связывает его с неправовыми экстра-конституционными параметрами легитимации, такими как культура, история, нация, солидарность, особая символическая природа публичной власти и т. д. Этим достигается важный результат: в рамках этой формулы суверен, то есть народ, демократическим путем делегирует свою власть главе государства, который выполняет тем самым функцию его постоянного и единственного представителя. Эта формула требует осмысления с теоретической точки зрения и показывает, как можно изменить право путем его направленной интерпретации и направленного включения поправок.

В заключение можно поставить вопрос о том, что эта реформа внесла позитивного и негативного. Если говорить о позитивном вкладе реформы, то я бы определил его как преодоление растущего противоречия между конституционной формой и реальным содержанием политического режима, что я интерпретирую как конституционную ретрадиционализацию, что в принципе соответствует третьей фазе большого постсоветского конституционного цикла. Да, это основа стабильности, но эта стабильность достигается путем реанимации более традиционного содержания конституционных положений. Если говорить о недостатках или о негативных сторонах процесса реформирования, то я бы указал здесь на внутренние противоречия легитимирующей формулы, составленной из разных легитимирующих принципов, то есть конституционных и мета-конституционных, а также на нерешенность вопроса о трансфере власти, который был поставлен в ходе этих реформ, но фактически отодвинут на будущее, что, конечно, закладывает возможные противоречия и потенциальный раскол элитных групп на определенное время.

Каков же результат внесения поправок с точки зрения легитимации российской политической власти. Я полагаю, что самым точным определением сложившегося политического режима является понятие конституционного авторитаризма, некоторые используют также понятие конституционной диктатуры. Если подходить к этому определению с точки зрения легитимности, то это система правления, при которой на основе конституции при согласии общества, подтвержденном на плебисците, и при единодушном одобрении всех ветвей власти происходит установление практически неограниченной власти института главы государства, персонифицированного в фигуре действующего лидера. Стабильность легитимирующей формулы и самой власти отныне зависит преимущественно от одного фактора — от успеха данного лидера.

В целом наблюдения о современных российских конституционных поправках в контексте легитимности позволяют сделать ряд общих выводов. Один из них заключается в том, что теория конституционных циклов, которая рассматривает различные этапы соотношения позитивного права и правосознания общества, работает и показывает нам, каким образом спустя десятилетия после принятия конституции мы во многом восстанавливаем те представления, которые существовали до ее принятия или, во всяком случае, на начальном этапе конституционных реформ. Важно соединение анализа конституционных изменений и конституционных преобразований. Можно говорить о соотношении формально юридического и политологического анализа этих процессов. И третье, что также важно для теории правовых трансформаций, это осмысление процесса

юридического конструирования новой реальности с использованием такого инструмента, как конституционная реформа⁷.

Осветимская Ия Ильинична⁸. Я бы хотела поговорить о прогрессе или регрессе в праве. С одной стороны, беглый исторический взгляд на развитие права позволяет говорить о его движении в сторону совершенствования и гуманизма, потому что, во-первых, в истории развития права наблюдается постепенный переход от запретительных норм к дозволенным, к соответствующему акценту именно на дозволении и субъективных правах. Во-вторых, автономия личности приобретает все большую устойчивость. Казалось бы, что все больше учитываются интересы личности, постепенно закрепляется правовое равенство личности. В-третьих, деятельность государства подвергается все большей регламентации и контролю со стороны общества в историческом ракурсе по сравнению с предыдущими этапами развития общества. И в-четвертых, явно проявляются гуманистические начала в совершенствовании правового регулирования общественных отношений.

Однако все сказанное еще не дает основания заявить о том, какой направленности подвержен этот процесс — прогрессу, регрессу, неизменности. Для того чтобы определить эту направленность, необходимы соответствующие критерии. Я бы хотела обратиться к тем критериям, которые в свое время выделил Питирим Александрович Сорокин. Он говорил, что предварительно мы должны решить вопрос, какими объективными мерками мы можем определить, приближается ли правовое состояние человечества с ходом истории к идеальному состоянию или удаляется от него. В своей работе, которую он посвятил исследованию правового прогресса человечества и исследованию основных законов развития права, П. Сорокин пишет, что критерии прогресса права и критерии его измерения базируются на определенных постулатах, таких как: свободное развитие личности, гуманизация начал общественной жизни. Он говорит, что если с поступательным ходом истории право все более и более раскрепощает личность, увеличивает ее свободу и ее основные права, а также все более ценит интересы развития личности, то это будет первым доказательством правового прогресса человечества. Он также выделяет множество законов, которые, на его взгляд, подтверждают прогрессивное развитие права, но при этом интересным также является то, каких пределов должно достигнуть право, к чему оно должно прийти. П. Сорокин сравнивает право с ролью дрессировщика, считая, что право научит людей жить в обществе, и когда сформируется сверхчеловек, для которого не будет требоваться принуждение для того, чтобы выстраивать свои отношения с другими людьми, то необходимость в праве отомрет.

На мой взгляд, это слишком возвышенное представление об обществе, и в земной жизни невозможно достигнуть этого состояния сверхчеловека, поэтому цель права, скорее, заключается в том, чтобы обеспечить свободу личности от произвола власти. И к своему удивлению, я обнаружила, что об этом достаточно точно писал С. С. Алексеев. В частности, он говорил, что с «социально-политической и гуманитарной стороны правовой прогресс состоит в таком развитии права в мировой истории, при котором с его помощью утверждаются общечеловеческие, общедемократические ценности, начала законности, противостоящие произволу и беззаконию, и формируется демократическое гражданское общество»⁹. Он развивал представления о социальном прогрессе именно как о правовом прогрессе, считая, что без права нет и социального развития.

При этом С. С. Алексеев считал, что прогресс права измеряется естественно-правовой линейкой, то есть осуществлением прав человека и гражданина, и достижением им социально-правового идеала, а на пути к этому главным пунктом социального прогресса является правовое государство. Он выделял четыре основные ступени развития права: право сильного, кулачное право, право власти, право гражданского общества. Затем он конкретизировал эти стадии, объединив вместе право сильного и кулачное право, выделив еще одну стадию — право государства между правом власти и правом гражданского общества, и назвал последнюю стадию развития гуманистическим правом. В основе регулирования общественных отношений на этой стадии лежит именно идея естественных неотчуждаемых прав человека, они являются критериями правомерности законности принимаемых государством социальных норм. То есть гуманистические идеалы и принципы правового государства должны определять вектор общественного развития, организации социума. И здесь как раз идея возрожденного естественного права, полагаю, играет главенствующую роль.

⁷ Более развернутое изложение взглядов автора содержится в статье «Конституционная реформа — 2020 с позиций теории легитимности», опубликованной на страницах данного номера.

⁸ Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета, доцент кафедры теории и истории права и государства НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

⁹ Алексеев С. С. Теория права. М. : Издательство БЕК, 1995. 320 с.

С учетом всех этих критериев интерес представляет анализ, насколько соответствуют этим принципам, критериям поправки в Конституцию 2020 г. Я позволю себе сослаться на исследования, которые провел А. Н. Медушевский в своей статье «Возрождение империи? Российская конституционная реформа 2020 года»¹⁰, где он приводит аргументы, свидетельствующие о том, что поправки создают гиперцентрализованную систему, где публичный интерес преобладает над любым частным интересом, все уровни управленческой иерархии, институты власти подчинены поддержанию функционального единства, воплощенного и выраженного в институте главы государства, и данный тип политической системы актуализирует ряд устойчивых исторических стереотипов общественного восприятия, таких как: пассивность общества, слабость парламентаризма, преобладание государства и патерналистских ожиданий, зависимость судебной системы и устойчивость приверженности сильной личности, стоящей над правом и институтами. И если соотнести это с теми критериями, которые выделяли П. Сорокин и С. С. Алексеев, то мне кажется, что есть достаточно оснований предполагать, что такого рода изменения в праве не соответствуют представлениям этих ученых о прогрессе, а, скорее, свидетельствуют об обратном, о некотором регрессе в развитии как права, так и общества.

Разуваев Николай Викторович¹¹. Несмотря на то, что проблема правовых изменений, трансформаций, проблема эволюции права, по всей видимости, более интересует историков, чем теоретиков и философов права, но, учитывая значимость стоящих вопросов, мы все выходим на это поле, и многие из нас разделяют общие методологические, парадигмальные позиции. Многие, хотя и с известными оговорками, исходят из постклассического правопонимания, для которого, как писал И. Л. Честнов, характерны две базовые идеи — это идея релятивизма и идея сконструированности правовых феноменов и правовой реальности.

В рамках идеи релятивизма любые изменения, трансформации возможны лишь на основе наличия неких неизменных общезначимых для всех участников правового общения, для всех субъектов правовой коммуникации, в т. ч. для будущих поколений, ценностей инвариантных концептов, которые составляют смысловое ядро явлений и позволяют нам оценивать степень трансформационной активности и вообще говорить о трансформации как таковой. Этот диалектический подход, выявляющий наличие в любом правовом феномене как изменчивого, так и неизменного, на мой взгляд, должен являться основополагающим, когда мы говорим об изменениях в праве и о динамике правовой реальности.

А вот что касается конструктивистской парадигмы, то возникает вопрос, есть ли возможность согласовать сконструированность правовой реальности с ее исторической динамикой, изменением? Такие попытки предпринимаются, подходы существуют. Я сам на протяжении довольно длительного времени пытался эти две идеи согласовать: идею сконструированности и идею эволюции, эволюционной динамики права. Как мне представляется, это можно сделать, если мы рассматриваем конструирование правовой реальности как семиотическую ситуацию, как динамику знаковых средств конструирования. Мы можем говорить о знаках как знаках языка, то есть в том специфическом смысле, в котором этот термин употребляется лингвистами: знаки языка, фонемы, морфемы, слова, грамматические конструкции.

При их применении у нас возникает проблема трансформационных грамматик, о чем писали Ноам Хомский, Стивен Пинкер, а именно о том, что есть грамматики глубинного уровня, которые являются предпосылками для языковых трансформаций как таковых на поверхностном уровне. Данная идея может быть применима и к праву. Есть очень интересная книга Ю. Веденеева «Грамматика правопорядка»¹², идеи которого я разделяю. Действительно, порождающая грамматика права, обеспечивающая когерентность правовой реальности, в диахронном измерении выступает в качестве трансформационной грамматики, которая обуславливает эволюцию юридических феноменов. В то же время динамика проявляется на уровне собственно специфически правовых, а не только лингвистических знаков.

Именно в этом ракурсе ведется спор о том, что первично — субъективные права или юридические нормы. Мне кажется, что идея правовой эволюции проявляется в постепенном приобретении знаками свойств общезначимости: от изначально конкретных субъективных прав и обязанностей, привязанных к определенным юридическим ситуациям и вырастающих из этих юридических

¹⁰ Медушевский А. Н. Возрождение империи? Российская конституционная реформа 2020 года [Электронный ресурс] URL: <https://publications.hse.ru/articles/372430522> (дата обращения: 03.12.2020).

¹¹ Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и трудового права юридического факультета Северо-Западного института управления РАНХиГС, главный редактор журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», Санкт-Петербург, Российская Федерация.

¹² См.: Веденеев Ю. А. Грамматика правопорядка : монография. М. : «Проспект», 2018.

ситуаций, а уже потом, на основе этих субъективных прав путем их обобщения, к приданию им общезначимости различными средствами, с помощью доктрины, с помощью судебных решений. Кстати говоря, на историческом материале это прекрасно можно продемонстрировать. В результате формируются нормы и, соответственно, современный правопорядок, который приобретает нормативное измерение, что нам позволяет противопоставить его и в то же время соотнести его с такими правопорядками, как римское частное право, где все-таки нормативное изменение было не столь значимым и связано было в большей степени с конкретными правовыми ситуациями, субъективными правами.

И тут возникает вопрос, а что позволяет лицам как носителям этих субъективных прав избегать конфликта? Ведь если мы говорим о том, что общего правила, на основе которого мы строим свое поведение, нет, есть только конкретные субъективные права и люди, являющиеся их носителями, не возникает ли эта ситуация «войны всех против всех», того самого кулачного права, права сильного, о которых писали и С. С. Алексеев, и Рудольф фон Иеринг, и другие авторы. Но такой взгляд мне кажется упрощенным. Все же в каждом правопорядке, на сколь бы ранней стадии эволюции он ни находился, есть вот эта ценностная идея взаимного признания субъектами друг друга как участников правового общения. И это взаимное признание как исходная предпосылка юридической коммуникации, конструирования правовой реальности в процессе коммуникативного взаимодействия индивидов позволяет избегать взаимного конфликта, всеобщей борьбы всех против всех, кулачного права и т. д.

Но естественно, что общей гармонии достичь никогда не удастся, именно поэтому и существуют различные механизмы разрешения противоречий, в том числе и судебные, на основе которых происходит обобщение конкретных ситуаций, субъективных прав и придание им в конечном счете свойства общезначимости, в полной мере воплощенного в нормах, возникающих на последующих стадиях эволюции правовой коммуникации.

Ромашов Роман Анатольевич¹³. Мое выступление посвящено изменениям Конституции Российской Федерации. Первое, на что хотелось бы обратить внимание, это изменение отношения к самой конституции в истории российской политико-правовой науки, и второй, на мой взгляд, важный вопрос связан с юридической техникой изменений конституции, насколько данные изменения обоснованы и носят новаторский характер.

Итак, если мы говорим об изменениях отношения к конституции в политико-правовой системе России, то следует выделить три основных этапа: это отношение к конституции в доконституционной истории — в Российской империи, затем — период отношения к конституции в условиях советского государства и права, и наконец — в современный период. Если говорить о Российской империи, то конституция на тот период представляет собой акт экстремистского характера, отношение к ней, с точки зрения государя Александра III, — это надпись на проекте т. н. Лорис-Меликова¹⁴. В условиях советского периода конституция — это Основной закон, по статусу приравненный к Священному Писанию и в этом отношении неизменный. Если возникает глобальное изменение в общественных отношениях, то меняется конституция. Изменения в текст Основного закона начинают вноситься тогда, когда советское государство начинает испытывать серьезный кризис. Так, с 1988 г., действительно, начинают вноситься серьезные изменения в конституцию. А вот если брать сами советские конституции, то их можно разделить на две основные группы: это конституции учредительные 1918 и 1924 гг., задачей которых было закрепление возникновения государственного типа СССР и РСФСР, и две последующие конституции — этапные, задача которых обосновывать соответствующий этап строительства коммунизма: Конституция 1936 г. — Основной закон победившего социализма, и Конституция 1977 г. — развитого социализма. При этом в рамках советского конституционализма и федерализма существовала четкая выполняемая конституционная традиция, когда начиная с 1924 г. союзные автономные республики принимали региональные конституции, которые четко соответствовали Конституции СССР.

Если говорить о современной конституции, то она, с одной стороны, сочетает в себе учредительный характер, поскольку учреждает новое государство — Российскую Федерацию, провозгласившую себя правопреемником Советского Союза, и вместе с тем это конституция этапная, так как она определяет Россию как очередной этап единого тысячелетнего российского

¹³ Доктор юридических наук, профессор кафедры теории права и правоохранительной деятельности Санкт-Петербургского гуманитарного университета профсоюзов, заслуженный деятель науки Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

¹⁴ «Слава Богу, этот преступный и спешный шаг к Конституции не был сделан, и весь этот фантастический проект был отвергнут в Совете Министров весьма незначительным меньшинством». Цитата по: Конституционные проекты в России XVIII — нач. XX веков. Институт российской истории РАН, 2000. С. 70. (Прим. редакции.)

государства, которое в поправках к конституции обозначено как Российская Федерация с тысячелетней историей. Кроме того, если говорить о конституционных трансформациях, то реальной трансформацией является то, что региональные конституции по сути носят самостоятельный характер, то есть никаким образом с конституцией федерации не связаны, в частности, Конституция Татарстана принята в 1992 г., практически за год до принятия федеральной конституции, и прямой связи с последней не содержит.

Закон о порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции 1998 г.¹⁵ четко регламентирует в ст. 3 требования к предложениям о поправках. Вместе с проектом закона о поправке к Конституции РФ представляется обоснование необходимости принятия данной поправки, а также перечень законов, федеральных законов и т. д., дополнение и принятие которых требует принятия такой поправки. Таким образом, внесение изменений в конституцию должно быть обосновано на определенном юридико-техническом уровне.

Если рассмотреть внесенные изменения в конституцию с позиций юридической техники, то можно отметить следующее. Первое, изменять смысловое содержание конституционных гл. 1 и гл. 2 можно путем внесения поправок в гл. 3–8. Второе, инициированные президентом инструменты внесения поправок, такие как создание рабочей группы, проведение общероссийского голосования, не предусмотрены ни гл. 9, ни законом о внесении поправок в конституцию, по сути, представляют собой эксклюзивные, ненормативные технико-юридические средства изменения гл. 9 конституции. То есть основная конституционная трансформация, которая произошла в процессе принятия поправок, состоит в том, что конституцию можно менять, не меняя текста тех глав, которые нельзя корректировать.

На мой взгляд, особенно серьезно затрагивают положения первой и второй глав такие изменения, как изменение конструкции единого многонационального народа РФ. Данная конструкция закреплена в преамбуле и в ст. 3, но ст. 68 предполагает, что русский язык закрепляется в государстве как язык государствообразующего народа, под которым, таким образом, понимается, кажется, русский народ, притом что государствообразующим народом является многонациональный народ. Это изменение очень серьезное, поскольку оно возвращает нас в ту конструкцию федерализма, которая была закреплена в Конституции России 1918 и 1925 гг., где Российская Советская Республика определялась как союз свободных наций, федерация союзных национальных республик и не содержалось перечисления субъектов федерации.

Другой важной новацией является, по сути, отмена ст. 15 конституции, закрепляющей приоритет международного права, поскольку ст. 79 определяет, что международное право будет входить в правовую систему России только в том случае, если не будет противоречить национальному праву, закрепленному в конституции.

Важным изменением является закрепление в конституции правовой конструкции публичной власти, объединяющей государственную власть и местное самоуправление.

Еще одной значимой новацией является фактическое закрепление абсолютного президентского вето, поскольку введение в юридико-техническую конструкцию преодоления конституционного вето Конституционного суда с его окончательностью решения предполагает, что в том случае, если Конституционный суд поддерживает точку зрения президента, то преодолеть это вето считается невозможным.

Существенным изменением является придание конституции персонифицированного характера путем закрепления обнуления всего истекшего и отбытого президентских полномочий действующего президента. Данная поправка в существенной степени схожа с поправкой, внесенной в Конституцию Республики Таджикистан.

По сути, Российская Федерация, действительно, является сильной президентской республикой, и внесенные поправки фактически закрепляют существующий функциональный статус президента как главы исполнительной власти. Поскольку ст. 83 определяет, что президент осуществляет общее руководство правительством, ст. 110 ч. 1 устанавливает, что исполнительную власть осуществляет правительство под общим руководством президента, председатель правительства несет персональную ответственность перед президентом, эти положения позволяют говорить, что Президент РФ возглавляет Правительство РФ.

Если же говорить о выводах, которые следуют в результате анализа внесенных изменений, а по сути являются конституционными трансформациями и в отношении формы правления и формы политического режима России, то, на мой взгляд, необходимо сделать два вывода: внесенные

¹⁵ О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции Российской Федерации : федеральный закон от 04.03.1998 № 33-ФЗ. (Прим. редакции.)

поправки усложняют текст конституции, обуславливают усиление его внутренней противоречивости, и второй вывод заключается в том, что осуществляемая сверху конституционная реформа наглядно демонстрирует гибкость действующей Конституции России и свидетельствует о ее потенциальной готовности к последующим изменениям в будущем.

Стовба Алексей Вячеславович¹⁶. Я хочу остановиться на изменениях в праве, взглянув на них с позиций теоретика, философа права, и рассмотреть вопрос о том, как в связи с этим меняются доминирующие представления о праве. Отправной точкой для моих рассуждений будут идеи неклассической философии права. С этих позиций я бы хотел рассмотреть вопрос о том, как изменяются фундаментальные представления о праве с точки зрения неклассической теории. И в свою очередь, изменения этих фундаментальных представлений о праве могут стать теоретико-методологической основой для более адекватного написания, формулирования нормативно-правовых актов или для более рациональной их интерпретации. На мой взгляд, фундаментальным для неклассической теории права является строгое разграничение сфер правового и юридического. Поскольку после идей, высказанных Мишелем Фуко, мы уже не можем спорить, что сфера юридического является сферой властного дискурса, сферой принятия решений теми, кто фактически обладает властью, по отношению к тем, кто подчиняется. И в целях легитимации данного положения дел этим решениям может быть придан юридический характер, они могут быть облечены в форму юридического. При этом жесткой связи со сферой права они не имеют.

Поясню это на примере. Законодательно могут быть запрещены, например, однополые браки. С точки зрения правовой, с кем живет человек, абсолютно все равно, очевидно, что никакой угрозы правопорядку однополый брак, например, не несет, но в силу, например, каких-то традиций и т. п. действующая власть может посчитать, что юридически такие браки нужно запретить. Точно так же можно вести речь о других неоднозначных явлениях в разных правопорядках, таких как: проституция, легализация наркотиков, ношение оружия. Очевидно, что с точки зрения правовой не имеет значения, разрешены такие явления или запрещены в конкретном обществе. Мы видим, что, например, в таких развитых правопорядках, как немецкий, где легализована проституция, голландский, где легализованы легкие наркотики, американский, где разрешено свободное ношение оружия, что может казаться шокирующим с точки зрения российского или украинского обывателя, правопорядок там не рушится. Мы с очевидностью должны признать, что такие запреты носят чисто консенсуальный характер и относятся целиком к сфере юридического запрета или легализации. Разделив сферы правового и юридического, мы прекращаем дискуссии по ряду вопросов, например, соответствует смертная казнь праву или не соответствует — это исключительно конвенциональный вопрос в конкретном сообществе. Если перейти в сферу правового, то здесь фундаментальным с точки зрения неклассической теории является, на мой взгляд, разрушение мифа о континуальном правовом поле и переосмысление права как дискретного и самовоспроизводящегося явления. То есть мы сталкиваемся с тем очевидным фактом, что право не существует само по себе, в некоем идеальном измерении должного, будь оно естественно правовое, позитивное или другое. Право должно постоянно воспроизводиться в виде некоего алгоритма отношений между людьми. Если право не существует само по себе, а должно воспроизводиться, то попробуем посмотреть, к каким же изменениям, например, на уровне конституционной доктрины оно может привести.

Я остановлюсь на примере переосмысления прав человека. С точки зрения классического конституционализма права человека — это неотъемлемые возможности человека, которые даны ему по природе, естественно, государство их может признавать или не признавать, но они никуда не деваются, остаются имманентным содержанием правосубъектности, статуса человека, как субъекта права, который принадлежит ему в силу рождения по природе. Но если мы рассмотрим права человека с точки зрения учения о дискретности права, то мы столкнемся с тем, что чаще всего человек действует свободно без всяких ограничений, не имея представлений о своих неотъемлемых конституционных правах. Собственно, совпадение или противоречие его поступков этим естественным правам человека носит исключительно окказиональный характер. Если мы рассмотрим с этой точки зрения права человека, закрепленные в конституции, то мы столкнемся с тем, что это не что иное, как директива законодателя представителям исполнительной власти или судебной власти о том, как следует поступить в силу определенных поступков человека, то есть представляют собой определенный диспозитив.

¹⁶ Доктор юридических наук, проректор по вопросам научной и методической работы Харьковского института кадров управления, Харьков, Украина.

Поясню на примере. В связи с пандемией ограничена свобода передвижения. Обычный человек узнает об этом, когда он не может передвинуться из одной точки в другую, а если он попытается передвинуться, представитель государственной власти ему это запретит. Таким образом, человек узнает о том, что он имеет какое-то право, когда он сталкивается с невозможностью реализовать свои нормальные физические способности, потребности передвигаться в ту или иную сторону. И в этом случае право человека передвигаться раскрывается в том, что он может обратиться к определенному государственному органу с прошением убрать это ограничение, и дальше уже государственный орган на основании диспозитива законодателя решает, помочь ему в этом или нет. Как говорил И. Д. Невважай, если ты хочешь есть — это не значит, что ты имеешь право на то, чтобы есть. Эта возможность — есть — превращается в право на то, чтобы есть, когда кто-то тебе есть не дает, дальше ты уже борешься за осуществление этого права, самовоспроизводя посредством своей борьбы за это право вот эту свою реальную физическую возможность, как право конституционное или неотъемлемое право человека. С этой точки зрения можно интерпретировать и нормы уголовного кодекса, где нет запрета на убийство, кражу, а есть диспозитив судье и иным официальным лицам избрать меры ограничения в отношении определенного человека, если он совершит определенные деяния.

Таким образом, с точки зрения неклассической теории сферу правового и юридического необходимо строго различать. Сфера юридического представляет собой сферу властных полномочий, которые окказионально облекаются в юридическую форму. С этих позиций право представляет собой не континуальное, а дискретное самовоспроизводящееся явление. И если мы рассмотрим с этой точки зрения многие догмы классической теории права, классического конституционализма, окажется, что то, что мы называем неотъемлемыми правами человека, есть не что иное, как диспозитив законодателя представителям иных ветвей власти. В то же время сфера поступков человека находится в сфере права, а не юриспруденции и с юриспруденцией пересекается лишь в отдельных случаях, о которых я говорил.

2. Конституция РФ: диалектика стабильности и развития

Авакьян Сурен Адибекович¹⁷. В своем выступлении я хочу затронуть несколько вопросов, связанных с произошедшей конституционной реформой, что приводит к необходимости выявить направления научных исследований в данной сфере. Во-первых, несмотря на то, что конституционные изменения не затрагивают гл. 1 конституции «Основы конституционного строя», говорить о конституции и перспективе без учета главы о конституционном строе невозможно. Мы должны рассматривать конституционный строй в двух аспектах. Первый аспект состоит в том, что основы конституционного строя составляют основу всей нашей власти в целом. Получается, что власть — это конституционный строй. Второй аспект, вытекающий из сегодняшнего восприятия конституционного строя, состоит в том, что конституционный строй — это одновременно и органы: органы государственной власти и органы местного самоуправления, включенные в понятийный ряд публичной власти. Понятие публичной власти в конституции не раскрыто, хотя мы предлагали на рабочей группе по внесению изменений в конституцию возможную формулировку этого понятия, которое было поддержано рабочей группой, но в итоговый вариант текста изменений включено не было. Нужно исходить из понимания публичной власти как власти народа, осуществляемой в обществе при поддержке института гражданского общества. Таким образом, одним из направлений для будущих исследований становится наполнение юридическим содержанием конструкций, попавших в конституцию.

Вторым направлением конституционно-правовых исследований является анализ регулирования и перспектив развития социальных отношений. На текущий момент термин «социальные» трижды используется в конституции в существенных аспектах, в частности: социальное государство, социальная солидарность и социальное партнерство. Понятие социального государства было в конституции и до внесения поправок, оно закреплено в ст. 7 конституции, а вот понятия «социальное партнерство» и «солидарность» новые. Хотя в жизни они использовались и ранее. Понятие социального партнерства появилось в рамках законодательства и науки трудового права и было отражено в Трудовом кодексе РФ. Таким образом, социальное партнерство становится используемой категорией в нашем государстве и обществе. Например, в Казахстане эта категория в определенной

¹⁷ Заведующий кафедрой конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, профессор, доктор юридических наук, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, Москва, Российская Федерация.

степени получила и конституционное регулирование. В формальном плане это понятие включает в себя государство, институты гражданского общества, институты бизнес-структур, местное самоуправление, объединение граждан, все это элементы социального партнерства, которые необходимы для того, чтобы действовать не только в трудовой сфере, но и во всех иных аспектах социальной жизни граждан и страны в целом. Понятие социального государства тоже есть в конституции, и правоведам нужно заниматься раскрытием и изучением актуального содержания этих понятий.

Конституция 1977 г. содержала такое понятие, как социальная основа — нерушимый союз рабочих, крестьян и интеллигенции. Сейчас мы используем три ключевых понятия, но ни о каком социальном союзе, социальных слоях не говорим. Надо определиться: их нет, или если они есть, то нужно их изучать и о них говорить. Что включает в себя понятие социальная солидарность? Это солидарность между каждым человеком в отдельности? Например, в Конституции 1977 г. было такое понятие, как трудовой коллектив, сейчас мы используем такое понятие, как собрание работников. А чем они отличаются? Есть страны, где трудовой коллектив не противостоит работодателю, находится в сотрудничестве. Например, в Японии работодатели регулярно проводят собрание трудовых коллективов, докладывают о производственных успехах. То есть такие явления существуют, и нам придется об этом говорить, используя понятие социальной солидарности, чтобы определить, что за ним стоит.

Еще одним вопросом, требующим изучения, является содержание понятия «гражданское общество». Конституционный строй не может существовать исключительно как совокупность государственной власти и местного самоуправления, и общественные объединения и политические партии также являются элементами гражданского общества. Понятия гражданского общества в самой конституции нет. Оно упоминается один раз в связи с полномочиями правительства. В то же время понятие гражданского общества используется в других документах. По-хорошему это понятие должно было быть раскрыто в конституции. Необходимо также говорить о правовых институтах, которые претендуют на то, чтобы как-то направлять процессы развития в гражданском обществе: партии, движения — это не только объединения людей, они участвуют в управлении обществом, то есть к институтам государственной власти и местного самоуправления можно добавить и общественные институты как элементы управления гражданским обществом. Если мы будем говорить о гражданском обществе, то, возможно, потребуется внести и какие-то изменения в конституцию в связи с таким существующим институтом, как церковь, которая является одним из институтов конституционного строя нашей страны, и в ст. 14 конституции религиозные объединения упомянуты как существующие в нашем государстве.

Четвертый мой тезис состоит в том, что нам нужно уменьшать количество должностей, которые замещаются посредством выборов. Выборы стали средством для проявления не только позитивных, но и негативных эмоций, особенно на примере соседних республик. Надо бы подумать, сколько выборов проводить и так ли они нам нужны на всех тех уровнях, на которых мы их проводим. Для целей ограничения допуска к выборам может быть целесообразным введение системы внесения задатка кандидатами для участия в выборах. Если кандидат победил на выборах, ему возвращаются деньги, а если проиграл — идут в бюджет. Еще одним возможным инструментом может стать введение материального ценза как юридического факта, порождающего правовые последствия, по крайней мере, для того, кто хочет избираться в качестве депутата или должностного лица.

Конституционная реформа показала, что были правы те, кто сказал, что нам не надо увлекаться концепцией живой конституции, необходимо реформировать конституцию, а не ограничивать ее развитие толкованием всего лишь 11 членами — судьями конституционного суда — немногочисленными представителями общества в целом.

Арановский Константин Викторович¹⁸. Если рассуждать о том, что более приоритетно для конституции, стабильность или развитие, то я, как судья, который давал присягу служить Конституции РФ, выбрал бы стабильность, иначе я бы нарушил эту присягу. Конституция 1993 г. в двух фундаментальных главах, в которых зафиксирован перечень прав и свобод человека, закрепляя фундаментальную значимость личности, представляет собой выдающееся произведение конституционного творчества, веры в право и покорности праву. Некоторые авторы конституционного текста впоследствии высказывали свое разочарование результатом своего труда, например, С. С. Алексеев, Олег Румянцев, который говорил, что ему хотелось бы, чтобы понятие гражданского общества

¹⁸ Судья Конституционного суда Российской Федерации, доктор юридических наук, Москва, Российская Федерация.

было включено в конституцию. На мой взгляд, отсутствие указания в конституции понятия гражданского общества и его роли само по себе не является препятствием для его существования, и если гражданское общество в России не достаточно сформировано, то это не проблема конституции, а проблема общества, которое еще не вполне созрело для этих фундаментальных установлений.

В 2001 г. и позже я писал о том, как сложилась изначально конституционная традиция и как теперь принимается конституционное право российским обществом, в рамках которого сложились свои эстетические предпочтения, которые отчасти конституционному праву коррелируют, а в другой части обществом поддерживаются не в полной мере или со значительными оговорками. Когда, вообще, конституционный материал поступает в новое для себя пространство, это всегда предвещает сложности в его укоренении, а иногда даже отторжение. Данную тенденцию можно видеть в пестрой конституционной географии, где конституционная традиция знает как успехи, так и провал. Конституционное право состоялось в собственных ориентирах и координатах, и это значит, что конституция — это не столь подвижное, гибкое правообразование, чтобы с нею нация могла вести себя как заблагорассудится. Я писал тогда о рисках и трудностях, которые обещаны в России конституционному праву с неизбежными паузами и провалами в его освоении, с отступлениями и реставрациями. Эти рассуждения можно теперь проверить в диагностической и прогностической достоверности.

В дальнейших конституционных прогнозах и, может быть, даже в рецептах я бы предложил учесть некоторые общие обстоятельства. Во-первых, я предложил бы обратить внимание на такое общее наблюдение: отклонение от конституционной нормы и даже посягательство на норму сами по себе ее не опровергают. Дело в том, что никакие правообразования вообще не обходятся без девиаций, особенно если правило поступает в национальную среду из заимствований. Но правонарушения и бесправие не отменяют право. Человеку вообще присуща способность к девиации. И пока есть норма, ее непременно будут время от времени нарушать. Изъять из жизни людей нарушение нормы можно только изъятием самих правил и людей. Конфликты с местной средой тоже не предрешают итогового неуспеха конституционного права.

Например, нелинейно складывается судьба конституционализма среди католиков на европейском юге или в Латинской Америке, в Испании конституция, пробиваясь на свет, тут же пала в начале XX в., а потом 40 лет провела в летаргии. Но все это не фатальные поражения конституционного права. Это симптомы опасной наследственности, которые все еще могут что-то значить в прогнозах и прогнозах, но все же и на юге, и в центре Европы не считают беспочвенными и безнадежными проблемы конституционализма. Даже на Дальнем Востоке ему не совсем отказывают в перспективе со сложными, разумеется, оговорками. Среди японцев, в отдельных китайских обществах и в Корее заметны признаки уверенной адаптации конституционного права. В России же в коренных чертах, несмотря на социалистические потрясения, сложилась и удержалась влиятельная крестьянская культура. Она, конечно, не идентична традиции, которая веками складывалась в протестантской культуре германского корня, но и не настолько с ними разошлась, чтобы совсем исключить общность в конституционных предпочтениях.

Это делает во всяком случае небезнадежной попытку России обустроиться в контурах конституционного права. Адаптация этого права — трудное дело, которому успех не предрешен, но и не исключен. Отдельно учтем позиции юридической профессии, имея в виду, что конституция — это, разумеется, общее дело, но вместе с тем и дело юридическое, профессиональное. И не юристам, во всяком случае, колебаться в конституционном предприятии, тем более что иные из них связаны присягой конституционному правопорядку, закону, правосудию. И даже если бы по исходным позициям конституционное дело казалось безнадежным, а так иногда бывает, то разве это повод выйти из него и отступить юристу, который провел в профессии заметное время и убедился, наверное, что упорно работать, не гадая о перспективах, имеет смысл даже по безнадежным делам и что самое верное дело можно потерять по несчастью и по небрежности при самых лучших перспективах.

Поэтому выгадывать перспективы в профессии, которая живет верой в право, не всегда бывает полезно. В целом конституционному праву есть на что и на кого положиться в России. И кстати, может быть, больше всего оно имеет опору на безысходность. Эта безысходность давно уже работает на конституцию, вынуждая нацию при всех разногласиях опираться на конституционное право в его опорных ценностях. Нельзя, конечно, обязать каждого человека что-то ценить и чем-то дорожить, но если Российская Федерация подчинила себя конституции как правовое народное государство, то и верность этим ценностям, то есть гражданской свободе, сама собою прилагается. Чрезмерные колебания в исполнении конституционного учредительного решения фатально

опасны. Конституция — это реальная перспектива, иначе стране пришлось бы окончить свой век в распаде.

Что касается живой конституции, то есть каркасная ее часть, которая не отменяемая, фундаментальные положения, отступления от которых обещают деградацию конституционного права, но есть и противоположения более гибкие, адаптированные, которые подчинены фундаментальным основам, но вместе с тем обеспечивают ей жизненную силу и приспособляемость. Например, в отношении термина солидарности: это понятие действительно важно, но поскольку в конституции также установлен запрет на установление единой государственной идеологии, то очевидно, что в содержание данного понятия не входит обязательное участие в общих идеях, в общих политических линиях.

Мне кажется, что в результате последних поправок в конституции не произошло драматических изменений, которые бы отменяли уже состоявшиеся фундаментальные конституционно-правовые учредительные решения, которые бы всерьез их поколебали и пересматривали в корне.

Ескина Людмила Борисовна¹⁹. То, что мы с вами сегодня обсуждаем вопросы, темы, проблемы, касающиеся конституционного права, свидетельствует о наличии возможности вести такую дискуссию, что само по себе важно. Наличие такой дискуссии показывает, что конституция все-таки действует, потому что в ней закреплено, что каждый имеет право на свое мнение. И в этом случае, я считаю, что наш диалог воплощает в себе этот конституционный посыл. Согласна с тем, что Конституция 1993 г. — это величайшее завоевание конституционализма в нашей стране. Я глубоко уверена в том, что это один из лучших документов, который создан не только в нашей стране, но и в рамках современного конституционализма, потому что он был создан на пике реформы, общество было готово к изменениям, и, самое главное, в его основу были положены все наработки, созданные современным конституционализмом в мире. Но хочу сказать, что изменения в праве и изменения в нормативной основе — это разные явления. Изменения в законодательстве и даже поправки в конституцию не совпадают во всем с изменениями в праве и не должны совпадать. Право — это более глубокий процесс, это то, что воспримет общество. Таким образом, позднее мы сможем понять, какие поправки в конституцию наше общество воспримет, то есть начнет реализовывать, тогда мы сможем сказать, что это изменения в праве, пока это изменения в нормативной основе.

В конце концов, включить в нормативный акт можно все что угодно, мы неоднократно сталкивались с этим в нашей истории, а вот превратятся ли такие положения в право, это интересно.

На мой взгляд, эту реформу надо рассматривать вместе с реформой, которая началась в 2008 г., то есть со всеми поправками, которые по состоянию на текущий момент внесены в Конституцию 1993 г. И оценивать их надо системно, целиком.

Два разных вопроса возникают в связи с этими поправками. Первый — это вопрос о стабильности конституции, второй — о предмете конституционного регулирования, который стал одним из актуальных и практически значимых.

Что касается стабильности конституции, никто, ни советская власть, ни современная теория конституционного права, не отказывался от того, что стабильность конституции — одно из ее важнейших качеств. К сожалению, не получается в нашей стране стабильности конституции, хотя мы все признаем и постулируем ее значимость в теории, тем не менее российская конституция — это гибкая конституция, и она постоянно меняется. Данный факт во многом говорит об отношении российского общества, традиционного сознания и отношения власти и народонаселения к конституции. Все-таки правовой нигилизм до сих пор остается очень важным свойством нашего общества. Об этом говорил еще Президент РФ Д. А. Медведев. Поэтому мы к конституции не относимся как к обязательному юридическому акту, мы к ней относимся как к документу, в котором всегда можно что-то поменять. Но общество не может постоянно двигаться на эскалаторе, должны быть незыблемые принципы разумности и справедливости, а это и есть принципы права. Таким образом, 1-я, 2-я и 9-я главы конституции составляют такой остов, основу общественного устройства. Дискуссия об изменении конституции ведется уже не один год, на самых разных уровнях. Так, звучали предложения вернуть смертную казнь, институт лишения гражданства, изменить ст. 13 и вернуть государственную идеологию, отказаться от приоритета международных общепризнанных принципов и норм и т. п. На мой взгляд, необходимо создавать мировоззрение, делать все, чтобы конституция воспринималась как нечто святое, на что нельзя посягать, по крайней мере, в главных ее постулатах.

¹⁹ Доктор юридических наук, профессор Северо-Западного института управления РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

Что касается вопроса о предмете конституционного регулирования, то если посмотреть поправки, которые внесены в конституцию за последние десять лет, то можно посчитать, что эти поправки в значительной мере демонстрируют некий возврат к советской конституционной модели. Они приводят к расширению предмета конституционного регулирования. Советская конституция регулировала в обществе все сферы жизни: и экономику, и социальную структуру, там были нормы, которые позволили государству вмешиваться практически во все сферы жизни общества. Она воспринималась как некая программа жизни общества. Новая модель Конституции 1993 г. исходит из другого понимания предмета конституционного регулирования, у которого появляются конкретные границы. Она отвечает на вопрос, каким общество хочет видеть нашу публичную власть. Поэтому предмет конституционного регулирования, заложенный в Конституции 1993 г., — это отношения по поводу организации публичной власти и не более. В результате конституция не вмешивается ни в сферу культуры, морали, воспитания детей, проблемы солидарности, она регулирует только то, что касается организации и осуществления публичной власти, и в этом смысле она более понятна и конкретна. Внесенные поправки, по сути, показывают, что государство делает поворот в сторону, потому что общественное развитие идет не по прямой, оно бывает и зигзагами, и с поворотами в прошлое. В какой-то степени вся эта система поправок возвращает нас к советскому пониманию конституции и к советским моделям, которые были закреплены в конституциях 1936 и 1977 гг.

Это адекватно состоянию неоднородного общества. Возврат в какой-то степени в советское конституционное моделирование отражает состояние общества, в котором очень разное понимание того, какие отношения должна конституция регулировать. В этой ситуации важное значение приобретает теория права, в частности конституционного, которая должна дать более или менее удовлетворительные ответы на поставленные вопросы таким образом, чтобы они оказались приемлемыми для большей части общества. Естественно, что если мы в советское время воспринимали конституцию как программу, то зарубежные конституции, которые возникли на два века раньше, были не программные, они возникали как востребованный обществом механизм правового ограничения власти. Нашему обществу это пока сложно осознать, что понятно, потому что в течение века наша конституция развивалась по другому сценарию и вобрала в себя другое понимание. Общество в итоге выберет адекватные и умеренные формы, которые отразят тот баланс соразмерности, который нужен именно нашему обществу, и на основе этой уверенности постарается право корректировать в соответствии со своими потребностями, уровнем развития. Само общество должно ответить на вопрос, какие нормы из формальных превратятся в нормы правовые.

Общество не надо исправлять, оно развивается так, как развивается, а вот конституцию можно исправить, она и сама дает такую возможность, но в обществе должен быть консенсус в связи с тем, что такие изменения требуются, что без них дальше будет намного хуже. Само государство — продукт общества, и оно должно служить обществу, о чем и говорит нам ст. 2 конституции, устанавливая обязанность государства признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина.

Князев Сергей Дмитриевич²⁰. Определенные коррективы в восприятии конституции, в ее значении и роли в становлении и функционировании российского государства на основах конституционного правопорядка все-таки состоялись.

Есть ли в таких условиях повод говорить, что были подвергнуты серьезному сомнению положения конституционных основ, которые были закреплены путем принятия конституции в 1993 г.? Мне кажется, оснований для этого нет, хотя бы потому, что не затронуто текстуальное содержание 1-й и 2-й глав. Символично и правильно, на мой взгляд, что не тронутой оказалась преамбула конституции, хотя буквально из 9-й главы не следует, что ее изменение невозможно, но цель преамбулы — это фиксация тех обстоятельств, тех целей, которые ставили перед собой и российское общество, и разработчики конституции на момент принятия.

Почему поправка не затрагивает основ конституционного строя, основных конституционных принципов и ценностей и не должна сказаться на конституционном формате личности, прав и свобод человека и гражданина в нашем государстве? Хотя бы потому, что при всем объеме нового материала, который стал частью конституции, если мы на него критически посмотрим, то мы увидим, что значительная его часть, это не какое-то ноу-хау, а хорошо знакомые российской правовой системе положения, которые на момент внесения в конституцию уже были апробированы или законодателем, или в качестве правовых позиций Конституционного суда РФ. Согласитесь,

²⁰ Судья Конституционного суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, Москва, Российская Федерация.

запреты, появившиеся в конституции, предусмотренные для лиц, баллотирующихся на должность президента или на должность депутатов Государственной Думы или претендующих на замещение высших должностей на региональном и федеральном уровне, не представляют собой новых норм. Например, положения, которые в конституционном порядке закрепили за Конституционным судом полномочия проверять или рассматривать решения наднациональных, межгосударственных юрисдикционных органов с точки зрения того, допускает ли Конституция РФ исполнение соответствующих документов, не приведет ли такое исполнение к нарушению конституции и отступлению от ее норм. В этом тоже нет ничего нового: вначале это положение сформулировал Конституционный суд, а затем его зафиксировал законодатель вслед за Конституционным судом. Зачем это сделано, в чем цель? С моей позиции исследователя, а не судьи Конституционного суда, здесь два момента: если посмотреть на заключение, которое принял Конституционный суд по обращению президента, в котором он дал оценку предполагаемым поправкам конституции, сказав, что, по его мнению, эти поправки конституционного текста не противоречат первой и второй главе конституции, что вовсе не означает, что только такого рода поправки могли иметь место, то можно увидеть, у законодателя был широкий спектр возможностей, а не единственный вариант изменений. Но, приняв эти поправки, законодатель фактически сам связал себя введенными положениями и не вправе отступать от измененных конституционных положений.

Я не знаю, как это будет реализовываться на практике, но вот, в частности, поправки, которые установили запреты иметь счета в банках в кредитных зарубежных организациях, запрет баллотироваться или иметь должности для лиц, имеющих второе гражданство, имеющий право постоянного или преимущественного проживания за границей, — эти поправки ранее были в законе, а теперь стали частью конституционного текста. В то же время нам хорошо известны правовые позиции Страсбургского суда, который уже признавал такие запреты и ограничения избирательных прав по мотивам наличия второго гражданства, не соответствующими положениям Европейской конвенции. С этой точки зрения можно вполне прогнозировать, что рано или поздно соответствующие институты могут получить оценку со стороны Страсбургского суда, в том числе и в отношении российской национальной правовой системы. И тогда перед Конституционным судом может встать вопрос о том, каким нормам следовать.

Часто от инициаторов поправок, в меньшей степени от членов организационного комитета, работающих над текстом поправок, после принятия поправок мы слышали, что благодаря им Конституция России действительно будет обретать конституционную идентичность, поскольку многие ее положения будут отражать наше национальное российское восприятие конституционных ценностей, не способствовать тому, чтобы Россия шла на поводу у западных конституционных аналогов. Сама постановка вопроса о российском конституционализме не вызывает у меня никакого отторжения. Безусловно, и вопрос о конституционной идентичности Российской Федерации имеет право на существование, и я абсолютно согласен с тем, как он обосновывается в решениях Конституционного суда РФ. Что понимать под конституционной идентичностью? Например, когда мы говорим о суде присяжных — это элемент конституционной идентичности, поскольку конституция предусматривает функционирование такого института, что само по себе не является неизблемым атрибутом конституционного правопорядка. Порядок замещения в должности Президента РФ — прямые выборы — тоже элемент конституционной идентичности России. Принцип федеративного устройства — тоже элемент конституционной идентичности России, но когда под видом создания своей конституционной идентичности, самобытности и неповторимости отказываются от конституционных ценностей, это вызывает большие вопросы. В свое время у академика О. Е. Кутафина спрашивали, как он относится к понятию российского конституционализма, целям его наполнения и созидания. Он ответил, что очень положительно относится, но при одном условии, что изначально необходимо определиться, чего будет в российском конституционализме больше: российского или конституционного. С этой точки зрения я не против конституционной идентичности России, но при условии, что конституционных традиций, ценностей, конституционного порядка там будет достаточно и отказа от устоев этого конституционного порядка быть не должно.

Конституционный суд в своем заключении по поправкам, рассуждая о поправке, вызвавшей наибольший резонанс в обществе, я говорю о поправке, которая позволяет действующему президенту баллотироваться на два будущих срока, высказал ряд оценок и суждений, но указал, что такая поправка допустима и возможна при условии безусловного соблюдения таких неизблемых основ, как разделение властей, парламентаризм, верховенство права, юридическое равенство, независимое справедливое правосудие и т. д. То есть, говоря о допустимости поправок, о том, что они не противоречат конституции и основам конституционного строя, Конституционный суд

вынужден был еще раз артикулировать, что все поправки уместны, допустимы и могут быть реализованы только при условии безусловного следования основам конституционного строя.

Безусловно, само по себе принятие конституции повлияло во многом на оценку того, как соотносятся в России и должны соотноситься в конституционной практике понятия и категории стабильности и развития конституции и конституционализма. Но не менее важно понимать, что конституционный текст, сама конституция — это неперменная нормативная база конституционализма, а вот как она станет реализовываться на практике, во многом будет зависеть от законодателя, который сейчас предпринимает титанические усилия по реализации поправок к конституции путем принятия или изменения соответствующих законов и нормативных актов. И конечно же, будет зависеть от правоприменителя, в том числе судов, как это скажется на нашей жизни, какие реальные изменения повлекут поправки к конституции, — все это нам предстоит узнать.

Вульфович Ревекка Михайловна²¹. Я не юрист и не специалист по конституционному праву, но все согласятся, что принятие определенных конституционных норм, их закрепление и отражение в законах, нормативно-правовых актах, безусловно, важно и создает основу для управленческой деятельности. Не менее важным является момент, который связан с реализацией всех этих положений на практике. Так как у нас по-прежнему в конституции закреплено, что Россия — это социальное государство, то цель этого государства в условиях демократии может заключаться только в создании на всей территории страны оптимального, то есть максимально возможно высокого, единообразного качества жизни. И как мы прекрасно знаем, это невозможно без эффективной деятельности субъектов Российской Федерации, а также муниципальных образований. Ведь именно то, чем занимается местное самоуправление, как раз непосредственно связано с качеством жизни в каждом конкретном месте. И все те социальные гарантии, которые теперь дополнительно закреплены в конституции, безусловно, реализуются через управление территориями, через их развитие.

Когда мы говорим, что местное самоуправление является элементом, частью единой системы публичной власти, то мы должны прежде всего себе представить, как это положение будет реализовано на практике. Дело в том, что сам по себе термин «публичный» в нашем случае представляет собой чуть ли не синоним государственного, он до сих пор не обрел своего содержательного конкретного понимания и раскрытия. Изначально, когда возник вопрос о том, как называть управление в конституции и принимаемом в соответствии с ней законодательстве, мы вышли на термин «государственный», потому что само это слово «публичный» воспринималось как нечто неподобающее и не подходящее для внесения в законы и т. д. Потом постепенно созревало понимание того, что термин «публичный», то есть «паблик», это то, что существенно расширяет спектр, набор акторов, участвующих в процессе обеспечения качества жизни, и местное самоуправление является здесь краеугольным камнем. Включив местное самоуправление в систему публичной власти, мы должны четко определить место и роль этого института, потому что в соответствии со ст. 12 конституции это не только институт управления, но и уровень власти. И мы должны четко определить, как будут приниматься решения, разграничиваться полномочия, разделяться функции между всеми уровнями системы управления.

Местное самоуправление в соответствии с федеральным законом об общих принципах организации местного самоуправления прежде всего регламентируется федеральным центром и только потом субъектами федерации. То есть законодательно в настоящее время закреплён механизм регулирования по направлению от федерального уровня и ниже, то есть алгоритм движения регламентации деятельности местного самоуправления сверху вниз. Учитывая, что Россия подписала и ратифицировала Европейскую хартию местного самоуправления, она имеет прямое действие на нашей территории, и ее принципы были заложены в Конституцию 1993 г.: принцип права на местное самоуправление (ст. 12, гл. 8), принцип общей компетенции, который выражается в том, что муниципальные образования имеют право на своей территории осуществлять любую деятельность, если она не является противозаконной или антиконституционной, но когда они зажаты в очень жесткие рамки, установленные изначально федеральным законом, а потом законом субъекта РФ, то сфера, где они могут самостоятельно определять, что и как делать, оказывается очень сильно ограниченной; принцип субсидиарности, который предусматривает, что движение разграничения полномочий, разделения функций должно происходить в противоположном направлении — снизу вверх, то есть по базовым функциям жизнеобеспечения муниципалитеты должны взять на себя все, что они в состоянии выполнять и должны выполнять лучше всего.

²¹ Доктор политических наук, профессор Северо-Западного института управления РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

Сразу встает вопрос о финансировании. В той же Европейской хартии закреплена обязанность государств, ратифицировавших ее, поддерживать финансово местное самоуправление в выполнении им своих базовых функций. Если действовать с позиций, обозначенных в Европейской хартии, то местное самоуправление во взаимодействии с субъектами осуществляет максимальный объем полномочий, в том числе при финансовой поддержке, причем не только субъекта, но и федерального бюджета. Федеральный же уровень принимает на себя те абсолютно общие функции и полномочия, которые субъекты Российской Федерации и муниципалитеты не в состоянии исполнять или это не рационально и не эффективно в соответствии с законами современного управления.

Если мы так понимаем включение местного самоуправления в систему единой публичной власти, то, возможно, мы получим хорошие результаты. Публичная власть объединяет собой не только государственные органы и органы местного самоуправления, но и общественные организации, на которые органы государственной и местной власти должны опираться как на часть системы публичной власти. Кроме того, в системе публичной власти есть и индивидум, который принимает самостоятельно или вместе со своей семьей важнейшие, фундаментальные решения, и если его будет поддерживать в этом государство, то возможные результаты будут более позитивными. Если же государство будет решать за индивидума, как и где ему жить, на какое жилье претендовать, то вряд ли это будет оказывать позитивное воздействие.

Самое главное, что все это мы многократно проходили в течение длительной истории нашего государства. И главное, к чему нам нужно стремиться на сегодняшний день, что нужно развивать, это то, что сегодня, прежде всего в демократических странах, называют коллаборацией. Это не просто взаимодействие, в котором кто-то выступает в роли указующего перста, кто-то в роли исполнения различного рода указаний, распоряжений, программ, проектов, которые спускаются сверху, а это процесс, в котором все его участники выступают как равные партнеры, поддерживают друг друга и берут на себя все, что они в состоянии выполнять лучше всего. Такая система публичной власти, где мы будем иметь очень прочный фундамент в лице местного самоуправления, будет иметь большую эффективность, потому что субъектов федерации всего 85, а муниципальных образований десятки тысяч, и у каждого из них есть свои особенности, которые ни субъект, ни федеральный центр не в состоянии учесть, так же как они не в состоянии улавливать и канализировать все те многочисленные потребности и интересы самых разных групп населения и самых разных людей. Для этого в рамках закона и, безусловно, в рамках конституционного документа должны быть закреплены достаточные возможности для проявления собственной воли, в том числе и политической, для организации своей жизни в соответствии с интересами и потребностями человека, семьи, общественной организации, муниципалитета, субъекта и федерального центра. При этом интенсивный процесс, который у нас наблюдался в последние годы, по передаче базовых функций, таких как, например, здравоохранение, с уровня не только поселения, но и муниципального района на уровень субъекта РФ, как мы смогли убедиться в последние месяцы, привел не только к выхолащиванию сущности местного самоуправления и его базового назначения, но и к достаточно тяжелым последствиям в целом.

Сегодня опять приходится восстанавливать фельдшерско-акушерские пункты, укреплять первичное низовое звено, выделять на это деньги и делегировать соответствующие функции на уровень ниже. А что касается финансов, никто не отменял такие инструменты, как дотации, субсидии, субвенции, использование которых достаточно налажено, и есть возможность данными инструментами пользоваться в полном объеме, исходя из потребностей муниципалитетов. Таким образом, необходимо определиться, что для нас есть местное самоуправление — управление или власть, пока еще сохраняется постоянная двойственность отношения к институту местного самоуправления. В рамках реализуемой тенденции огосударствления органов местного самоуправления оно не имеет практически собственных финансовых источников, и, таким образом, оно не является самодостаточным. Но главная проблема — это не финансы, а понимание места и роли муниципалитета в общей системе государственного управления. Определение роли местного самоуправления в системе публичного управления — вопрос не только политический, но и в некоторой степени философский, от ответа на который зависят перспективы развития муниципального управления в России.

Малютин Никита Сергеевич²². Я бы хотел посвятить свое выступление анализу влияния реформы на институт прав и свобод человека в РФ. В рамках своего выступления я позволю себе

²² Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, Москва, Российская Федерация.

обозначить несколько проблем, которые мне кажутся наиболее значимыми в этой области. В результате реформы произошли изменения конституционного текста, которые формально не коснулись гл. 2 конституции, которая касается прав и свобод человека. Однако по своему правовому эффекту эти изменения оказывают влияние на всю нашу национальную правовую систему, и ряд корректировок касается блока прав и свобод человека. Возникает вопрос, как оценивать такие изменения с точки зрения их нахождения в иных главах, а не в той главе, которая в конституции умышленно изначально предусмотрена для этих положений.

Можно выделить следующие четыре вопроса. Какой характер и статус имеют дополнительные гарантии прав и свобод человека, которые появились в результате внесения поправок в конституцию? Сверхгарантийный, когда объем и перечень прав и свобод, закрепленных в гл. 2 конституции, расширяется? Это, например, положения конституции в части гарантий культурной самобытности, установленные ст. 26–44, и положения ст. 67.1 конституции.

Следующий вопрос, который возникает в связи с этим: может ли будущий законодатель, который захочет, например, отказаться от этих гарантий и который технически может это сделать, поскольку они закреплены в гл. 3 конституции, отказаться от них без реального вторжения в содержание права, которое не может быть осуществлено исходя из системного понимания конституционного текста?

Второй момент, который в рамках этой проблемы имеет серьезное значение. Как правило, когда государство фокусирует свое внимание не на самом перечне прав, а на дополнительных гарантиях, направленных государственной политики, что мы видим, например, в рамках закрепления положений о том, что дети являются важнейшим приоритетом государственной политики и др., то за этими формулами государство стремится спрятать невозможность реального обеспечения прав. И мы это видим на примере многих зарубежных стран, таких как Индия, страны Центральной и Восточной Европы, Бразилия и т. д. И кажется, что переход от прав к такого рода гарантиям, по сути, все же снижает гарантийный эффект основных прав, которые закреплены в гл. 2 конституции. Хотя на сегодня эта проблема не имеет однозначного ответа.

Еще один блок вопросов вызывают положения конституции, которые напрямую к праву и не относятся. Например, ст. 68 устанавливает, что государственным языком является русский язык. В этом положении нет новизны, но этот язык стал языком государствообразующего народа. И поскольку мы можем считать, что если государственным языком является русский язык, то этим государствообразующим народом является русский народ. Тогда возникает вопрос, как соотносить право государствообразующего народа на язык с положением ст. 26 конституции о том, что право на родной язык закреплено для каждого и в равной степени. Получается, что ставится под вопрос равенство, которое лежит в основе построения всей гл. 2 и в основе всей конституции в целом, поскольку эти главы представляют собой основы конституционного строя. Это вопрос, который должен быть как-то осмыслен.

Третий блок проблем составляют так называемые спорные права и гарантии. Спорные, с моей точки зрения, потому что есть ряд новелл, касающихся таких сфер жизни, которых, наверное, все же не следовало бы касаться, так как они связаны с очень чувствительными областями общественной жизни, в которых государство должно вести себя максимально корректно и в минимальной степени регулятивно, вмешиваться в эти отношения в минимально возможной степени. У нас же получилась обратная картина, когда три чувствительные сферы — семья, брак, как союз мужчины и женщины, и бог — были затронуты изменениями конституции. Мне кажется, что примеры наших зарубежных коллег довольно серьезно демонстрируют, что вторжение государства и попытка чрезмерной регламентации этих чувствительных сфер, несмотря на то, что они могут носить под собой некий позитивный контекст, как правило, всегда обостряют проблемы, связанные с этими сферами, тем более в условиях нашего многонационального государства. Это, например, проблема соотношения языковых групп, религиозных отношений с учетом упоминания бога в конституции, это проблема однополых союзов, к которым можно по-разному относиться, но обострение этой проблемы навряд ли будет способствовать стабильности в обществе и его консолидации.

Четвертый блок вопросов — это корректировка защитных механизмов прав человека и гражданина, в первую очередь основного механизма защиты — Конституционного суда. Внесенные поправки в конституцию привели к значительной степени огосударствления Конституционного суда. Так, до внесения поправок в конституцию Конституционный суд, по замечанию Н. С. Бондаря, был больше чем суд, потому что в своей деятельности в большей степени ориентировался на некий дух конституции, ее идею, смысл, что позволяло обеспечивать в большей степени защиту прав и свобод человека. Сейчас, по сути, поправки формализуют деятельность Конституционного суда в большей степени и делают его более ориентированным на интересы государства.

Так, переформулированы были положения о компетенции Конституционного суда в законе. Если раньше компетенция формулировалась с уклоном на полномочия, то есть на сущностную задачу суда, то сейчас полномочия сформулированы с уклоном на субъекта обращения, и в этом отношении особенно ярким становится тот факт, что гражданин из этого огромного закреплённого перечня оснований для обращения в Конституционный суд имеет право обратиться лишь в одном случае. Увеличена степень вовлечённости президента в деятельность Конституционного суда, в частности, расширены основания для обращения президента в Конституционный суд, сужена сфера участия граждан в конституционном судопроизводстве, что создает дополнительные нормативные барьеры, связанные с исчерпаемостью внутригосударственных средств защиты, невозможностью иных лиц обращаться за защитой других лиц без согласия субъекта и др. Государство все больше вовлекается в конституционный процесс, а граждане все меньше. Данная тенденция отражается также в рамках введенного инструмента конституционной проверки соответствия решений межгосударственных судов, органов на предмет их соответствия конституции, что само по себе верно, так как конституция, как источник, вершина гранита национальной нормативно-правовой системы, должна обеспечить ее стабильность и единообразие, поэтому все, что извне приходит в нее, должно проверяться на соответствие конституции. Но в рамках введения этого инструмента предусмотрена возможность подачи конституционной жалобы для государства, когда только государство может оспаривать правоприменительные решения иностранных судов, а заявитель, гражданин — нет. И это тоже свидетельствует о том, что модель конституционного правосудия сейчас сориентирована на защиту интересов государства, а не граждан.

Киммо Нуотто²³. Финляндия проходила эволюционный путь развития конституционализма. Финский конституционализм имеет свои корни в шведской конституции, многие положения которой нашли свое отражение в Конституции Финляндии 1899 г., которая затем применялась 200 лет. Таким образом, финскому конституционализму присуще долгосрочное, длительное развитие.

Большое отличие конституционализма Финляндии по сравнению с российским состоит в системе органов, ответственных за интерпретацию, применение конституции. Финская система включает несколько акторов, посредством которых институт прав человека получает свое воплощение. Мы начали процесс изменения конституции в 1995 г., в частности, написанием новой главы о правах человека. В нашей системе конституционный комитет парламента отвечает за проверку и контроль ординарных законов на предмет соответствия конституции, который приглашал юристов, ученых для консультаций и выражения мнений. Есть системы, как в России, когда право на обращение в Конституционный суд ограничено определенными случаями, а есть системы, где любой может обратиться в суд с вопросами толкования и применения конституции. В Финляндии достаточно редки случаи, когда Верховный Суд анализирует проблемы конституционного правоприменения на предмет выявления противоречий положений ординарных законов конституции, когда конституционный комитет парламента не смог предвидеть, выявить возникновение такого противоречия. Доктрина говорит, что если конституционный комитет парламента подтвердил соответствие принимаемого закона конституции, то суд не может вступать в противоречие с такой позицией. Но иногда конституционный комитет может что-то не учесть, и тогда происходят такие исключительные случаи, как, например, пару лет назад, когда Апелляционный суд г. Хельсинки рассматривал дело о применении положений конституции.

Необходимо также отслеживать, какие фактические тенденции развиваются в обществе, само развитие общества двигает развитие правоприменения. Например, однополые браки фактически признаются в Финляндии не на уровне правительства, а на общественном уровне, что, в конце концов, воплотилось и в законодательстве.

Другое наблюдение, которое я хочу отметить, заключается в том, что в 1970-х гг. возникло осознание необходимости думать о праве, не как действующем в интересах государства, а именно в интересах индивида. Такой поворот в общественном сознании привел к тому, что появилось много судебной практики, касающейся проблем доступа к правосудию, и в итоге он воплотился в присоединении Финляндии к Совету Европы и в конституционной реформе 1995 г., в усилении роли конституционного комитета в развитии системы государственного управления. Новая конституция закрепила не только полномочия органов государственной власти, но и обязанности воплощать в жизнь, обеспечивать реализацию прав человека.

Во многих государствах есть конституция, но не во всех из них положения конституции получают свое воплощение в обычном правоприменении, потому что мы пытаемся построить именно реальное государство права, где конституция является важной частью правовой системы. Конечно,

²³ Профессор уголовного права Университета г. Хельсинки, Хельсинки, Финляндия.

правовая история Финляндии очень сильно отличается от российской, и по историческим поворотам, и по длительности развития. Конечно, мы понимаем, что конституция — это живой инструмент, но он также является продуктом научных школ, судебной практики, политики, деятельности конституционного комитета и широких международных общественных коммуникаций. Поэтому нельзя выбрать что-то одно — стабильность или развитие конституции, мы ценим оба этих направления. Конституция не столько говорит о должном содержании права, сколько содержит основные принципы, экстракт для работы остального законодательства. Понятно, что конституция должна доходить до людей через определенные каналы, такие как суды, регуляторные акты, ординарные законы. Важным и обсуждаемым является как раз вопрос, как сделать так, чтобы положения конституции получили свое воплощение в реальной жизни людей. Работа конституционного комитета парламента развивалась многие годы, и комитет заслужил особое уважение и среди других парламентских комитетов. Коллапс финской конституционной системы, на мой взгляд, может возникнуть тогда, когда комитет приобретет политизированный характер, если члены различных политических партий будут использовать его в своих политических интересах и если будет разрушен достигнутый на сегодня консенсус о роли комитета исключительно как источника правовой интерпретации. Такие события могут стать триггером для увеличения роли Верховного Суда в построении конституционализма. Но пока комитет сохраняет свою роль исключительно как интерпретатор конституции.

3. Реформирование гражданского законодательства на современном этапе

Архипов Владислав Владимирович²⁴. Свое выступление я бы хотел посвятить общим подходам в рассмотрении влияния информационных технологий на право как таковое, как социальное явление в широком смысле слова, и думаю, что один из главных вопросов, которые здесь возникают, вызван всеобщим восторгом по поводу информационных технологий и их некоторой переоценки для целей права. Никто не отрицает, что информационные технологии меняют мир и что текущие печальные условия пандемии коронавируса и самоизоляции подтолкнули мир к большей цифровизации и сделали технологии более распространенными. Но в дискурсе разговора о праве и информационных технологиях, прежде всего об информационном праве в структуре теории права, в некотором смысле и в цивилистике, очень распространена постановка вопроса о том, а меняется ли право за счет развития информационно-телекоммуникационных технологий.

История этого вопроса достаточно известна, дискуссия на эту тему возникла давно, в начале 90-х гг., относительно того, есть ли вообще свой предмет у так называемого «кибер-права», как тогда говорили. 90-е гг. — это начало коммерческого использования интернета в некоторых странах Запада, то есть цифровые технологии на тот момент не приобрели еще характера всеобщности. Л. Лессиг полагал, что технологии в некоторой мере меняют мир, так как изменяют формат социального взаимодействия. Когда мы находимся в реальной физической среде общения, у нас нет возможности влиять на архитектуру этой среды, как он говорил, а архитектура задает границы правового регулирования. Он приводил пример, что мы не видим специального регулирования, которое запрещало бы, например, хищения как вещи имущества небоскреба, то есть речь идет в таком случае о возможности хищения только прав, так как иное физически невозможно сделать. Контраст заключается в том, что по мере перехода в цифровую среду само по себе некое «пространство» (хотя есть сомнения, что можно отождествлять понятие пространства в традиционном юридическом смысле и цифрового пространства, потому что пространство здесь в прямом смысле слова не возникает, а возникает длительная длящаяся коммуникация) существует постоянно, в отличие от дискретной коммуникации посредством телефона, телеграфа и т. п. Но насколько фундаментальны эти изменения? Моя личная позиция состоит в том, что если рассматривать данную ситуацию в рамках постклассической рациональности, то, даже учитывая мое восторженное отношение к информационным технологиям, существенного влияния этих технологий на право не возникает.

Очевидно, что появились новые предметы правовых отношений, что новым формам коммуникаций придается юридическое значение по аналогии с известными ранее. На мой взгляд, право следует отличать от формы, с помощью которой реализуются отношения, и право в этом смысле никак не поменялось. Для примера, суть смарт-контрактов заключается в том, что с помощью программных средств конструируется такой механизм исполнения обязательств, который стороны

²⁴ Доктор юридических наук, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета СПбГУ, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

не вправе и технически не могут изменить после того, как этот механизм был запущен, и таким образом обязательства не могут быть нарушены. В этом заключается идеология смарт-контрактов, но нет никакой причины связывать техническое воплощение и то, что мы не можем поменять технически юридические права и обязанности сторон. Таким образом, список возможных изменений права, требуемых под влиянием технологий, чрезвычайно мал и специфичен. Например, наиболее ярким является изменение представления о месте осуществления деятельности в междисциплинарном ключе и в частном, и в публичном праве, так как в современной практике разбивается представление о том, что место осуществления деятельности, которое опосредовано информационно-телекоммуникационными технологиями, между разными юрисдикциями определяется по направленности бизнес-стратегии компании (речь об известных делах Facebook и Twitter).

При рассмотрении данной юридической конструкции первый тезис, который я бы хотел предложить как общий принцип, который должен реализовываться в рамках контекста права и информационных технологий, — это принцип «бритвы Оккама», который здесь будет выражаться в двух ключевых выражениях: первое заключается в том, что мы должны действовать из опровержимой теоретической презумпции о том, что технологии не меняют сущностных основ права, пока не доказано обратное; и второе заключается в том, что не нужно вводить или даже плодить новые юридические конструкции, пока их необходимость не доказана. Право всегда остается делом отношения между людьми как личностями. А цифровые права, закрепленные в ст. 141.1 и ст. 128 ГК РФ с учетом изменений последней, — это пример достаточно спорной конструкции. Законодательно был закреплён новый объект гражданского оборота, и у него цель была фундаментальная — обьяснить правовую природу объектов, которые сконструированы с помощью технологии блокчейн. Один из таких ярких, не вписывающихся в парадигму права объектов — это криптовалюта, которая существует на уровне технологий открытого блокчейна. По сути, действительно, появилась интересная конструкция, появился закон об инвестиционных платформах, который предусматривает понятие утилитарных цифровых прав, что с точки зрения регуляторного подхода верно, но никаких фундаментальных изменений со стороны права здесь также, на мой взгляд, не произошло.

Недавно с коллегами в рамках работы, посвященной философско-правовым аспектам искусственного интеллекта, мы пришли к еще одному выводу: вопрос о современных технологиях и искусственном интеллекте, в частности, связан с вопросом правосубъектности. Не в том смысле, как сейчас самые смелые авторы обсуждают гипотетическую правосубъектность искусственного интеллекта, создавая фикцию или реальную правосубъектность, а с той позиции, что само право определяется идеей правосубъектности человека, действующего исходя из свободы воли, наделенного свободой и ответственностью, независимо от того, есть ли такая свобода на самом деле. Это такая фундаментальная онтологическая презумпция права, потому что без нее право распадается. Эта концепция правосубъектности влияет на различное представление о технологиях, включая возможность или невозможность принятия юридически значимых решений автоматизированным образом, потому что, как я вижу, нашему естеству может быть неприятно даже не то, что решение принимается без участия человека, а то, что в основе логики права лежит идея, что тот, кто принимает решение, должен сам ему подчиняться, а автоматически генерируемое решение в этом смысле не предполагает субъекта подчинения со стороны правоприменителя или гипотетически может не предполагать.

Главное в праве — это субъект права, наделенный свободой и ответственностью. Человеческая природа изменилось мало, а право — это отношения между людьми.

Доброхотова Елена Николаевна²⁵. Я хотела обсудить положительные уроки пандемии как перспективу регулирования труда преподавателей высшей школы. Я полагаю, что период противоэпидемических ограничений спровоцировал много неожиданных решений, прежде всего в организации труда преподавателей. Организационный аспект — это предтеча для того, чтобы подумать о главном вопросе, что из этих практик саморегулирования должно обрести правовую форму в части особенностей регулирования труда преподавателей, в частности, труда преподавателей высшей школы; что нам с вами предстоит отнести к категории варианта нормы регулирования труда преподавателя, а что мы отнесем к временным мерам антикризисного характера, в том числе в плане саморегулирования, как одного из механизмов правового регулирования социальных, трудовых и гражданско-правовых отношений, потому что преподаватели работают на основании договоров разной отраслевой природы, служебного контракта, трудовых договоров, гражданско-правовых договоров об оказании услуг. Период пандемии в отношении регулирования

²⁵ Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

труда преподавателей высшей школы, на мой взгляд, дал несколько положительных уроков юристам, именно он подсветил те нерешенные проблемы в регулировании труда преподавателей высшей школы и образовательных организаций в целом, от которых мы отводили глаза, считали, что их решение может подождать.

Первая, ключевая проблема — это необходимость кардинального изменения подхода к нормированию труда преподавателя. Как только будут введены нормы труда, работодатели будут поставлены в условия ограничений для эксплуатации труда наемных работников и будут обязаны их соблюдать, а также нести ответственность за нарушение этих норм. Тем не менее я считаю, что это ключевая проблема для трудового законодательства, потому что нормы труда — это признак, конституирующий отраслевую природу отношений несамостоятельного труда. Именно нормирование труда отличает трудовое законодательство от иных организационно-правовых форм вовлечения преподавателей в образовательную деятельность.

Вторая проблема — это необходимость пересмотра принципиальных теоретических подходов к существованию такого явления в образовании, как номенклатура должностей. Когда мы говорим о номенклатуре должностей, мы понимаем, что, например, в отношении профессорско-преподавательского состава введены должности профессора, доцента, старшего преподавателя, ассистента, преподавателя с высшим образованием, но как раз в период пандемии, когда активно используются средства информационно-телекоммуникационных технологий, позволяющие студенту и преподавателю взаимодействовать в удаленном режиме, то как раз эти технологии обнаружили тот факт, что не столько важно теснить в структуре видов деятельности преподавателя лекционные часы, сколько встал вопрос о семинарских часах. То, что раньше решалось в плане достижения образовательных целей при помощи семинарских, практических занятий, существенно приняли на себя технологии, образовательные платформы, которые выявили огромный объем индивидуальной самостоятельной работы, в том числе и работу преподавателя в форме индивидуального сопровождения студента. А это содержательно сближает педагогическую технологию обучения с правовой категорией индивидуально-педагогического обучения, сопровождения преподавателем каждого студента.

С учетом индивидуализации процесса обучения надо ставить вопрос о том, что наряду с индивидуально-педагогическим сопровождением нужно пересмотреть нагрузки по численности преподавателей и закрепляемых за ними обучающихся. Теперь преподаватель должен оценить индивидуальной рецензией каждую загруженную студентом работу и скорректировать обучение студента, стадии его профессионального роста, чтобы он достиг результатов, которые он ставит перед собой, включая особенности инклюзивного образования, в рамках которого также ставится вопрос об индивидуальных программах. Таким образом, индивидуально-педагогическое сопровождение — это новый вид работы преподавателя в рамках оценки самостоятельной работы студентов и совершенствования их профессиональной деятельности, и такой вид преподавательской деятельности должен быть соотнесен с позициями в номенклатуре должностей работников в системе образования. В данной ситуации актуальной становится должность тьютора, которая хоть и появилась в перечне должностей в сфере образования, но понимается как вспомогательная. Но в текущих условиях тьютором может и должен быть человек, который действительно обладает довольно высоким спектром квалификационных характеристик в профессиональной сфере.

Когда мы говорим о пересмотре подхода к номенклатуре должностей, мы переходим и к системе квалификационных требований, которая и до коронавируса стала меняться в сторону составления профессиональных стандартов. Стандарты формируются по видам профессиональной деятельности, а внутри каждого вида определяются возможные виды должностей, по которым определяются так называемые обобщенные трудовые функции. Эти функции очерчивают то самое поле саморегулирования на уровне образовательной организации, когда работодатель, исходя из структуры и долевого определения видов и образовательных программ, реализуемых этой образовательной организацией, на которую она имеет лицензию, понимает, какая ему требуется структура кадрового состава и в каком качестве он должен нанять профессоров, доцентов и т. д. И когда он решает этот вопрос, у него возникает хороший инструмент в определении трудовых функций для лица, занимающего соответствующий уровень в системе преподавательского состава, используя эффективных контрактов. Таким образом, мы подходим к выводу о том, что необходимо согласовать систему эффективных контрактов с номенклатурой должностей и профессиональными стандартами, которые должны появиться в регулировании труда преподавателей высшей школы.

Итак, проблема пересмотра подходов к формированию труда преподавателей, номенклатуре должностей — это централизованные вопросы, в решении которых принимает участие государственный регулятор, как и пересмотр отношения к формированию квалификационных требований в сфере

расширения возможностей вовлечения в преподавательскую детальность вузов преподавателей, чье физическое присутствие на территории вуза не всегда обязательно. Пандемия показала, что расширились возможности для приглашения преподавателей со всего мира, но у иностранных преподавателей другая структура квалификаций, званий, степеней, другое представление об образовательном пространстве и образовательной среде, у каждого свой опыт. Таким образом, с одной стороны, встает вопрос, должны ли у нас быть централизованные исключительно национальные подходы к системе квалификационных требований и, с другой стороны, должны ли мы отдавать работодателю на откуп установление и расширение перечня квалификационных требований, может быть, правильнее отдать ему только определение пределов обязанностей в приспособлении квалификационных требований межнациональным стандартам, с учетом того, что каждый преподаватель имеет свой собственный индивидуальный интерес по участию в конкретном виде образовательной программы. И если преподаватель нацелен, например, работать в конкретном вузе, в конкретной магистерской программе, то мы должны правильно для него определить и квалификационные требования, и содержание эффективного контракта, чтобы образовательная организация создала условия для выполнения показателей такого контракта, чтобы он успел подготовить публикацию, опубликовать ее при указании аффилиации с этой образовательной организацией.

Таким образом, я подвожу к очень простому решению о том, что категория календарного года или учебного года, как срока действия трудового договора с преподавателем, перестала быть универсальной и определяющей. Теперь нужно связывать срок включения преподавателя в деятельность образовательной организации скорее с видом той самой образовательной программы, на которую он нацелен, и на достижение тех эффективных показателей эффективного контракта, которые значимы для образовательной организации и на которые она рассчитывает при их приращении, когда приглашает того или иного преподавателя из другого региона или страны.

И наконец, пересмотр конкурсных процедур в этой канве выглядит совершенно естественным. Период пандемии показал, что мы можем не привязываться к тому, что кадровый потенциал преподавателей высшей школы — это закрытый рынок не просто специалистов в данной сфере, но и закрытый региональный и национальный рынок труда.

Также необходимо пересмотреть структуру видов деятельности преподавателей. Мы сейчас сосредоточены на учебной нагрузке, но у нас есть еще научная работа и необходимость публиковаться, есть работа долговременного стратегического характера по подготовке монографий, учебников. Каждый преподаватель соотносит себя с той или иной научной школой, участвует в ее работе и, таким образом, является не только наемным работником данного работодателя. При этом вопрос включения научной деятельности в структуру нагрузки и содержание трудовых обязанностей именно перед данным работодателем — вопрос тоже разноплановый, который требует сочетания разных механизмов регулирования.

Таким образом, нужно гармонизировать законодательство об образовании, законодательство о науке, гражданское законодательство с позиций защиты объектов интеллектуальной собственности в плане регулирования труда преподавателей высшей школы; в отношении нормирования труда необходимо гармонизировать законодательство об образовании и трудовое законодательство, в котором мы видим в основном регулирование стадий движения трудового правоотношения: особенности заключения трудового договора, переводов, изменения трудового договора, расторжения, но мы не видим регламентации вопросов использования имущества работника, который работает в удаленном режиме или в комбинированном режиме, когда он фактически создает у себя на дому мини-офис. Необходимо также пересмотреть вопрос мониторинга исполнения преподавателем своих обязанностей, степени власти работодателя в отношении работника.

Я не могу не обратить внимание на то, что правила и режимы использования дистанционной работы напрямую не могут быть распространены на гибридные режимы, такие как, например, ограничения обязательств работодателя в области охраны труда с точки зрения контроля за соблюдением требований охраны труда на удаленном рабочем месте для регулирования труда дистанционных работников. Когда мы говорим о преподавателях, работающих в гибридном режиме, эти вопросы встают во главу угла. И практика саморегулирования в период пандемии показала, что образовательные организации озадачились этим вопросом. И в условиях дополнительных соглашений, которые подписывались сторонами, вопросы охраны труда были обозначены, как и вопросы компенсации затрат работника, которые он понес в связи с тем, что вынужден оплачивать интернет, доступ к информационно-правовым базам, покупать офисное оборудование и т. д.

Таким образом, в период пандемии мы получили большой и разнообразный опыт саморегулирования. И мне кажется, с точки зрения оценки эффективности и механизмов регулирования

труда преподавателей высшей школы, этот опыт требует общения и учета. Нужно создавать какие-то центры, исследовательские группы, которые бы его анализировали и ответили на вопрос, что же в итоге отнести к временным специальным нормам, а что входит в нашу жизнь навсегда.

Владимир Федорович Попондопуло²⁶. Я хочу посвятить доклад проблеме обеспечения качества законодательства вообще и гражданского законодательства в частности. При этом оборот «режим деятельности частных лиц» я использую как такую категорию, которая мне позволяет более ясно раскрыть задачу обеспечения качества гражданского законодательства. Я должен обратить ваше внимание на то, что мы все проводим четкое разграничение между деятельностью частных лиц и органов публичной власти. Обеспечение необходимого нормативного режима частной деятельности, деятельности частных лиц означает соответствие законодательства природе регулируемой им деятельности и тех отношений, которые опосредуют эту деятельность. Как всем известно, законодательство должно определять лишь необходимые требования, предъявляемые к тому или иному виду деятельности, оставляя широкий простор для собственного усмотрения индивида — частного лица. А вот нормативный режим деятельности органов публичной власти, наоборот, предполагает, во всяком случае должен предполагать, детальное регулирование, поскольку важное значение здесь имеет компетенция органов, пределы полномочий этих органов, должностных лиц, юридические процедуры, посредством которых реализуются те или иные полномочия, судебные, административные процедуры. Такое четкое разделение различий в принципах нормативного регулирования важно подчеркнуть.

В качестве общего предварительного вывода мы должны отметить, что в той мере, в какой законодательство создает нормативные возможности для свободы человека и насколько строго определяет полномочия публичных органов, оно способствует решению задачи обеспечения необходимого нормативного режима той или иной деятельности. Этот вывод имеет сугубо практическое значение, которое состоит в том, что эти положения о нормативном режиме деятельности могут быть использованы в процессе совершенствования законодательства, практики его применения, в формировании современного юридического мышления тех, кто занимается законодательством, исполнением законов, разрешением общественных конфликтов. Правильное определение необходимого нормативного режима позволяет установить общее направление развития законодательства и более адекватно отразить существующую систему права, выразить концепцию того или иного проектируемого нормативного акта, использовать соответствующий юридический инструментарий, различные правовые средства, конструкции, механизмы.

Определение того, какой нормативный режим должен быть положен в основу разрабатываемого нормативного акта, есть первый шаг при переводе социально-экономических требований на юридический язык. Именно это и определяет стратегию нормативного регулирования в обществе.

С учетом этих положений о нормативных режимах человеческой деятельности обратимся к вопросу о правовом характере законодательных актов, который в значительной степени может быть обеспечен решением следующих задач. Возможно, не все я обозначу, но укажу, на мой взгляд, основные и сразу обращаю внимание на то, что, к сожалению, в России они решаются не лучшим образом.

Во-первых, это определение цели и предмета законодательного регулирования.

Во-вторых, это обеспечение необходимого соотношения федерального, регионального законодательства и актов местного самоуправления. На сегодня у нас в недостаточной степени развито региональное управление и фактически не существует местного самоуправления, поэтому федеральное, региональное и местное регулирование с точки зрения законодательства не обеспечено.

В-третьих, это обеспечение необходимого соотношения централизованного и локального регулирования. В этом вопросе мы тоже видим тенденцию постоянной экспансии государства в общественную жизнь, что считается чуть ли не аксиомой, но мы как юристы должны отдавать себе отчет, что решения всех вопросов из центра, как законодательными средствами, так и прямыми, — это не решение вопроса обеспечения качества жизни общества и качества регулирования общественных отношений.

Наконец, это обеспечение соотношения унификации и специализации регулирования. Здесь мы тоже видим, что, чем более специализируется законодательство, чем более оно дифференцировано, тем больше это свидетельствует о том, что законодатель посредством этой специализации, дифференциации, по существу, вмешивается, навязывает различные свои представления

²⁶ Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой коммерческого права юридического факультета СПбГУ, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

о том, как должны естественные по своей природе отношения развиваться. И практика принятия многочисленных нормативных актов, которая сейчас реализуется, приводит к тому, что эти многочисленные акты содержат весьма детализированные правила регулирования различных отношений, а пользы от них не очень много.

Решение этих задач позволит также понять существующие тенденции законодательного регулирования общественных отношений и определить оптимальные пределы этого регулирования, обеспечить необходимый нормативный режим человеческой деятельности, показать, какое соотношение средств регулирования общественных отношений в наибольшей степени обеспечит такой режим.

Первую задачу, то есть определение целей и предмета законодательного регулирования, я бы хотел рассмотреть подробнее: как решение этой задачи позволило бы обеспечить правовой характер законодательных актов. Известно также, что вопрос о границах деятельности законодателя рассматривается в юридической науке с позиций достаточной минимизации законодательного регулирования общественных отношений. Об этом писали и советские, и российские, и зарубежные юристы. Как известно, сфера действия права существует как объективная реальность, независимо от того, осознаем мы ее или нет. А нормативное регулирование по своему существу является субсидиарным средством регулирования, с помощью которого законодатель придает правовым отношениям законную силу, подводит их под защиту государства, утверждает в общественном сознании тот факт, что отношения имеют нормальный правильный характер. Таким образом изначальным ограничителем деятельности законодателя служит сфера действия права, правовых отношений. Правовыми являются, на мой взгляд, отношения индивидов, основанные на равенстве, автономии воли, имущественной самостоятельности их участников, — формула, которая всем хорошо известна и содержится в ст. 2 ГК РФ. Правовые отношения возникают в результате разделения труда и обмена его результатами на эквивалентной основе. Внешний регулятор должен учитывать эту социальную закономерность, поскольку она и является объективным ограничителем воли законодательства. Поскольку законодательное регулирование является субсидиарным, дополняющим средством регулирования отношений, дополняющим правовое регулирование, а по существу — саморегулирование, необходимо определить цели такого законодательного регулирования.

Обратимся к Конституции РФ, из которой следует, что права и свободы человека являются высшей ценностью, а роль государства, включая его законодательную ветвь, сводится к тому, чтобы признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина. Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими, они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления, обеспечиваются правосудием. О целях законодательного регулирования свидетельствуют и положения ст. 55 конституции, в соответствии с которыми перечисление основных прав и свобод не должно трактоваться как умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина, не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина. В то же время в указанных нормах отмечается, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены, но в строго указанных в конституции целях и порядке. Представляется, что указанные положения конституции определяют не только цели законодательного регулирования, но и его пределы. Следует поддержать авторов, которые пишут о необходимости принципиального определения предмета законодательного регулирования, что можно сделать как непосредственно в Конституции РФ, так и в специальном законе о нормативных актах. Главное, не где будет определен предмет законодательного регулирования, а то, каким образом должен быть определен перечень тех вопросов, которые должны регулироваться законодательством, в том числе граница, когда законодательство не должно выходить за рамки установленных целей, пределов.

Есть предложения исчерпывающим образом определить предмет законодательного регулирования, но, на мой взгляд, вряд ли это соответствует внешним условиям — жизнь очень разнообразна. Есть предложение определить предмет законодательного регулирования посредством отражения базового открытого перечня. И есть предложение о закреплении принципов, с помощью которых должен решаться вопрос по отнесению общественных отношений к предмету исключительного регулятивного воздействия закона. Представляется, что было бы разумно вопросы, составляющие предмет регулирования закона, решать, исходя из целей законодательного регулирования, закрепленных в специальном законе о нормативных актах посредством определения их базового перечня и закрепления принципов, критериев определения предмета законодательного регулирования. Такой подход применен, например, в ст. 34 Конституции Франции, где указаны

не только институты и отношения, которые регулируются законодательными актами, но и принципы, которыми определяется предмет законодательного регулирования.

Обратимся к Гражданскому кодексу РФ. В п. 2 ст. 3 ГК РФ закреплено, что нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ. Это законодательное положение оценивается в юридической литературе по-разному, и в основном критически, поскольку речь идет о законодательных актах зачастую одинаковой юридической силы. На это обратил внимание в одном из своих постановлений Конституционный суд РФ. Полагаю все же, что решать вопрос о соотношении норм гражданского права, содержащихся в ГК РФ и других законодательных актах, следует не из традиционных формальных критериев (форма, юридическая сила акта), а из объективных, определяющих силу связи этих внешних форм выражения права с правом как таковым; из того, насколько непосредственно отражается право в законодательных нормах. Определяя приоритеты законодательных актов, следует исходить из такого критерия, как степень соответствия законодательной нормы основным правам и свободам человека и гражданина.

С этих позиций не должно быть сомнений в том, что кодифицированные нормы законодательства обладают приоритетом перед нормами того же гражданского законодательства, содержащимся в других нормативных актах. Рискну предположить, что кодифицированные нормы гражданского законодательства должны выполнять системообразующую роль в системе всего законодательства, не только гражданского. С этих позиций, например, ГК РФ не редко называют экономической конституцией. Учитывая, что нормы Гражданского кодекса регулируют не только имущественные отношения, но и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли, его значение существенно шире. Исходя из этого значения ГК РФ в системе законодательных актов, непосредственно обеспечивающего наряду с конституцией свободу деятельности частных лиц, иные законодательные акты, не только специальные нормы гражданского законодательства, но и административного, уголовного законодательства, должны определять лишь необходимые требования, предъявляемые к деятельности, оставлять широкий простор для собственного усмотрения индивида.

Остается лишь вопрос, как законодательно закрепить лидирующую роль кодифицированных норм гражданского кодекса. Это было бы логично сделать в законе о нормативных актах, который необходимо было бы принять. Во многих странах мира, включая все государства — участники СНГ, кроме России, такие законы приняты, разработан также модельный закон о нормативно-правовых актах для государств — участников СНГ. Исходя из этого, логично было бы предложить разработать такой нормативный акт о нормативных актах в России и принять его.

В этом законе должны быть урегулированы все основные аспекты законодательной и иной нормотворческой деятельности.

Во-первых, определено понятие нормативного акта, границы нормативного регулирования, принципы нормативной деятельности, исходя из целей нормативного регулирования, учет различий характера деятельности частных лиц и деятельности публичных институтов. В этом акте должны быть определены виды нормативных актов и их соотношение друг с другом, в частности, акты законодательные и подзаконные, федеральные, региональные и местные, централизованные и локальные, общие и специальные и т. д., включая прецедентные нормы, обычаи, общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры, все внешние формы выражения права, на мой взгляд, должны быть отражены в этом акте. В нем также должны быть зафиксированы другие аспекты: порядок разработки законопроекта, включая его общественное обсуждение, принятие, опубликование, изменение и отмену. Такой нормативный акт сможет стать определенным ограничителем произвола деятельности законодательной власти, исполнительных органов и судебной деятельности.

Рассказова Наталья Юрьевна²⁷. Любая сложная система, согласно теореме Геделя, объективно противоречива и неполна. Это доказано математически и полностью применимо к нашей правовой системе. Она очень сложна, объективно противоречиво неполна, и в такой системе мы будем всегда сталкиваться с пробелами и противоречиями, необходимостью их устранять. Безусловно, говоря о праве, мы не можем ограничить право как часть культуры законом или законодательством, но в практической деятельности юристы сталкиваются в первую очередь с императивными нормами. При этом именно законодательство как совокупность нормативных актов должно составлять главный интерес государства, а точнее законодательства. Основная общая

²⁷ Кандидат юридических наук, исполняющая обязанности заведующего кафедрой нотариата юридического факультета СПбГУ, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

тенденция существования права в законодательных актах — это, конечно, ухудшение качества законодательства и именно в области гражданского законодательства. Во-первых, это ощутимое снижение необходимой степени абстрактности нормы закона. Общее правило состоит в том, что закон работает тогда, когда нормы, которые в нем изложены, абстрактны, а значит, правоприменитель, в первую очередь суд, имеет возможность применять эти нормы в изменяющихся жизненных обстоятельствах. Текущие тексты законов, не читаемые с точки зрения содержательной, формально выглядят зачастую невозможными к пониманию, содержат статьи на несколько страниц с доскональным описанием, с превращением текста закона в пошаговые инструкции, что ведет к разрушительному для правильного правоприменения факторов — к ограничению судебской дискреции.

Вторая яркая современная тенденция — увеличение потока законопроектных работ, при этом подготовка законопроектов поручается профильным ведомствам, законы в области частного права пишут чиновники, люди в первую очередь с экономическим, менеджерским, бухгалтерским образованием. В результате в гражданско-правовые законы активно проникает административный тип мышления. В текстах законов, регулирующих гражданско-правовые отношения, должен применяться принцип свободы воли, диспозитивности (разрешено все, что не запрещено). В то же время сейчас в текстах законов мы сплошь и рядом видим формулировки, такие как «гражданин может...», «организация может...», то есть разрешительный принцип регулирования. Я склонна думать, что составители текстов законов даже не отдают себе отчет, в чем здесь дефект. В то время как речь идет о гражданско-правовом регулировании, в рамках которого достаточно запретить то, что нельзя, и все. В результате то, что разрешено гражданским кодексом, часто в текущих законах разрешается еще раз. Это приводит к искореженному восприятию закона, к неприятию законов и снижению авторитета законов.

Общим местом стала проблема низкого уровня правовой культуры составителей законов. Конституционный суд в 2016 г. подготовил «Информацию об аспектах совершенствования нормотворческой деятельности». Конституционный суд в этом документе обозначил тот факт, что часто встречающимся недостатком наших законов сегодня стала неопределенность, а именно размытость терминологии, нечеткость правореализационных механизмов, расплывчатость используемых в законах понятий и дефиниций, неопределенность возлагаемых на субъектов правоотношений обязанностей. Значительная часть законодательных норм, которые впоследствии были признаны неконституционными либо применяемыми в неконституционном смысле, вносилась в виде поправок на этапе второго чтения. Нормотворческие процессы заканчиваются принятием законов, которые воплощают в себе все эти дефекты. Аксиомой является тот факт, что неопределенность правовой нормы является одним из лучших условий для произвола, для неограниченного усмотрения в применении закона. Частный случай противоречия в законах — это несогласованность регулирования между нормами различных отраслей. И самый больной для практики вопрос — это несогласованность между нормами вещного гражданского права и природоохранными нормами, в частности, Земельным кодексом РФ. Например, этот кодекс в первую очередь является актом регулирования публичного права, в котором применяются административные принципы регулирования общественных отношений, но в него отрывочно включаются элементы гражданско-правового регулирования, которые не вписываются в систему, предлагаемую ГК РФ, потому что они выхвачены фрагментарно в целях применения тех или иных административных норм, которыми наполнен ЗК РФ. Общее следствие такого состояния — это пренебрежительное отношение к закону, причем на всех уровнях: составителей законов, правоприменителей, участников оборота.

Что же делать в такой ситуации? Первое — принять закон о нормативных актах, сделать этот процесс прозрачным. Второе — учить уважать закон, в первую очередь юристов. В последние годы студенты, по моим наблюдениям, все чаще в своих работах ссылаются на судебную практику и все меньше ссылаются на закон. Это одно из проявлений пренебрежительного отношения к закону, понимание низкого качества законов и того, что они не способны выполнять возложенную на них функцию.

Еще одна тенденция развития нашего законодательства — это узурпация нормотворческой функции, в первую очередь в форме актов толкования, издаваемых министерствами и ведомствами. Многие государственные органы наделены правом давать разъяснения по вопросам применения законов и других нормативных актов, регулирующих отношения в сфере компетенции этих органов. И относительно недавно эти разъяснения различных органов рассматривались как мнение компетентного органа, ссылка на которое освобождает лицо, полагавшееся на это мнение, от ответственности, и не более того. Но за последние несколько лет обилие таких разъяснений и их категоричность привела к тому, что игнорировать нормативный характер разъяснений органов

государственной власти стало невозможно. И в 2016 г. в процессуальных кодексах появились положения о том, что разъяснения законодательства, обладающие нормативными свойствами, если изданы органами исполнительной власти, могут быть оспорены. Появление таких норм понятно, так как в условиях возникшего давления на участников оборота потребовался правовой механизм защиты.

Поскольку формально органы исполнительной власти не наделены правом нормотворчества в соответствующей сфере, тогда возникает вопрос, как определить, какое разъяснение обладает нормативными свойствами. Для меня, как для юриста, нормативный акт, исходящий от государственного органа, — это акт, подлежащий исполнению. А как определить, что акт нормативный? Если мы говорим о классических нормативно-правовых актах, то определение того, что этот акт содержит норму права, происходит в первую очередь из анализа содержания правила. А когда оцениваются акты органов исполнительной власти, как разъяснил пленум ВС РФ²⁸, акт обладает нормативными свойствами, если он используется в качестве общеобязательного в правоприменительной деятельности в отношении неопределенного круга лиц.

Таким образом, получается, что признание акта толкования закона нормативным зависит только от того, как этот акт использует издавший его орган. Если орган вывесил его на своем сайте, то считается, что такой акт обладает нормативным содержанием, если он направлен письмом соответствующему заявителю, то это акт ненормативного свойства. Но главная, на мой взгляд, проблема состоит в том, что этот массив нормативных актов вырос сам собой и мы вынуждены их принимать как нормативные источники. В этой ситуации можно говорить об узурпации нормотворческой деятельности органами исполнительной власти. Например, Банк России издает нормативные разъяснения, притом что в законе о Центральном банке РФ²⁹ нет ни слова о том, что он вообще может какие-либо разъяснения давать, но он их тем не менее издает, их принимают, применяют на практике, оспаривают в судебном порядке.

Схожая проблема существует в области прецедентного права. В отличие от ранее действовавшего законодательства, из которого следовало, что руководящие разъяснения пленума ВС РФ обязательны для судов, органов и должностных лиц, применяющих закон, на текущий момент данные положения из закона исключили и осталось только положение о том, что акт толкования по конкретному делу обязателен для нижестоящих судов. Опираясь на закон, пленум ВС РФ в постановлении о судебном решении³⁰ указал, что постановление пленума ВС РФ учитывается судами, но суд руководствуется при принятии решений законом. В то же время мы видим, что судебная практика в области частного права претендует на роль полноценного источника права. И очень многие коллеги оценивают эту тенденцию как прогрессивную, в первую очередь подчеркивая, что речь идет о проникновении в континентальную правовую систему прецедентного права. Сразу надо оговориться, что прецедент в системе общего права — это обязывающий источник права. При этом судебное решение содержит мотивы его принятия, но эти мотивы не зависят от фактуры конкретного дела. И в результате такое решение содержит, по сути дела, норму, общеобязательное правило. Нижестоящие суды подчиняются прецеденту в системе общего права не потому, что их убедили причины, положенные в основу решения, а просто потому, что так сказал вышестоящий суд и для нижестоящего суда это источник права. На практике мы видим, что судебные акты приобретают большой вес в области правоприменения. Достаточно сказать, что появление нового обзора судебной практики, изданного ВС РФ, может перевернуть все юридические представления по какому-либо вопросу, потому что в обзоре появилось какое-то решение, которое показывает, что ВС РФ изменил свою прежнюю позицию по схожему или аналогичному делу.

Мотивировок, которые бы претендовали на *ratio decidendi*, то есть на ту часть прецедента, которая содержит нормативное предписание в традиции общего права, нет и в помине. Может ли Верховный Суд РФ быть нормотворческим органом? Чтобы обсуждать этот вопрос, нужно, во-первых, решить, признаем ли мы, что для практического применения источником права является именно норма. Если мы согласны с тем, что практикующему юристу, ежедневно работающему в своей сфере, нужна норма, что источником права для практического применения в утилитарных целях является норма, тогда мы должны поставить следующий вопрос, а готово ли общество сегодня предоставить Верховному Суду нормотворческую функцию. Если мы с этим согласны и готовы

²⁸ О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 50.

²⁹ О Центральном банке Российской Федерации (Банке России) : федеральный закон № 86-ФЗ от 10.07.2002.

³⁰ О судебном решении : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2003 № 23 (ред. от 23.06.2015).

признать право ВС РФ на нормотворчество, тогда это положение, конвенцию необходимо закрепить на уровне закона.

При этом следует определить место норм, которые создает ВС РФ в процессе своей правоприменительной деятельности, в иерархической системе нормативных актов. Также необходимо определить порядок официального опубликования этих норм и правила их действия во времени. Огромные проблемы возникают в связи с тем, что действие постановлений пленума ВС РФ сохраняется, а законы изменяются. И наконец, необходимо создать условия для того, чтобы норма, которая рождается в правоприменительной практике и формулируется в постановлениях пленума, сопровождалась изложением мотивов, то есть того, что составляет необходимую предпосылку появления прецедента в системе общего права.

Татьяна Сергеевна Яценко³¹. Я бы хотела рассмотреть вопросы, касающиеся наследственного права в цифровую эпоху. Прежде всего хочу отметить, что научно-техническое развитие общества происходит с чрезвычайно высокой скоростью и это серьезный вызов для права. Потому что традиционные правовые режимы не рассчитаны на появление новых объектов гражданских прав, не учитывают особенности их оборота, а это очень актуально для наследственного права, потому что оно является одним из наиболее консервативных и стабильных институтов права.

Прежде всего, речь идет о сложностях в наследовании так называемых цифровых активов. Российский законодатель все цифровые активы пока свел к цифровым правам, то есть токенам. Хотя за рубежом гораздо больше цифровых активов, куда включают не только токены и криптовалюты, но и документы, созданные с помощью программ, цифровые видео и фотографии, доменные имена, легально загруженные на компьютеры трз-файлы, аккаунты в соцсетях, в электронной почте и т. п. Рынок таких активов сейчас многомиллиардный, но практически ни в одной стране мира не урегулирован надлежащим образом. И проблема, особенно это касается токенов и криптовалюты, обусловлена спецификой создания и оборота этих объектов через механизм распределенных реестров. Наследники, если наследодатель не оставил кодов доступа, могут не знать о том, что такой актив имелся, и даже если они об этом знали, то без кода доступа они его не смогут получить. Фактически наследование таких активов сейчас может быть невозможно. Особую актуальность приобретает вопрос наследования аккаунтов в сети. Уже складывается судебная практика в мире по этому вопросу. И как показывает практика, социальные сети всячески сопротивляются тому, чтобы допустить наследование аккаунтов, и даже в пользовательские соглашения включают особые условия.

За рубежом предпринимают попытки решить эту проблему, в частности, путем законодательной регламентации порядка доступа наследников к цифровым активам, путем создания особых информационных хранилищ. Такая инициатива была предпринята в Дании нотариальной палатой, где предполагается создать такое некое хранилище, где будут храниться соответствующие ключи, которые, если этого захочет наследодатель, будут передаваться наследникам. В России пока инициатив по данному вопросу не предпринималось. Но в связи с легализацией цифровых прав этот вопрос должен быть поднят однозначно. Кроме того, развитие сети Интернет, социальных сетей, мессенджеров привело к тому, что широкое распространение получили так называемые электронные завещания.

И вопреки императивным нормам о недействительности завещаний, составленных с нарушением установленной формы, такие завещания в зарубежных странах постепенно легализуются в рамках судебной практики. Это завещания в форме аудио- и видеосообщений, размещенных на таких платформах, как Youtube, это завещания, созданные с помощью программы Microsoft Office и т. п. Так, в одном из случаев суд признал завещанием текст документа, созданного в программе Word. Этот документ заканчивался полным именем завещателя в том месте, где должна была быть его подпись в стандартной форме завещания. И в качестве обстоятельств, подтверждающих возможность признания завещания, суд принял такие факты, принимая во внимание, что на компьютере стоял пароль, в документ не вносились изменения после смерти завещателя, и легализовал такое завещание.

Регулирование электронных завещаний превращается в проблему не только в рамках контроля над совершением этих завещаний, но и технических особенностей их совершения. Первая платформа для составления электронных завещаний «В помощь наследодателям» появилась в 2000 г., то есть можно было составить текст завещания при помощи программных средств, а потом обратиться с ним к нотариусу. Сейчас ситуация изменилась. Например, в Австралии человек написал

³¹ Доктор юридических наук, заведующий кафедрой гражданского права Южного федерального университета, Ростов-на-Дону, Российская Федерация.

завещание в приложении WhatsApp, отправил его друзьям и покончил жизнь самоубийством, и потом суд легализовал это завещание, поскольку посчитал, что воля была выражена достаточно ясно и полно. Читая зарубежную литературу, я вижу, что не только авторы из стран с общей системой права подчеркивают необходимость признания и регулирования таких завещаний, но и европейские ученые тоже высказывают мнения о том, что нужно признать аудио- и видеозавещания юридически действительными, поскольку они позволяют более полно и четко выявить волю наследодателя. Российское законодательство прямо запрещает составление завещания с использованием электронных средств, на текущий момент это абсолютно верно, так как технически невозможно сейчас обеспечить составление таких завещаний. Но нужно понимать, что это временная мера, и уже сейчас думать о том, как решать этот вопрос.

В нескольких штатах США была предпринята попытка принять законы об электронных завещаниях. В Неваде был принят закон в 2006 г., но не вступил в действие, новая редакция появилась в 2017 г., но до сих пор не действует. Насколько я знаю, в штате Аризона был принят закон в 2019 г., который предполагает так называемую биометрическую идентификацию наследодателя по его физическим характеристикам (радужке глаз, венам, отпечаткам пальцев), кроме того, предполагается ставить цифровые маркеры, которые будут предупреждать о несанкционированном вмешательстве третьих лиц в изменение текста соответствующего завещания. Но в США, что признают и сами авторы законопроекта, пока технически обеспечить все то, что предусмотрено этим законом, технологии не позволяют. Поэтому в некоторой степени оптимизм по отношению к цифровым технологиям в отношении института завещаний кажется излишним. Некоторые авторы уверены, что с помощью блокчейн-технологий проблему электронных завещаний можно решить быстро и эффективно, убрать фигуру нотариуса из этой сферы, потому что завещание будет автоматически исполняться и составляться, нужно лишь назначить фигуру хранителя, который после смерти наследодателя уведомит сеть о том, что это произошло, совершит транзакцию, предпримет соответствующие действия, а сеть обеспечит исполнение такой транзакции. Но сама технология блокчейн уязвима, чтобы ни говорили о ней ее разработчики, и мы уже знаем о хакерских атаках на соответствующие системы. И все-таки наследственное право — это сфера императивного регулирования, и когда нет государственного контроля в этой области отношений, то говорить о том, что будут соблюдаться интересы наследодателя, невозможно.

Понятно, что тенденции развития правоотношений, конечно, нужно учитывать и уже сейчас размышлять над тем, какие могут быть научные обоснования этих изменений. В зарубежной литературе предлагаются разные концепции, например, концепция виртуальной собственности. Не учитывать эти тенденции в развитии наследственного права невозможно.

Кузбагаров Асхат Назаргалиевич³². Применительно к теме конференции о реформировании гражданского законодательства задался вопросом, что же в итоге произошло с предметом гражданского законодательства. Ст. 2 ГК РФ отражает тройственность тех отношений, которые включены в предмет регуляции гражданско-правового акта. Классический вариант об имущественных и личных неимущественных отношениях остался, и никто не спорит с этим. Еще в 1994 г. у нас появилось понятие предпринимательской деятельности, которое было закреплено в п. 1 ст. 2 ГК РФ, и, таким образом, давнишний спор, который был в отношении самостоятельности предпринимательского права, был нивелирован и «победу» одержали те, кто считает, что гражданско-правовое регулирование является основным, а предпринимательское или хозяйственное проявление права в этой области вторично. Недавно, с 2012 г., в предмет гражданско-правового регулирования были включены корпоративные правоотношения. Таким образом, на сегодняшний день предмет гражданского законодательства включает в себя тройственность отношений: имущественные и личные неимущественные, корпоративные отношения и предпринимательскую деятельность. Если задаться вопросом, хорошо это или плохо, то нужно обратиться к последствиям этой реформы. В моем понимании, ничего хорошего из этого не получилось, поскольку считаю, что говорить о том, что отношения в рамках предпринимательской деятельности основаны на равенстве и автономии воли, что корпоративные отношения основаны на юридическом равенстве их участников, в строгом смысле нельзя. Я считаю, что, нет, такое тождество провести нельзя. Наш законодатель идет по своему пути, и объединение этих трех разных видов правоотношений под эгидой гражданского кодекса впоследствии образовало противоречивость правоприменения, когда тот же Верховный Суд РФ по определенным категориям дел занимает разные позиции с разницей лишь во времени. Бывает, что не проходит и трех лет. Суды, окружные суды по одним и тем же

³² Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Северо-Западного института управления РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

вопросам и отношениям занимают совершенно разные позиции. На мой взгляд, объединение этих видов отношений для регулирования в едином гражданском кодексе не совсем верно, так как у них различные особенности, например, характер рисков и их распределения. Мне кажется, более классическим был вариант дуалистического порядка регулирования, когда торговые отношения выделяли из предмета гражданского регулирования в самостоятельную область регулирования.

Лебедев Константин Константинович³³. Хотелось бы кратко остановиться на вопросе изменения субъектного состава предпринимательской и иных видов экономической деятельности. Понятие предпринимательской деятельности в ГК РФ претерпело изменение в 2017 г. Теперь понятие предпринимательской деятельности сформулировано таким образом: гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, должны быть зарегистрированы в этом качестве в установленном законом порядке, если иное не предусмотрено настоящим кодексом. В определении неудачно использован термин «лица», хотя понятно, что речь идет о гражданах, а не о коммерческих организациях, которые в таком качестве регистрируются. Но я хочу обратить внимание на оговорку «если иное не предусмотрено настоящим кодексом», поскольку сейчас не только Гражданский кодекс предусматривает, что граждане, ведущие предпринимательскую деятельность, могут в определенных случаях не осуществлять регистрацию, а значит, оговорка должна звучать не так, как она сейчас сформулирована, а по крайней мере, с отсылкой к действующему законодательству.

³³ Кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ, Санкт-Петербург, Российская Федерация.