



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Мулин-Стожек Мария

**Регулирование проведения собраний
в Республике Польша**

Орлов В. Г.

Российский правовой дискурс

Майборода В. А.

**Особенности регулирования
градостроительной деятельности
в федеральной территории «Сириус»**

Рощин Е.Н., Потапова Е.Б.

**Быть не в своей воле,
или О необходимости
академической автономии**

2021 № **4(10)**

ISSN 2686-7834

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

РАЗУБАЕВ Николай Викторович, доктор юридических наук, профессор, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

ЕСКИНА Людмила Борисовна, профессор, доктор юридических наук, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

КИРИЛЕНКО Виктор Петрович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

ЛУКОВСКАЯ Дженевра Игоревна, доктор юридических наук, профессор, почетный профессор Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

ЛЮБАШИЦ Валентин Яковлевич, доктор юридических наук, профессор, Южный федеральный университет, Ростов-на-Дону

МОГИЛЕВСКИЙ Станислав Дмитриевич, доктор юридических наук, профессор, директор Института права и национальной безопасности, заслуженный юрист РФ, Москва

МОЛОТНИКОВ Александр Евгеньевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права, Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова, Москва

ПОЛЯКОВ Андрей Васильевич, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

СЕРГЕВНИН Сергей Львович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

ХОХЛОВ Евгений Борисович, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

Феликс Вакас ФЕРНАНДЕС, доктор философии в области права (специализация в области прав человека), доцент публичного международного права и международных отношений, Университет им. Карлоса III, г. Мадрид

Кармен Перес ГОНСАЛЕС, доктор философии в области права, профессор публичного международного права и международных отношений, заместитель декана по международному сотрудничеству и академическим обменам, Университет им. Карлоса III, г. Мадрид

Киммо НУОТИО, профессор уголовного права, Университет г. Хельсинки, Финляндия

Бьярн МЕЛКЕВИК, профессор Университета Лавалья, Квебек, Канада

© Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2021

© Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2021

© Все права защищены

Содержание

- 4 Вступительное слово главного редактора
Право как ответ на вызовы новой реальности

СТАТЬИ

- 7 **МУЛИН-СТОЖЕК МАРИЯ**
Регулирование проведения собраний в Республике Польша
(перевод с английского языка Разуваев Н. В., Шмарко И. К.)
- 15 **МАЙБОРОДА В. А.**
Особенности регулирования градостроительной деятельности в федеральной территории «Сириус»
- 21 **ОРЛОВ В. Г.**
Российский правовой дискурс
(перевод с английского языка Орлов В. Г., Шмарко И. К.)
- 37 **БОРИСОВА В. Р.**
Социально-политическая обусловленность уголовного права на примере различий общей части Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. и общей части Уголовного кодекса РФ

ЭССЕ

- 41 **АРАНОВСКИЙ К. В.**
Рецензионные рассуждения по монографии Т. А. Алексеевой «Глава испанского государства: история конституционализации»

ОБЗОРЫ

- 47 **РОЩИН Е. Н., ПОТАПОВА Е. Б.**
Быть не в своей воле, или О необходимости академической автономии
- 59 **РАЗУВАЕВ Н. В., ШМАРКО И. К.**
Невский форум: секция «Кризис доверия в современном правопорядке»

Вступительное слово главного редактора

ПРАВО КАК ОТВЕТ НА ВЫЗОВЫ НОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Уходящий год как в общественной, так и в научной жизни прошел под знаком продолжающейся пандемии новой коронавирусной инфекции, ставшей, как свидетельствует статистка, одной из наиболее продолжительных и массовых за последние сто лет. Приходится констатировать, что человечество оказалось не подготовленным к этому вызову, оказавшему значительное воздействие на все социальные процессы, включая и те, которые характеризуют сферу правового регулирования. За время, истекшее с момента введения в действие первых ограничительных мер в марте 2020 года, юристы стали свидетелями целого ряда острых коллизий, связанных с несовершенством, порой внутренней противоречивостью правоприменительной практики, обусловленной наличием пробелов в действующем законодательстве.

К числу коллизий, приобретших особую остроту, в разное время относились требование обязательного ношения масок в общественных местах, всеобщая обязанность вакцинации и проистекающий из нее запрет находиться без QR-кодов в кинотеатрах, торговых центрах, на стадионах и в иных местах проведения массовых мероприятий. Эти и многие другие ограничения юридического свойства, обязанности и запреты, вводимые, как правило, подзаконными нормативными актами, действиями и решениями исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, в отсутствие общей нормы федерального закона или законов соответствующих субъектов породили резкую ответную реакцию адресатов, изучение которой может представлять существенный интерес.

Основной камень преткновения в дискуссиях, имеющих политический, юридический, биоэтический и даже философский смысл, состоит в том, насколько эффективными могут быть те или иные меры государственного воздействия, направленные на изменение и (или) формирование базовых парадигм человеческого поведения, а если рассматривать вопрос более широко, то насколько вообще допустимо лишать человека как свободного и разумного существа возможности выбора в чрезвычайных ситуациях, при условии, разумеется, если последствия подобного выбора (хотя бы и ошибочного, сделанного в условиях острого дефицита информации и объективной неспособности адекватно оценить всю констелляцию факторов, влияющих на эти последствия) не затрагивают права, свободы и законные интересы других членов общества. Иными словами, вправе ли индивид свободно распоряжаться своей жизнью или это право подлежит ограничениям, вводимым в случае необходимости государством по соображениям неких высших интересов общесоциального характера¹?

На этот вопрос, оставляя за скобками позицию тех, кто, пользуясь случаем, в очередной раз громогласно заявляют о якобы неизбежном «крахе либерального глобализма»², дается несколько ответов. Причем наиболее очевидный из них состоит в том, что пандемия, будучи чрезвычайной ситуацией, объективной по своему характеру и природе, в той или иной степени затрагивает интересы всех без исключения членов человеческого сообщества, равно как и само это сообщество в целом. А поскольку общество есть не простая сумма индивидов, а целостность, интересы которой заведомо превосходят интересы отдельных его членов, в задачи государства, выступающего от имени данной целостности, входит противодействие любым угрозам общественным интересам, в том числе путем ограничения по мере необходимости индивидуальных прав и свобод.

Кажется, среди юристов эта точка зрения пользуется широкой востребованностью, причем не только среди специалистов в области конституционного или административного права, а также других публично-правовых отраслей, но и среди цивилистов, многие из которых все чаще сетуют о якобы существующем в отечественной правовой системе «разрыве» между частным и публичным правом, то есть, по сути, об отсутствии легально закреплённой возможности трансформировать с помощью публично-правовых норм сам метод частноправового регулирования³.

Нельзя, разумеется, не согласиться с высказываемыми в данном контексте утверждениями об отсутствии надлежащего правового регулирования и неопределенности действующего законодательства о чрезвычайных ситуациях, со всей наглядностью проявившихся в условиях продолжающейся пандемии⁴. Как замечает Э. В. Власенко, «пандемия послужила индикатором отсутствия в действующем правовом поле достаточной подвижности для адаптации норм к чрезвычайным ситуациям и актам, принимаемым в этой связи. Как следствие, поспешная разработка положений под нужды конкретных частноправовых институтов, которые позволяют разрешить текущие проблемы..., однако неспособны как таковые составить полноценное регулирование на случай возникновения

¹ См.: *Тарусина Н. Н.* Право распоряжаться своей жизнью: актуализация социально-политического контекста в условиях пандемии COVID-19 // Социальные и гуманитарные знания. 2021. Том 7. № 2. С. 166–181.

² См., например: Многогранность современной пандемической реальности: коллективная монография / под ред. Е. С. Вылковой. СПб.: Издательско-полиграфическая ассоциация высших учебных заведений, 2021. С. 59 и след.

³ См., в частности: *Платонов В. М., Габов А. В., Белов В. А. и др.* COVID-19 и договорное право // Закон. 2020. № 4. С. 23.

⁴ По сообщениям средств массовой информации, ряд зарубежных компаний (таких, как Lyft, Jeffreys и др.) уже продлили для своих работников действие ограничительных мер, включая работу в удаленном режиме, на весь 2022 год, а это, в свою очередь, свидетельствует о том, что действие чрезвычайной ситуации в следующем году сохранится. См.: Независимая инвестиционная группа ATON.RU [Электронный ресурс]. URL: <https://www.aton.ru/research/daily> (дата обращения: 01.12.2021).

обстоятельств, сопоставимых с COVID-19»⁵. Таким образом, с точки зрения большинства авторов, так или иначе затрагивающих рассматриваемую проблематику, задача государства состоит в том, чтобы установить и законодательно закрепить такой нормативный порядок, который оказался бы в состоянии не только исчерпывающим образом урегулировать отношения, вытекающие из ситуации пандемии, но и предусмотреть регулирование подобных ситуаций на перспективу.

Представляется, что подобный «нормативный оптимизм» при всей отчетливости психологической установки, лежащей в его основе, едва ли оправдан по целому ряду причин. В самом деле, пандемия 2019–2021 годов имела целый ряд предвестников, на первый взгляд позволявших спрогнозировать ее наступление, подготовившись к нему заранее. Речь идет, в частности, о близкородственных штаммах MERS-CoV и SARS-CoV, принадлежащих, подобно SARS-CoV-2, к подсемейству ортокороновирусов (*Orthocoronaviridae*), спровоцировавших уже несколько вспышек массовых заболеваний на Ближнем Востоке и в Юго-Восточной Азии в конце 2000-х и в начале 2010-х годов⁶.

Тем не менее, прогнозировать, а тем более нормативно моделировать дальнейший ход событий, на наш взгляд, возможным не представляется. Чтобы убедиться в этом, достаточно вспомнить пандемию испанского гриппа, унесшего жизни порядка 50 миллионов человек во всем мире. Хотя этот штамм и является разновидностью хорошо известного серотипа H1N1, на счету которого не менее пяти пандемий, имевших место только в последнее столетие, всякое новое его появление оказывалось неожиданным и катастрофичным в силу последующего полного исчезновения штамма, вызвавшего очередную инфекцию. Аналогичным, если не более парадоксальным и непредсказуемым, образом дело обстоит и с нынешней коронавирусной инфекцией, относительно которой на перспективу можно предполагать с некоторой долей осторожности только одно, а именно полное исчезновение данного вируса из человеческой популяции, что сделает заведомо бессмысленными нынешние ограничительные меры в дальнейшем. Подчеркнем еще раз, что при всей массовости и многократной повторяемости тех отношений, о которых идет речь, они всегда останутся достаточно «нетипичными» для того, чтобы стать полноценным предметом нормативного регулирования.

Представляется совершенно правильным утверждение В. А. Белова, по словам которого ситуация пандемии не создает благоприятных условий для генезиса каких-либо общих норм. По мысли ученого: «Юридическое значение пандемии должно быть оцениваемо всякий раз индивидуально, применительно к данной конкретной совокупности фактических обстоятельств. Во всяком случае, ссылка на пандемию саму по себе ни о чем не говорит и никакого значения не имеет»⁷. Иными словами, в чрезвычайных условиях основным средством регулирования должны становиться не нормы, а в первую очередь субъективные права и обязанности сторон складывающихся отношений. Представляется, что всякий социальный, а тем более правовой институт как нормативное образование в ходе своего эволюционного развития неизбежно проходит стадию, при которой в отсутствие общезначимого и общеобязательного правила поведения такую роль выполняют субъективные права и обязанности, обладающие релевантностью *ad hoc* для участников соответствующих отношений.

Данная идея базируется на общетеоретических предпосылках социального и юридического номинализма (представляющего идейную альтернативу реализму, которым руководствуются сторонники нормативного подхода), суть которого состоит в том, что общество представляет собой сумму его членов, связанных между собой многообразными коммуникативными взаимодействиями. Необходимой предпосылкой правового общения выступает в рамках данного подхода наличие обоюдных правоприязнаний субъектов, признаваемых всеми прочими участниками юридической коммуникации. Речь, таким образом, идет о взаимном признании индивидами друг друга в качестве обладателей неотъемлемых и неотчуждаемых прав, смысловым и ценностным ядром которых выступают основные естественные права и свободы человеческой личности, подлежащие в силу самой своей природы всеобщему признанию коммуникантами⁸.

Следовательно, любые действия, предпринимаемые в интересах общества в целом, а в особенности действия, направленные на ограничение той естественной свободы, выражением которой выступает правосубъектность как способность обладать правами и обязанностями⁹, должны стать выражением общей воли всех членов социального целого, то есть получить признание со стороны каждого из них. Иными словами, каждый участник правового общения добровольно должен принять на себя юридическую обязанность отказаться от какой-то части своей личной свободы в интересах других индивидов. При несоблюдении указанного требования, то есть в тех случаях, когда воля какой-то части общества (хотя бы и большинства) не трансформируется в общую волю, легитимность вводи-

⁵ Власенко Э. В. Роль пандемии COVID-19 в развитии правовых категорий // Право и экономика. 2021. № 2. С. 14.

⁶ См.: Щелканов М. Ю., Попова А. Ю. и др. История изучения и современная классификация коронавирусов (Nidovirales: Coronaviridae) // Инфекция и иммунитет. 2020. Т. 10. № 2. С. 221–246.

⁷ Платонов В. М., Габов А. В., Белов В. А. и др. Указ. соч. С. 26.

⁸ См.: Поляков А. В. Признание права и принцип формального равенства // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 6 (323). С. 57–77.

⁹ См.: Разуваев Н. В. Правосубъектность как юридическое выражение свободы // Научные труды СЗИУ РАНХиГС. 2015. Т. 6. № 3 (20). С. 6–14.

мых ограничений будет поставлена под сомнение, подтверждением чему служит подспудное неприятие многими нашими согражданами предпринимаемых мер по борьбе с коронавирусом, чья целесообразность и эффективность сомнений не вызывает.

Думается, что лишь при формировании работающих механизмов достижения согласия по жизненно важным вопросам (к числу которых, разумеется, относится и преодоление чрезвычайных ситуаций) можно говорить о реальном формировании общей воли, принадлежащей социальному целому. Формирование и внешнее выражение этой воли возможно благодаря тому, что общество (если рассматривать его на достаточно высоком уровне научного абстрагирования) является не менее реальным участником социальной и юридической коммуникации, чем отдельные его члены. Следовательно, согласие индивидов, лежащее в основе любых актов общественного волеизъявления, будет способствовать принятию тех или иных дополнительных обязанностей и ограничений, спровоцированных нынешней экстраординарной ситуацией.

Пути и средства согласования частных интересов и индивидуальных волевых актов, ведущие к образованию воли социума как *sui generis* участника правового общения, многообразны. И хотелось бы надеяться, что авторы публикаций, размещенных на страницах очередного выпуска журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», исследуя актуальные в научном и практическом плане проблемы, также внесут свой посильный вклад в решение данной задачи.

Главный редактор
Разуваев Николай Викторович

Регулирование проведения собраний в Республике Польша¹

Мулин-Стожек Мария

профессор Университета гуманитарных наук им. Яна Длугоша в Ченстохове, Польша²;

m.moulin-stozek@ujd.edu.pl

ORCID 0000-0001-7464-5571

АННОТАЦИЯ

В главе книги автор описывает порядок нормативного регулирования организации и проведения собраний в Республике Польша, учитывая, что право на свободу собраний закреплено в Конституции Польши. Автор выделяет определенные признаки и виды собраний, в зависимости от которых то или иное собрание подпадает под нормативное регулирование или нет. В частности, не урегулированы вопросы проведения флешмобов. Также остаются вопросы, как определить границы, когда собственные моральные убеждения представителей органов власти становятся препятствием для реализации права на свободу собраний либо проведение собраний ограничивается со ссылкой на убеждения большей части общества; как провести границы между мирными собраниями и собраниями, угрожающими безопасности людей; как провести различия между спонтанными и запланированными собраниями. Некоторые из этих дилемм разрешаются на уровне судебного рассмотрения, но некоторые еще предстоит разрешить.

Ключевые слова: свобода собраний, уведомительный порядок, ответственность организаторов, спонтанные собрания

Freedom of Assembly in Poland

Maria Moulin-Stożek

Professor, University of Humanities and Life Sciences named after Jan Długosz in Częstochowa, Poland;

m.moulin-stozek@ujd.edu.pl

ORCID 0000-0001-7464-5571

ABSTRACT

In the chapter of the book, the author describes the procedure for normative regulation of the organization and holding of assemblies in the Republic of Poland, given that the right to freedom of assembly is enshrined in the Constitution of Poland. The author identifies certain signs and types of assemblies, depending on which a particular assembly is subject to regulation or not. In particular, the issues of holding flash mobs have not been settled. There also remain questions how to determine the boundaries when the personal moral convictions of representatives of the authorities become an obstacle to the exercise of the right to freedom of assembly, or the holding of assemblies is limited with reference to the convictions of most of the society; how to draw the line between peaceful assemblies and assemblies that threaten the safety of people; how to distinguish between spontaneous and scheduled assemblies. Some of these dilemmas are being resolved at the judicial level, but some have yet to be resolved.

Keywords: freedom of assembly, notification procedure, responsibility of organizers, spontaneous assemblies

Введение

Право на свободу собраний является основополагающим правом, гарантированным Конституцией Польши. Закон о собраниях 1990 г. регулирует вопросы, касающиеся проведения собраний в Польше, такие как процедуры

¹ Журнал публикует перевод на русский язык главы из книги Stożek, M. (2016). Freedom of Assembly in Europe. Edited by A. Peters and I. Ley (Nomos / Hart Publishing). С. 217–222. С полным текстом книги на английском языке вы можете ознакомиться здесь: [Электронный ресурс]. URL: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845266084-1/titelei-inhaltsverzeichnis> (дата обращения: 20.10.2021).

² Доктор Мария Стожек получила степень магистра права в Ягеллонском университете в Кракове, степень магистра права в Гарвардской школе права и степень доктора права в Ягеллонском университете в Кракове, продолжая часть своей докторантуры в Гейдельбергском университете. Мария Стожек является адвокатом по правам человека и работает в Департаменте по правам человека Министерства иностранных дел Республики Польша и в двух американских юридических фирмах. Автор пяти книг (в том числе трех монографий), разделов в пяти коллективных монографиях, восьми статей, выступала на многочисленных международных научных конференциях. В настоящее время Мария Стожек проводит постдокторские исследования в Гейдельбергском университете.

согласования, защита права на собрания и ограничения свободы проведения собраний. Органы власти Польши обладают весьма ограниченными дискреционными полномочиями по запрещению собраний, и роль государственных должностных лиц или административных судов не заключается в анализе идей и концепций, выраженных на собрании, через призму их собственных убеждений или убеждений большей части общества. В то же время в Польше отсутствует определенное правовое регулирование стихийных собраний, собраний, проводимых одновременно с другими мероприятиями, флешмобов и собраний, организованных с помощью новых технологий. В целом польские правила проведения собраний соответствуют требованиям Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии).

Правовые основы

В Польше свобода собраний гарантирована ст. 57 Конституции: «Свобода мирных собраний и участия в таких собраниях обеспечивается каждому. Ограничение таких свобод может быть установлено законом»³.

Согласно Закону о собраниях, собрание — это совместное присутствие в определенном месте не менее пятнадцати человек с целью обсуждения каких-либо вопросов выражения своего мнения. Право на организацию собраний предоставляется только лицам, обладающим полной дееспособностью в части совершения юридически значимых действий, юридическим лицам и другим организациям, а также группам лиц. Участвовать в собрании может любой человек, за исключением лиц, имеющих при себе оружие, взрывчатые вещества, пиротехнические материалы, опасные легковоспламеняющиеся материалы или любые другие опасные предметы⁴.

Объем гарантии

Польские *административные суды*, как правило, придерживаются позиции, что свобода собраний имеет такую фундаментальную конституционную ценность, что органы власти должны быть существенно ограничены в своих возможностях запрещать собрания. Аналогичным образом *Верховный суд* Польши⁵ постановил, что решение о запрещении собраний должно основываться на положениях, гарантирующих свободу собраний, а не только на правах и свободах других лиц⁶.

Конституционный суд Польши постановил, что «организация собраний означает, в частности, обеспечение свободы выбора времени и места проведения собрания, формы выражения мнений и свободы в определении повестки дня собрания. Свобода участия в собраниях включает также свободу отказываться от участия в собраниях»⁷.

В июне 2005 г. в Варшаве было запрещено проведение гей-парада (Парад равенства), и дело впоследствии было передано на рассмотрение в ЕСПЧ (дело *Bączkowski and Others v. Poland*)⁸. Планировалось проведение марша и нескольких собраний, чтобы привлечь внимание общества к положению различных групп лиц, столкнувшихся с дискриминацией, особенно членов сообщества геев и лесбиянок. Первоначально собрания были запрещены мэром Варшавы, который потребовал представить «маршрут проведения шествия». Собрания проводились, несмотря на запрет, и охранялись полицией. Заявители обжаловали отказ в согласовании проведения собраний, ссылаясь на то, что требование представить маршрут проведения шествия не имеет под собой никаких правовых оснований и что решение мэра было идеологически мотивированным. Губернатор отменил решение мэра. ЕСПЧ установил, что «собрания проводились без учета презумпции законности, такая презумпция представляет собой жизненно важный аспект эффективного и беспрепятственного осуществления свободы собраний и свободы выражения мнений. Суд отмечает, что отказ в выдаче разрешения на проведение собрания мог оказать сдерживающее воздействие на заявителей и других участников собраний».

В 2006 г. Конституционный суд Польши также рассматривал вопрос о запрете Парада равенства⁹. Дело было возбуждено Уполномоченным по правам граждан, который оспорил требование о получении разрешения на прове-

³ Конституция Республики Польша от 2 апреля 1997 г. [Конституция Республики Польша, принятая Национальным собранием 2 апреля 1997 г.]. Собрание законов. 1997, № 78, п. 483 с поправками, далее — Конституция.

⁴ Закон от 5 июля 1990 г. «О собраниях» [Закон о собраниях от 1 августа 1990 г.]. Собрание законов. 1990, № 51, п. 297 с поправками, далее — Закон о собраниях.

⁵ См. Решения Верховного административного суда Польши (I OSK 329/06, I OSK 1907/10, I OSK 448/11) и польских региональных административных судов (IV SA/Po 983/05, IV SA/Wr 216/08, IV SA/Po 888/09, VII SA/Ba 1856/10, VIII SA/Ba 78/09, III SA/Gd 68/11).

⁶ См. Решение Верховного суда Польши от 5 января 2011 г. (III RN 38/00), в котором глава города Т. запретил собрание на основании того, что оно будет представлять собой неудобство для группы жителей дома рядом с местом, где планировалось провести собрание (жители протестовали против места проведения собрания). Решение главы города было поддержано в том числе путем ссылки на п. 2 ст. 31 Конституции Польши («Никто не может быть принужден к тому, что не требуется по закону»).

⁷ Постановление Конституционного суда от 28 июня 2000 г., К 34/99, (ОТК 2000, No. 5, п. 142).

⁸ ЕСПЧ, *Банчковский и другие против Польши*. Постановление от 3 мая 2007 г., жалоба No. 1543/06, нарушение ст. 11, 13 и 14.

⁹ См. Постановление Конституционного суда от 18 января 2006 г., К 21/05 (ОТК-А 2006, No. 1, п. 4).

дение собрания, препятствующего дорожному движению или требующего использования дорог¹⁰. Уполномоченный утверждал, что местные органы власти отказались предоставить разрешение на проведение собраний из-за невыполнения требований (например, в случае Парада равенства). При этом мероприятия религиозного характера не требуют получения таких разрешений. Суд установил, что рассматриваемое положение закона не устанавливает оснований для дифференциации мероприятий и ставит их все на один уровень, даже если они не имеют одного и того же конституционного характера. Свобода собраний является фундаментальной политической свободой и, следовательно, не может регулироваться такими же правилами, что и политически нейтральные мероприятия, такие как организация спортивных соревнований и гонок. Законодатель справедливо установил различие между такими нейтральными политическими мероприятиями и мероприятиями религиозного характера (такими как процессии, паломничества, похоронные процессии)¹¹. Однако законодатель не учел конституционный характер свободы собраний. Нет оснований проводить различие между законодательным регулированием осуществления конституционной свободы совести и религии (п. 1 и 2 ст. 53 Конституции) и осуществлением конституционной свободы организации мирных собраний (ст. 57 Конституции). Ограничения свободы собраний, налагаемые Законом о дорожном движении, нарушают требование соразмерности и несовместимы с Конституцией в той мере, в какой ее положения применяются к собраниям.

Конституционный суд уточнил, что «моральные убеждения государственных должностных лиц не являются синонимом «общественной морали» как основание для ограничения свободы собраний»¹². Аналогичным образом Верховный административный суд, вынося решение по делу о Параде равенства, пришел к выводу, что «в контексте свободы организации мирных собраний органы государственной власти или административные суды не могут проводить анализ лозунгов, идей и концепций, выражаемых на собраниях, проведение которых соответствует законам, сквозь призму собственных моральных убеждений соответствующих государственных должностных лиц, принимающих решение, или судей, выносящих решения по делу, или убеждений большей части общества. Проведение такого анализа нарушило бы конституционную свободу собраний и Закон о собраниях»¹³.

Из-за потенциальной угрозы приобретения собранием насильственного характера существует тенденция к ограничению свободы мирных собраний. Эти ограничения включают примеры запрета собраний из страха перед насилием, а также предложения об ограничении анонимного участия в собраниях¹⁴ и сбора денежных депозитов с организаторов собраний для обеспечения гарантии мирного характера собраний¹⁵. Конституционный суд в 2004 г. не одобрил ограничения на анонимное участие в собраниях¹⁶. Дело было инициировано Президентом Республики

¹⁰ Согласно ст. 65 Закона от 20 июня 1997 г. «О дорожном движении» [Закон о дорожном движении от 20 июня 1997 г. Сборник законов 2003 г. № 58, п. 515 с поправками], собрание, создающее трудности для дорожного движения или требующее специального использования дороги, подлежит предварительному согласованию с органом, ответственным за организацию движения на конкретной дороге, а также при условии обеспечения безопасности и порядка проведения собрания (см. ст. 65 Закона о дорожном движении: «Спортивные соревнования, митинги, гонки, собрания и другие мероприятия, которые влияют на дорожное движение или требуют специального использования дороги, могут проводиться только в том случае, если обеспечены безопасность и порядок во время мероприятия и получено разрешение на проведение этого мероприятия»).

¹¹ См. CDL-АД (2009) 035, Заключение по законопроекту о собраниях, митингах и манифестациях Болгарии, п. 14: «...Закон не распространяется на культурные и спортивные мероприятия, свадьбы, семейные и дружеские торжества, похоронные обряды, религиозные обряды... Эти исключения согласуются с идеей собраний в соответствии со ст. 11 ЕКПЧ, которая не включает собрания в социальных целях».

¹² См. Решение Конституционного суда от 28 июня 2000 г., К 34/39 (ОТК 2000, № 5, п. 142). Дело было инициировано группой депутатов Польского парламента, которые заявляли, что п. 1–5 ст. 65 Закона о дорожном движении 1997 г. не соответствуют положениям Конституции о свободе мирных собраний. Заявители проводили различие между спортивными и развлекательными мероприятиями, с одной стороны, и мероприятиями, касающимися реализации политических и культурных прав, с другой стороны. Они полагали, что обязательства, налагаемые п. 1–5 ст. 65 Закона о дорожном движении 1997 г., ограничивают права малочисленных групп населения в проведении последними таких собраний. Суд постановил, что вне зависимости от характера мероприятия возможность использования в рамках такого мероприятия дорог должна быть подготовлена заранее и обеспечены обходные пути движения.

¹³ См. Решение Верховного административного суда от 25 мая 2006 г., I OSK 329/06.

¹⁴ О ношении масок во время собрания см.: Адам Боднар. Формирование свободы собраний: контрпродуктивные последствия польского пути к нелиберальной демократии. Андрас Саджо (ред.). Свобода протеста: конституционное право и уличная демократия (Utrecht: Eleven International Publishing, 2008), 165–187. (Adam Bodnar, 'Shaping the Freedom of Assembly: Counter-Productive Effects of the Polish Road towards Illiberal Democracy', in Andras Sajó (ed.), Free to Protest: Constituent Power and Street Demonstration (Utrecht: Eleven International Publishing, 2008), 165–187).

¹⁵ Что касается современных дискуссий об ограничениях собраний в Польше, см. в целом Хельсинский фонд по правам человека: (HFHR) (2012), публичные слушания по Закону о собраниях [Электронный ресурс]. URL: <http://humanrightshouse.org/Articles/17770.html> (дата обращения: 24.03.2015); HFHR (2012), Польша: Обжалование запрета на собрание [Электронный ресурс]. URL: <http://humanrightshouse.org/Articles/18364.html> (дата обращения: 24.03.2015); HFHR (2012), 32 неправительственные организации опубликовали открытое письмо по Закону о собраниях [Электронный ресурс]. URL: <http://humanrightshouse.org/Articles/18357.html> (дата обращения: 24.03.2015).

¹⁶ Постановление Конституционного суда Польши от 10 ноября 2004 г., К/р 1/04 (ОТК-А 2004, № 10, п. 105). Предложение о запрете демонстрации участников, закрывающих лица, и установление солидарной гражданской ответственности организатора собрания и виновника любого ущерба, получило одобрение парламента и приняло форму Закона о поправках к Законам о собраниях и дорожном движении 2004 г., который был оспорен в суде.

Польша, который обратился с просьбой о первичном пересмотре Закона о внесении поправок в Закон о собраниях и дорожном движении 2004 г., запрещающий организацию собраний, на которых появление участников делает невозможным их идентификацию¹⁷. Президент утверждал, что эти положения не соответствуют праву на свободу собраний, гарантированному ст. 57 Конституции, в совокупности с принципом соразмерности (п. 3 ст. 31) и принципом верховенства права (ст. 2). Суд установил, что право демонстранта оставаться анонимным представляет собой существенный элемент содержания конституционной свободы собраний. Суд отметил, что запрет также касается лиц, которые не нарушают мирный характер собрания, но могут не хотеть быть идентифицированными по другим причинам. Кроме того, Закон о полиции предоставляет полиции возможность устанавливать личность лиц, участвующих в собрании, если возникает угроза его мирному характеру.

Опыт работы с флешмобами

В Польше участники флешмоба не наделены теми же правами, что и участники собрания, поскольку в рамках флешмобов не предполагается проведение публичных обсуждений (например, флешмоб в Кракове 30 января 2011 г. заключался в том, что участники «замерли» после звука трубного сигнала с двух башен Святой Марии)¹⁸.

Ограничения

Муниципальные органы власти запрещают проведение публичного собрания, если его цель или сам факт его проведения нарушают Закон о собраниях, если собрание нарушает положения уголовного законодательства или если его проведение создает существенную угрозу жизни или здоровью людей или имуществу, имеющему значительную ценность.

Ст. 233 Конституции допускает ограничение свободы собраний во время военного и чрезвычайного положения, а также во время стихийных бедствий. Ограничения, как часть ряда чрезвычайных мер, могут быть введены только постановлением, изданным на основе закона, который регулирует принципы деятельности органов публичной власти, а также с учетом степени, в которой свободы и права лиц и граждан могут подлежать ограничениям в течение периода, требующего каких-либо чрезвычайных мер. Кроме того, такие меры должны быть обнародованы (ст. 228 Конституции). Пропаганда нацистских, фашистских или коммунистических взглядов запрещена Конституцией (ст. 13 Конституции)¹⁹.

Не существует никаких ограничений (кроме процедурных) в отношении видов собраний или мест, где могут проводиться собрания. Свобода собраний может быть ограничена только в том случае, если эти ограничения предусмотрены законом и необходимы для защиты государственной безопасности, общественного порядка, здоровья населения, нравственности или прав и свобод других людей. Кроме того, согласно Закону об охране территорий бывших нацистских концентрационных лагерей²⁰, собрания возле памятника погибшим в лагерях требуют предварительного согласия — посредством административного решения — ответственного губернатора. Губернатор отказывает в согласии проведения такого собрания, если собрание нарушает Закон об охране территорий бывших нацистских концентрационных лагерей, Закон о собраниях или положения уголовного законодательства, если проведение этого собрания создает угрозу жизни или здоровью отдельных лиц или имуществу, имеющему значительную ценность, или если цель или факт проведения этого собрания может причинить ущерб памяти жертв или

¹⁷ См. cdl-AD (2012) 006 ОБСЕ / Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ (БДИПЧ) — Совместное заключение Венецианской комиссии о Законе о массовых мероприятиях в Республике Беларусь, п. 108: «Ст. 11 также предусматривает, что люди не могут защищать свою личность, нося маски. Такой запрет является нарушением права на свободу выражения мнений, а также права на личную идентификацию, права на определение внешнего вида человека в соответствии со ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах и ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод соответственно. Как указано в Руководящих принципах БДИПЧ и Венецианской комиссии ОБСЕ, «ношение маски в целях самовыражения на мирном собрании не должно быть запрещено, если маска или костюм не используются с целью предотвращения идентификации лица, поведение которого создает вероятную причину для ареста, и до тех пор, пока маска не создает явной и настоящей опасности неминуемого противоправного поведения».

¹⁸ В. Май. Флешмоб: Заморозка — Краков (Польша), 30.01.2011 [видео]. YouTube (записано 30.01.2011, загружено 30.01.2011). [Электронный ресурс]. URL: www.youtube.com/watch?v=izOGgrAmc4g (дата обращения: 24.03.2015).

¹⁹ cdl-AD (2010) 049, Временное совместное заключение по проекту Закона о собраниях Республики Армения, подготовленное Венецианской комиссией и БДИПЧ ОБСЕ, п. 29–30: «Важно отметить, что мероприятия, направленные на публичные призывы к войне, разжиганию ненависти к расовым, этническим, религиозным или другим группам или в других явно воинственных целях, будут считаться незаконными, и их запрет будет оправдан в свете требования сбалансировать свободу собраний с другими правами человека, включая запрещение дискриминации. Однако существует тонкая грань между степенью ограничения, необходимой для защиты других прав человека, и посягательством на свободу собраний и выражения мнений. Тестом является выявление элемента насилия... Для того чтобы законопроект соответствовал Руководящим принципам, в текст должна быть включена ссылка на выявление элемента требования о насилии».

²⁰ Закон от 7 мая 1999 г. «Об охране территорий бывших нацистских концентрационных лагерей». Законодательный вестник 1999 г., № 41, п. 412, с изменениями.

не совместим с характером памятника жертвам. Если собрание должно проводиться в непосредственной близости от посольства, консульского учреждения или международной организации, пользующихся дипломатическим иммунитетом, муниципальный орган власти обязан уведомить об этом ответственного начальника полиции и министерство иностранных дел. Если собрание организуется вблизи зданий, которые находятся под охраной Бюро защиты правительства, соответствующий муниципалитет информирует начальника Бюро защиты правительства о месте, дате и предполагаемом количестве участников.

Порядок проведения собраний

Уведомление

Организатор собрания обязан уведомить соответствующий муниципальный совет («Рада Гмины») о планируемом собрании не ранее чем за тридцать и не позднее чем за три дня до запланированной даты проведения собрания. Уведомление должно содержать: имя, дату рождения и адрес организатора (организаторов); имя, дату рождения, адрес и фотографию лидера (лидеров)²¹; наименование и адрес юридического лица (если собрание организовано от имени другой организации, то название и адрес этой организации); цель и повестку дня собрания, а также язык, на котором участники собрания, вероятно, будут общаться; дату и место, точное время начала, ожидаемую продолжительность и количество участников, запланированный маршрут, описание мер, которые должны быть приняты для обеспечения мирного проведения собрания, и те меры, которые требуются от муниципальных властей организатором (организаторами).

В соответствии с Законом о высшем образовании²², собрания, проводимые в зданиях университетов, требуют предварительного согласия ректора университета. Организаторы должны уведомить об этом ректора не позднее чем за 24 часа до запланированного начала собрания.

Принятие решений

Муниципальный совет может принять решение о том, что в отношении собраний в рамках определенной сферы не требуется осуществление предварительного уведомления о проведении собрания.

Пересмотр и обжалование

Решение муниципалитета о запрете собрания может быть обжаловано губернатору (wojewoda), а жалобы на решения о собраниях подаются непосредственно в административный суд.

Отдельные виды собраний

Спонтанные собрания

Закон о высшем образовании является единственным польским законом, в котором упоминается «срочное» собрание: в экстренных случаях ректор университета может принять более позднее уведомление о проведении собрания, чем это обычно допустимо. По общему правилу в Польше проведение собрания без предварительного уведомления является правонарушением (п. 1 (2) ст. 52 Кодекса об административных правонарушениях)²³. Установление ответственности за указанное правонарушение было оспорено в Конституционном суде²⁴, однако суд установил, что такое наказание соответствует конституционной свободе собраний. В то же время суд отметил, что «собрание, которое не было зарегистрировано (проведено без уведомления), не может считаться незаконным»²⁵, и поэтому спонтанные собрания имеют такую же конституционную защиту, как и те, которые были запланированы и организованы после уведомления. Суд обязан определить, существовала ли в конкретных обстоятельствах возможность уведомления. Аналогичным образом ЕСПЧ установил по делу *Скиба против Польши (Skiba v. Poland)*²⁶, что «обязательство [уведомления] заявителем

²¹ У каждого собрания есть лидер, который несет ответственность за законное проведение собрания. Лидером может быть организатор собрания.

²² Закон о высшем образовании от 12 ноября 1990 г. Собрание законодательства 1990 г., № 65 п. 385 с поправками.

²³ Закон от 20 мая 1971 г. о принятии Кодекса об административных правонарушениях. Собрание законодательства 2007 г., № 109, п. 756 с поправками.

²⁴ Решение Конституционного суда Польши от 10 июля 2008 г., P 15/08 (OTK 2008, № 6, п. 105). Исходные данные по этому делу см.: Bodnar, 'Shaping the Freedom of Assembly' (2008), (n. 13), 165–187.

²⁵ См. ЕСПЧ, Букта и др. против Венгрии (Bukta and Others v. Hungary). Решение от 17 июля 2007 г., заявление № 25691/04.

²⁶ См. ЕСПЧ, Скиба против Польши (Skiba v. Poland), Решение от 7 июля 2009 г. (заявление не удовлетворено судом), Заявление № 10659/05, по которому суд рассмотрел вопрос о наложении штрафа за руководство мирным собранием без предварительного уведомления властей. Заявитель организовал стихийное мирное собрание перед художественной галереей против диффамации религии на выставке. Заявитель был оштрафован за организацию публичного собрания без уведомления властей.

в соответствии с внутренним законодательством не может рассматриваться как чрезмерное или необоснованное требование, способное существенно ограничить его право на свободу мирных собраний» и что «осуждение заявителя по уголовному делу не выглядело несоразмерным преследуемым законом целям»²⁷.

Собрания, организуемые с помощью новых технологий

В Польше недавно обсуждались встречи, организованные с помощью новых технологий после проведения собрания развлекательного характера, организованного (через Facebook) 27 апреля 2013 г. в Закшувек (Zakrzówek), собравшего около 22 тыс. чел. в одном месте. В результате собрания несколько участников получили ранения. Организатору, Анне К., было предъявлено обвинение в организации массового собрания без получения разрешения и наложен штраф²⁸.

Проведение разных собраний одновременно

Муниципалитет может предложить организатору собрания изменить время и место проведения собрания или пешеходного маршрута участников, если он совпадает с другими собраниями, уведомление о которых уже поступило²⁹. Если организатор не соблюдает установленные требования, муниципалитет запрещает проведение собрания. Конституционный суд Польши в 2006 г. указал, что риск одновременного проведения собраний не должен приводить к запрету мирных собраний, даже если существует серьезная угроза общественному порядку³⁰.

Правоприменение законодательства о свободе собраний

Планирование проведения собрания

Уведомление о собрании включает информацию о мерах, которые организатор запрашивает у муниципальных властей.

Издержки

Плата за организацию проведения собраний в Польше не взимается.

Отсутствие строгой ответственности организаторов

В 2004 г. Конституционный суд не одобрил применение строгих мер ответственности к организаторам собраний³¹. Суд установил, что положение, гласящее, что «организатор собрания и лицо, причинившее ущерб, несут солидарную ответственность за любой ущерб, причиненный участником в ходе собрания или непосредственно после его прекращения», не имеет конкретности и правовой определенности. Суд отметил, что в рамках такой формулировки даже максимально возможные меры, принятые со стороны организаторов собрания, не освобождают их от ответственности и что такое положение может препятствовать организации собраний потенциальными организаторами собрания.

Применение силы полицией

Актуальной проблемой для Польши являются случаи применения насилия во время проведения собраний и одновременных мероприятий³². Несмотря на то, что основная ответственность за безопасность лежит на органи-

²⁷ См. CDL-AD (2009) 034, Совместное заключение Венецианской комиссии и БДИПЧ / ОБСЕ по проекту закона о собраниях Кыргызской Республики, п. 36: «О спонтанных собраниях по определению не сообщается заранее, поскольку они обычно возникают в ответ на какое-либо происшествие, которое нельзя было разумно предвидеть».

²⁸ Внутри Польши (Inside Poland). Женщине грозит восемь лет тюрьмы за организацию «незаконной» вечеринки через «Фейсбук» (7 ноября 2013 г.) [Электронный ресурс]. URL: <http://inside-poland.com/t/woman-faces-eight-years-in-jail-for-organising-illegal-party-via-facebook/> (дата обращения: 24.03.2015).

²⁹ См. CDL-AD (2005) 007, Заключение по законопроекту о внесении изменений и дополнений в Закон Республики Армения о проведении собраний, митингов и демонстраций, п. 20: «Право на проведение одновременных собраний должно быть ограничено только в связи с необходимостью обеспечения подлинной безопасности или общественного порядка»; CDL-AD (2010) 049, Промежуточное совместное заключение по проекту Закона о собраниях Республики Армения Венецианской комиссии и БДИПЧ ОБСЕ, п. 25: «Хотя право на проведение нескольких собраний одновременно не распространяется на воспрепятствование праву других на демонстрацию, «неминуемая опасность столкновения» не обязательно должна быть основанием для запрета проведения одного из собраний в одно и то же время и в одном и том же районе. Акцент должен быть сделан на обязанности государства защищать и облегчать проведение каждого такого мероприятия, и государство должно выделять адекватные полицейские ресурсы для содействия проведению таких мероприятий как в пределах видимости, так и слышимости».

³⁰ См. Решение Конституционного суда от 18 января 2006 г. (п. 8).

³¹ См. Решение Конституционного суда от 30 ноября 2004 г. (п. 30).

³² Например, недавно прошедшие собрания в честь Дня независимости Польши закончились насилием: Radio Free Europe. 12 ноября 2013 г. Москва требует от Польши извинений в связи с беспорядками у посольства [Электронный ресурс]. URL: www.rferl.org/content/russia-poland-tension-diplomacy-nationalism/25165359.html (дата обращения: 24.03.2015); BBC News. 11 ноября 2012 г. День независимости в Польше закончился беспорядками [Электронный ресурс]. URL: www.bbc.co.uk/news/world-europe-20286409 (дата обращения: 24.03.2015).

заторе мероприятия, полиция может обеспечить порядок во время проведения собрания в общественных местах. В соответствии с Законом о полиции³³, полиция может применить меры для восстановления общественного порядка, если собрание является незаконным, если собрание было прекращено его руководителем или муниципалитетом, в ситуации, когда его продолжение представляет угрозу жизни или здоровья людей или имущества, когда собрание нарушает положения, изложенные в Законе о собраниях, или нормы уголовного законодательства либо когда участники собрания отказываются разойтись.

Обеспечение подотчетности исполнительных органов власти

Ответственность и подотчетность сотрудников правоохранительных органов

Сотрудник полиции, который превышает установленные полномочия, несет дисциплинарную и уголовную ответственность³⁴. Например, в мае 2013 г. полицейский Анджей С. был признан виновным и осужден за нападение на Даниэля К., участника собрания в честь Дня независимости Польши 11 февраля 2011 г.³⁵

Контроль

Хельсинкский фонд прав человека является неправительственной организацией, которая следит за соблюдением права на свободу собраний в Польше с помощью программы под названием «Наблюдение за публичными собраниями в Польше»³⁶.

Доступ к СМИ

В Польше публичные собрания в основном освещаются средствами массовой информации, и отсутствует специальное нормативное регулирование об освещении публичных собраний в средствах массовой информации.

Выводы и перспективы

В настоящее время Польша сталкивается с рядом проблем, связанных со свободой собраний. Первая касается того, как правильно сбалансировать конституционную свободу собраний с необходимостью адекватно реагировать на проведение собраний, которые могут утратить свой мирный характер. В настоящее время наблюдается *тенденция ограничивать применение гарантии* прав на свободу собраний только в отношении собраний, которые с наименьшей вероятностью перерастут в беспорядки³⁷.

Вторая проблема связана с *реакцией польских местных властей* на собрания, которые не соответствуют их *идеологическим убеждениям* (как в случае с Парадом равенства)³⁸, хотя в соответствии с польским законодательством

³³ Закон о полиции от 6 апреля 1990 г. Собрание законодательства 1990 г., № 30, п. 179 с поправками.

³⁴ См. CDL-AD (2009) 052, Совместное заключение Венецианской комиссии и БДИПЧ / ОБСЕ в отношении Приказа об организации и проведении мирных собраний на Украине, п. 71: «Международные стандарты требуют, чтобы сотрудники правоохранительных органов использовали силу только в качестве крайней меры, пропорционально преследуемой цели, и таким образом, чтобы свести к минимуму ущерб и травмы. Хотя это положение не является обязательным, ссылка на ответственность за незаконное или чрезмерное применение силы правоохранительными органами может быть полезной, хотя такая ответственность обязательно уже содержится в законах, регулирующих поведение должностных лиц».

³⁵ Газета Wyborcza. 21 мая 2013 г. Милиционер, признанный виновным в избиении участника Марша Независимости. «Его били с яростью и агрессией» [Электронный ресурс]. URL: http://wyborcza.pl/1,75478,13956681,Policjant_skazany_za_pobicie_uczestnika_Marszu_Niepodleglosci_.html (дата обращения: 24.03.2015).

³⁶ [Электронный ресурс]. URL: <http://programy.hfhr.pl/zgromadzenia/about-project/> (дата обращения: 24.03.2015).

³⁷ См. CDL-AD (2010) 050 ОБСЕ / БДИПЧ, Совместное заключение Венецианской комиссии по проекту Закона Кыргызской Республики о мирных собраниях Кыргызской Республики, п. 19: «БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия хотели бы отметить, что в своей оценке законодательства о свободе собраний в отношении законов, касающихся собраний, которые были рассмотрены, было рекомендовано, чтобы название такого закона указывалось как "закон о свободе собраний". Не используя термин "мирный", законодательство признает и охватывает не только мирные собрания, но и рассматривает случаи, когда собрания не являются мирными или перерастают в такие собрания. Поэтому в идеале название закона должно быть изменено следующим образом: "Закон о свободе собраний"; CDL-AD (2012) 007, Заключение в отношении Федерального закона о собраниях, демонстрациях, шествиях и пикетах Российской Федерации, п. 37: «Венецианская комиссия в целом согласна с тем, что положение о сроках уведомления о публичных мероприятиях может быть полезным, поскольку оно позволяет властям принимать разумные и надлежащие меры для обеспечения их беспрепятственного проведения. Вместе с тем Комиссия напоминает, что могут быть случаи, когда публичное мероприятие возникает в качестве срочной или спонтанной реакции на непредсказуемое событие, и в этом случае может оказаться невозможным соблюсти обычные сроки для уведомления. Право на спонтанные и срочные собрания защищено ст. 11 Европейской конвенции по правам человека».

³⁸ По данному вопросу см.: Bodnar A. Shaping the Freedom of Assembly' (2008), (n. 13), 165–187. Также см.: Agnieszka Graff. We Are (Not All) Homophobes: A Report from Poland, *Feminist Studies*, 32 (2) (2006), 434–449, 436. Graff утверждает, что решения мэра Варшавы Леха Качиньски о запрете гей-парадов в 2004 и 2005 гг. были политически мотивированы. См.: Anna Gruszczynska. Living La Vida Internet. Some Notes on the Cyberization of Polish LGBT Community, in R. Kuhar and J. Takacs (eds.), *Beyond the Pink Curtain: Everyday Life of LGBT People in Eastern Europe* (Peace Institute, 2006), 95–115, [Электронный ресурс]. URL: www.policy.hu/takacs/books/isbn9616455459/pdf/peace-mirror/07_Gruszczynska.pdf (дата обращения: 24.03.2015).

организация собраний осуществляется в уведомительном порядке, что не требует предварительного разрешения. Суды поддерживают позицию, что запрет на собрания не может основываться на моральных убеждениях государственных должностных лиц или судей³⁹.

Спонтанные собрания в Польше специально не регулируются⁴⁰. Право на проведение таких собраний защищено конституционной гарантией свободы собраний до тех пор, пока они действительно являются спонтанными и предполагаемая спонтанность не является обходом требования об уведомлении. В случае если собрание, о котором не было подано уведомление, в результате оказывается не соответствующим признакам спонтанности, то организаторам грозит наказание в виде лишения свободы на срок до четырнадцати дней⁴¹. Однако если собрание действительно формируется спонтанно, например как спонтанный протест против внезапного текущего события, и, если его отложить, характер собрания изменился бы или такое собрание не состоялось бы вообще, суды посчитали бы такие собрания спонтанными и не применяли бы меры наказания за неуведомление. Для устранения неясности в части классификации собрания как спонтанного или неспонтанного следовало бы включить положение о более коротком периоде уведомления для спонтанных собраний (в настоящее время за три дня до собрания) и возможности использования неформальных средств связи, таких как телефон, факс или электронная почта.

Литература / References

1. Adam Bodnar. Shaping the Freedom of Assembly: Counter-Productive Effects of the Polish Road towards Illiberal Democracy, in Andras Sajó (ed.), *Free to Protest: Constituent Power and Street Demonstration*. Utrecht : Eleven International Publishing, 2008. P. 165–187.
2. Agnieszka Graff. We Are (Not All) Homophobes: A Report from Poland, *Feminist Studies*, 2006. No. 32 (2). P. 434–449, 436.
3. Anna Gruszczynska. Living La Vida Internet. Some Notes on the Cyberization of Polish LGBT Community, in R. Kuhar and J. Takacs (eds.), *Beyond the Pink Curtain: Everyday Life of LGBT People in Eastern Europe*. Peace Institute, 2006. P. 95–115.

³⁹ Решение Конституционного суда от 18 января 2006 г. (п. 13) и Решение Верховного административного суда от 25 мая 2006 г. (п. 12).

⁴⁰ За исключением установленных для проведения срочных собраний на территории университетов.

⁴¹ См., например, Решение ЕСПЧ *Skiba v. Poland* (п. 25).

Особенности регулирования градостроительной деятельности в федеральной территории «Сириус»

Майборода Виктор Александрович

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация, судья Тульского областного суда в отставке; mayboroda-va@ranepa.ru

АННОТАЦИЯ

В статье рассмотрены законодательно закрепленные особенности регулирования градостроительной деятельности в новом публично-правовом образовании в Российской Федерации — федеральной территории «Сириус». Способ, использованный в закреплении данных особенностей, не отвечает целям создания федеральной территории «Сириус» и не позволит реализовать полномочия органов публичной власти федеральной территории, поскольку нарушает причинность в системе нормативного регулирования и предполагает неправовое смещение баланса интересов.

Ключевые слова: федеральная территория, полномочия публичных органов управления, градостроительная деятельность

Features of Regulation of Urban Planning Activities in the Federal Territory “Sirius”

Victor A. Mayboroda

Associate Professor of Civil and Labour Law the North-West Management Institute of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Saint Petersburg, Russian Federation, Judge of the Tula Regional Court in Resignation, PhD in Jurisprudence; mayboroda-va@ranepa.ru

ABSTRACT

The article deals with the legislatively fixed features of the regulation of urban development in the new public-law formation in the Russian Federation — the federal territory “Sirius”. The method used in fixing these features does not meet the goals of creating the federal territory “Sirius” and will not allow to realize the powers of the public authorities of the federal territory, since it violates causality in the system of regulatory regulation and does not imply a legal shift in the balance of interests.

Keywords: federal territory, powers of public governing bodies, town-planning activity

Федеральным законом от 1 июля 2021 г. № 271-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О федеральной территории «Сириус»» были внесены изменения в закон о первой в Российской Федерации федеральной территории, образованной согласно конституционной новелле в ст. 67 Конституции Российской Федерации.

Ч. 1 ст. 67 Конституции России, в редакции Федерального конституционного закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти», предусмотрено, что на территории Российской Федерации в соответствии с федеральным законом могут быть созданы федеральные территории.

Федеральным законом от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ «О федеральной территории «Сириус»» такая федеральная территория создана, а вышеупомянутым законом от 1 июля 2021 г. № 271-ФЗ закреплены особенности осуществления градостроительной деятельности в федеральной территории «Сириус». Осмысление необходимости закрепления таких особенностей ранее предпринималось в литературе, по результатам которого обоснована необходимость имплементации федеральной территории в качестве самостоятельного субъекта градостроительного регулирования в систему российского градостроительного законодательства¹. Однако законодателем вся суть особенностей регулирования сведена к делегированию возможности установления таких особенностей в определенных подзаконных актах, принятие которых отнесено к компетенции (в части генерального плана федеральной территории) Правительства Российской Федерации либо органов публичной власти самой федеральной территории,

¹ Майборода В. А. Градостроительное регулирование развития федеральной территории. Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2020. № 4. С. 55–59.

согласующих свои акты с Правительством Российской Федерации, в части подключения (технологического присоединения) объектов; реконструкции электрических и инженерно-технических сетей; установления государственных услуг в градостроительной деятельности, предоставляемых исключительно в электронной форме; формирования и ведения информационных моделей объектов капитального строительства; определения особенностей объектов капитального строительства; осуществления государственного строительного надзора; проведения экспертизы проектной документации объектов капитального строительства, результатов инженерных изысканий; проведения публичных слушаний, общественных обсуждений при осуществлении градостроительной деятельности; строительства, эксплуатации подземных сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых; определения порядка изменения видов разрешенного использования земельных участков.

Использованная в данном случае юридическая техника заслуживает внимания, поскольку является в достаточной степени новаторской, как, впрочем, и сама парадигма федеральной территории в Российской Федерации. Сама по себе новизна не является основанием к возможности совершения ошибок, поскольку в зарубежных право-порядках накоплен достаточный опыт по регулированию градостроительных отношений, демонстрирующий достигнутый успешный результат.

Например, Исламабад, федеральная столичная территория Пакистана, построенная на основе политики плановости, четкого зонирования территории и непосредственно федеральным регулированием своего образования, демонстрирует кардинальное отличие от иной территории Пакистана. Видится, что одна из причин этого — закрепление статуса федеральной столичной территории и органа по его управлению (Совет общих интересов) непосредственно в конституционном акте (ч. V, гл. 3 Конституции Пакистана)².

Прямо противоположный опыт, однако приведший к столь же эффективным результатам, имеет Малайзия. Публичные полномочия, в том числе в сфере градостроительства, делегированы в федеральной территории Путраджая т. н. Путраджайскому предприятию (Corporation). В его функции, фактически являющегося аналогом унитарного предприятия (агентства), созданного государством, подведомственного Министерству федеральных территорий, входят: общественное здравоохранение и санитария, вывоз и управление отходами, городское планирование, охрана окружающей среды и строительный контроль, социальное и экономическое развитие, а также общие функции обслуживания городской инфраструктуры³. Федеральная территория Лабуан, состоящая из нескольких островов, с 1990 г. является международным офшорным финансовым центром и свободной торговой зоной. Управление предоставлением услуг налоговой гавани и банкинга осуществляется через Labuan IBFC⁴. Аналогично с федеральной территорией Путраджая управление городским хозяйством осуществляется корпорацией Лабуан (Labuan Corporation), которую возглавляет председатель⁵. Такой опыт в России применяется в особых экономических зонах, реализующих публичные полномочия без республиканских и демократических институтов.

Однако в данном случае речь идет о реализации полномочий органами публичной власти, и в отечественном опыте в иных законодательных новациях по формированию правового режима федеральной территории законодатель идет вполне традиционным путем — посредством внесения изменений и дополнений непосредственно в отраслевой закон, без ступенчатого делегирования полномочий иным органам. Так, Федеральным законом от 11 июня 2021 г. № 199-ФЗ непосредственно в Налоговый кодекс Российской Федерации включены нормы о проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход» в связи с принятием Закона от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ. Федеральным законом от 11 июня 2021 г. № 195-ФЗ непосредственно в Бюджетный кодекс Российской Федерации включены нормы, регулирующие бюджетные правоотношения с участием федеральной территории.

Традиционным для законодательства Российской Федерации является отраслевой подход в регулировании той или иной сферы правоотношений. В доктрине отрасли права именуется совокупность правовых норм, объединяемых по однородности регулируемых общественных отношений и применяемого метода регулирования. Кодифицированность отрасли является факультативным признаком, который сам по себе не является критерием для вынесения суждения о наличии либо отсутствии самостоятельной отрасли права. Преследуя цели полноты, всесторонности и объективности рассмотрения предмета исследования, следует указать, что доктрина отраслевого деления в настоящее время в науке и образовании вытесняется доктриной направления регулирования, дифференциация в котором производится не по объекту и методу регулирования, а по субъектному составу, в зависимости от которого участники правоотношения находятся в равном либо подчиненном положении друг к другу и, соответственно, используют методы императивного предписания либо диспозитивной возможности свободы усмотрения

² Конституция Пакистана [Электронный ресурс]. URL: <http://pakistani.org/pakistan/constitution/part5.ch3.html#f368> (дата обращения: 12.08.2021).

³ Видение Путраджайской корпорации [Электронный ресурс]. Официальный сайт компании Perbadanan Putrajaya. URL: <https://www.ppj.gov.my/second-page/visi-perbadanan-putrajaya> (дата обращения: 12.08.2021).

⁴ Labuan Financial Services Authority [Электронный ресурс]. Официальный сайт компании Labuan FSA. URL: <https://www.labuanfsa.gov.my/default.aspx> (дата обращения: 12.08.2021).

⁵ Perbadanan Labuan [Электронный ресурс]. Официальный сайт корпорации Labuan. URL: <https://www.pl.gov.my/> (дата обращения: 12.08.2021).

в оговоренных пределах⁶. Концепция деления права на частное, публичное и международное в качестве предмета исследования и области профессиональных знаний, очевидно, является заслуживающей внимания; вместе с тем доступность права для понимания неограниченным кругом правоприменителей по-прежнему стимулирует законодателя к системной кодификации и инкорпорации норм в сводные законодательные акты, позволяющие формировать общее представление о регулировании в той или иной сфере без необходимости получения юридического образования в качестве когнитивного инструментария.

Градостроительное право является сформированной, самостоятельной отраслью законодательства, имеет предмет регулирования градостроительную деятельность, а метод сочетает в себе императивные предписания с отдельными возможностями диспозитивного поведения сторон⁷. В смысле направления градостроительное регулирование относится к публичному праву, поскольку основными участниками отношений являются органы публичной власти, с одной стороны, и лица, осуществляющие строительную деятельность, — с другой. Возможно, в подавляющем большинстве случаев нужно указать, что основной целью данных лиц является извлечение прибыли, а целью органов публичной власти — обеспечение в результате градостроительной деятельности устойчивого развития территории, позволяющего реализовать права и свободы человека и, прежде всего, право на благоприятную среду обитания, жизнедеятельности. При этом в равной степени комплексное развитие предполагает и защиту права на жилище, право на труд, право на свободу передвижения, право на свободу совести и иные права человека. Поэтому градостроительное право является имманентной составной частью иных отраслей законодательства и образует собственный, уникальный предмет регулирования. Сопряженность с иными отраслями достаточно проста — это те объекты капитального строительства, в которых непосредственно и осуществляется тот или иной вид деятельности в той или иной области правового регулирования. Таким образом, градостроительное законодательство регулирует отношения в буквальном смысле, обеспечивающие пространственный базис для иных отраслей права: размещение и доступность жилья, места приложения труда, места развлечений и отдыха; количество и качество названных объектов, — все эти отношения входят в состав предмета регулирования градостроительным законодательством.

В приведенной связи в градостроительном законодательстве выработана институция обеспечения реализации полномочий соответствующего уровня публично-правовой организации государственной власти и самоуправления. Полномочия, реализуемые органами государственной власти Российской Федерации, осуществляются посредством размещения и обеспечения эксплуатации объектов федерального значения. Полномочия субъектов Российской Федерации реализуются посредством размещения и обеспечения эксплуатации объектов регионального значения, а полномочия органов местного самоуправления реализуются посредством размещения и обеспечения эксплуатации объектов местного значения. Легальный смысл и определенность каждого из указанного вида объектов раскрыты в понятном аппарате градостроительного законодательства, закрепленного в ст. 1 Градостроительного кодекса Российской Федерации соответственно в п. 18, 19 и 20.

Между тем публично-правовая природа федеральной территории суть комбинация, смешение полномочий федерального, регионального и местного уровня, сепарированных в ординарном правовом режиме Конституцией России, Федеральным законом от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», Федеральным законом от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в единых органах публичной власти федеральной территории, которых по приведенному закону о федеральной территории предполагается несколько — представительный, исполнительно-распорядительный, контрольно-надзорный. Данные органы публичной власти должны осуществлять полномочия как России, так и Краснодарского края и городского округа Сочи, реализуемые данными публично-правовыми образованиями через атрибутацию объектов соответствующего значения (федерального, регионального и местного) в документах территориального планирования, территориального зонирования и документации по планировке территории⁸.

При этом непосредственно конкретное пространственное размещение соответствующего объекта должно осуществляться через выделение и должное проектирование элемента планировочной структуры. Отметим, что применительно к выделению элементов планировочной структуры имеется два уполномоченных федеральных органа исполнительной власти — Минстрой и Минфин, реализовавших свою компетенцию каждый самостоятельно и определивших самостоятельно два разных перечня элементов планировочной структуры, наглядно демонстрируя свойства возможностей подзаконного регулирования, переданного законодателем органу исполнительной власти в п. 35 ст. 1 Градостроительного кодекса Российской Федерации⁹.

⁶ *Цечоев В. К., Швандерова А. Р.* Теория государства и права : учебник. М. : Прометей, 2017. С. 84.

⁷ *Рыженков А. Я.* Принципы градостроительного права. 2019. С. 176.

⁸ *Майборода В. А.* Нотариальный округ на федеральной территории. Нотариус. 2021. № 1. С. 12–16.

⁹ Приказ Минстроя России от 25.04.2017 № 738/пр «Об утверждении видов элементов планировочной структуры»; Приказ Минфина России от 05.11.2015 № 171н «Об утверждении Перечня элементов планировочной структуры, элементов улично-дорожной сети, элементов объектов адресации, типов зданий (сооружений), помещений, используемых в качестве реквизитов адреса, и Правил сокращенного наименования адресообразующих элементов».

Очевидным в указанной связи является необходимость в ревизии категориального аппарата градостроительного законодательства, основанного на конституционной доктрине деления полномочий между федерацией и ее субъектами и на конституционной гарантии местному самоуправлению о независимости, реализация которого также предполагает необходимым иметь объекты недвижимости (объекты капитального строительства), непосредственно в которых осуществляются полномочия. Ведь действительно, в России не практикуется гадание на полете птиц для решения вопросов государственного управления, войны и мира либо правосудия¹⁰. Все эти проблемы разрешаются в зданиях, с использованием методов государственного управления, процессуальных норм, а не в открытом поле, где проводили ауспиции. Либо необходимо обратное — имплементация соответствующего понятия объекту органа публичной власти федеральной территории. Однако органы публичной власти федеральной территории, воплощение ими смешанных компетенций всех трех уровней властно-публичной организации не в достаточной степени характеризуют федеральную территорию и цели ее создания. Обратившись к ст. 2 Закона от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ, возможно уяснить, что федеральная территория создана в целях обеспечения комплексного устойчивого социально-экономического и инновационного развития территории, повышения ее инвестиционной привлекательности, необходимости сохранения олимпийского спортивного, культурного и природного наследия, создания благоприятных условий для выявления, самореализации и развития талантов, реализации приоритетов научно-технологического развития Российской Федерации. И именно для достижения этих целей устанавливаются особенности публичной власти федеральной территории. Таким образом, объектами, атрибутирующими возможность достижения федеральной территорией целей своего создания, являются не только и не столько органы публичной власти, являющиеся властным сплавом трех уровней, но и прямо вышепоименованные объекты олимпийского наследия и иные объекты, непосредственно в которых возможно достижение указанных целей федеральной территории. И эти объекты не являются объектами федерального, регионального либо местного значения по определению, данному им в Градостроительном кодексе Российской Федерации. Это новые правовые феномены, нуждающиеся в поиске места как в правовой системе Российской Федерации, так и в системе градостроительного проектирования. Возвращаясь к началу данной работы, теперь укажем, что названным новым феноменам и их особенностям не найдено иного места, нежели указания на подзаконность.

Такой подход законодателя неверен. Предположим, что и законодатель исходил из такого ощущения, поступая иным образом в регулировании налоговых и бюджетных правоотношений. Подход является глубоко ошибочным по следующим основаниям.

Во-первых, правовая природа федеральной территории в Российской Федерации определена как публично-правовое образование (ч. 1 ст. 2 Закона от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ). Более того, ее статус является конституционно-определенным (ч. 1 ст. 67 Конституции России) и, основываясь на данной норме, указан как имеющий общегосударственное стратегическое значение.

Во-вторых, федеральная территория имеет поименованные в Законе от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ объекты, создание, сохранение и эксплуатация которых является одной из целей по ее созданию. Это объекты олимпийского спортивного, культурного и природного наследия; объекты для выявления, самореализации и развития талантов. Следовательно, очевидна причинная связь между целями создания федеральной территории и особенностями органов публичной власти. Поэтому размещение в нормативных актах различной юридической силы причины и следствия нарушает формально-логические связи между ними.

В-третьих, особенности организации органов публичной власти — конституционно основанное положение, реализация которого также осуществлена нормами Закона от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ.

Изложенное означает, что федеральная территория как публично-правовое образование, имеющее общегосударственное стратегическое значение, должна иметь совершенно равные с иными субъектами публично-правовой организации в Российской Федерации возможности. Обратное — суть дискриминация. Применительно к рассматриваемым особенностям осуществления градостроительной деятельности в Российской Федерации такие возможности должны заключаться в законодательно определяемом понятии «объектов федеральной территории». Иное, то есть непредоставление такой возможности, делегирование названного полномочия к подзаконному уровню регулирования, создает, во-первых, неравенство в статусе объектов обычных и объектов федеральной территории, во-вторых, умаляет положение объектов федеральной территории в системе градостроительного регулирования и, в-третьих, предполагается, вопреки «общегосударственности», регулирование лишь со стороны органа исполнительной власти — Правительства России.

Полагаем, что объектом федеральной территории должно именоваться объект, предназначенный как для реализации публичных полномочий, так и для достижения целей федеральной территории. При таком положении возможно определить единой дефиницией объект федеральной территории, как: объекты капитального строительства, территории, акватории и их части, иные объекты, необходимые для достижения целей создания федеральной территории «Сириус» органами публичной власти федеральной территории, иными заинтересованными лицами.

¹⁰ *Разуваев Н. В., Трегубов М. В.* Система римского права как исторический тип правопорядка. Право и законность: вопросы теории и практики. 2020. С. 5–11.

В предлагаемом определении использован подход определения объектов федеральной территории, основанный на достижении целей органами публичной власти федеральной территории. Такой подход мотивирован легальным определением публичной власти, которым в ст. 2 Федерального закон от 8 декабря 2020 г. № 394-ФЗ «О Государственном Совете Российской Федерации» устанавливается ее единство как совокупности федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, иных государственных органов, органов местного самоуправления. В специальном законе от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ полномочия органов публичной власти федеральной территории поименованы в ст. 8 с предполагаемой возможностью распределения и последующего перераспределения. То есть органы публичной власти имеют дискреционные возможности в отношении части полномочий их возврата тому уровню публично-правовой организации, за которым они закреплены в ординарном правопорядке. Следовательно, наделение объектов статусом объекта федеральной территории — суть полномочие, производное от принятия (возврата) полномочия ординарному публично-правовому субъекту. В предлагаемом определении предполагается также возможность использования объектов федеральной территории иными заинтересованными лицами. Названное свойство также основано на одной из целей создания федеральной территории — повышении инвестиционной привлекательности, сама природа которого предполагает ее достижение возможностями частного интереса и участия. Кроме того, помимо ординарных качеств объекта, соотносимого по качествам с объектами федерального, регионального и местного значения, в определении присутствует и указание на возможность использования в качестве объекта акваторий, их частей.

Доктриной возможность вовлечения акваторий и их частей в оборот градостроительного регулирования посредством их зонирования и установления регламента дебатирована достаточно продолжительное время. Водный ресурс отличается от земельного возможностью своей принадлежности исключительно публичному субъекту, что и является когнитивным препятствием к формированию представлению о возможности его зонирования, но не включению в гражданский оборот в качестве вещи по причине отсутствия технической возможности индивидуализации¹¹. Вместе с тем в гражданский оборот подлежат включению земельные участки, формируемые из намывного грунта, и такая возможность прямо закреплена в Законе от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ (ч. 2 ст. 7). В литературе автором, помимо доктринальной, рассмотрена и законодательная возможность включения в состав понятия территории федеральной территории «Сириус» части акватории Черного моря. Постановленный вывод о наличии такой возможности мотивирован примером о правовом регулировании деятельности морских портов¹². Изложенное означает, что при таком подходе именно законодательная дефиниция объектов федеральной территории позволит развить особенности регулирования отношений по градостроительной деятельности в границах федеральной территории.

В-четвертых, использованный механизм принятия органами публичной власти ряда нормативных правовых актов в сфере регулирования градостроительных правоотношений по согласованию с Правительством Российской Федерации является наглядно несправедливым, неэстициональным и поэтому — неправовым. Так, формирование представительного органа публичной власти федеральной территории — Совета федеральной территории осуществляется согласно ст. 12 Закона от 22 декабря 2020 г. № 437-ФЗ. Названный орган состоит из семнадцати членов, девять из которых избираются, три назначаются Президентом Российской Федерации, три — Правительством Российской Федерации, еще один назначается высшим должностным лицом (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти) Краснодарского края. Один (руководитель администрации) входит по должности.

При таком положении, задуманном к обретению баланса между полномочиями муниципальными (избираемые члены Совета), федеральными и краевыми субъектами, именно представители федеральных полномочий отчего-то получают преимущество перед иными уровнями властно-публичной организации. Ведь одновременность и «согласования», и последующего непосредственного «принятия» через делегированных участников Совета федеральной территории ставит именно Правительство Российской Федерации в преимущественное положение относительно краевого и местного уровня властно-публичной организации полномочий. Подобную новацию трудно оценить иначе, нежели несправедливым и некомпенсированным смещением баланса между решением вопросов местного значения и интересами Российской Федерации в пользу государства. Не отрицая саму возможность такого смещения баланса, следует указать на отсутствие какого-либо встречного представления интереса, разрешающему вопросы местного значения. Между тем преимущество по одновременности и согласования, и последующего принятия, сформированное в конструкции актора (Совета федеральной территории), должно найти противопоставляемое ему условие-противовес. Отсутствие такого противовеса означает фактическую утрату каких-либо особенностей формирования и деятельности органов публичной власти федеральной территории и мобилизацию региональных полномочий и полномочий по решениям вопросов местного значения федеральным органом власти.

Резюмируя изложенное, следует констатировать следующее.

1. Особенности градостроительного регулирования в границах федеральной территории должны быть в юридическом смысле равнозначными ординарному правопорядку, то есть закрепляться непосредственно

¹¹ Майборода В. А. Формирование объектов правового регулирования в сфере акваториального планирования. Юрист. 2016. № 8. С. 37–41.

¹² Майборода В. А. Понятие территории федеральной территории «Сириус». Российская юстиция. 2021. № 3. С. 55–58.

в Градостроительном кодексе Российской Федерации, подобно тому, как в нем закреплены особенности градостроительного регулирования городов федерального значения. Налоговое и бюджетное законодательство следуют именно этой возможности.

2. Институты регулирования градостроительной деятельности в границах федеральной территории имеют возможность вовлечения в территориальное зонирование частей акватории Черного моря.
3. Системообразующие институты градостроительного регулирования не предполагают исключений, и понятие объектов федеральной территории, атрибутирующее достижение федеральной территорией поставленных перед ней целей, должно быть закреплено в законе, но не в подзаконном регулировании.
4. Уникальность формирования органов публичной власти федеральной территории предполагает наличие справедливого баланса между всеми уровнями публично-правовой организации России, а нормативное закрепление преимуществ за одним из них является неюстициальным (неправовым).

Литература

1. *Майборода В. А.* Градостроительное регулирование развития федеральной территории. Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2020. № 4. С. 55–59.
2. *Майборода В. А.* Нотариальный округ на федеральной территории. Нотариус. 2021. № 1. С. 12–16.
3. *Майборода В. А.* Понятие территории федеральной территории «Сириус». Российская юстиция. 2021. № 3. С. 55–58.
4. *Майборода В. А.* Формирование объектов правового регулирования в сфере акваториального планирования. Юрист. 2016. № 8. С. 37–41.
5. *Разуваев Н. В., Трегубов М. В.* Система римского права как исторический тип правопорядка. Право и законность: вопросы теории и практики. 2020. С. 5–11.
6. *Рыженков А. Я.* Принципы градостроительного права. 2019. 176 с.
7. *Цечоев В. К., Швандерова А. Р.* Теория государства и права : учебник. М. : Прометей, 2017. 330 с.

References

1. Mayboroda, V. A. Urban Regulation of the Development of the Federal Territory [Gradostroitel'noe Regulirovanie Razvitiya Federal'noi Territorii]. Theoretical and Applied Law. 2020. No. 4 (6). P. 55–59. (In rus)
2. Mayboroda, V. A. Notary District in the Federal Territory [Notarial'nyi Okrug na Federal'noi Territorii]. Notary [Notarius]. 2021. No. 1. P. 12–16. (In rus)
3. Mayboroda, V. A. The Concept of the Territory of the Federal Territory 'Sirius' [Ponyatie Territorii Federal'noi Territorii "Sirius"]. Russian Justice [Rossiiskaya Yustitsiya]. 2021. No. 3. P. 55–58. (In rus)
4. Mayboroda, V. A. Formation of Legal Regulation Objects in the Water Area Planning [Formirovanie Ob"ektov Pravovogo Regulirovaniya V Sfere Akvatorial'nogo Planirovaniya]. Lawyer [Yurist]. 2016. No. 8. P. 37–41. (In rus)
5. Razuvaev, N. V., Tregubov, M. V. The System of Roman Law as a Historical Type of Legal Order. Law and Legality: Questions of Theory and Practice [Sistema Rimskogo Prava Kak Istoricheskii Tip Pravoporyadka. Pravo i Zakonnost': Voprosy Teorii i Praktiki.]. 2020. P. 5–11. (In rus)
6. Ryzhenkov, A. Ya. Principles of Town Planning Law [Printsipy Gradostroitel'nogo Prava]. 2019. 176 p. (In rus)
7. Tsechoev, V. K., Shvanderova, A. R. Theory of State and Law : Textbook [Teoriya Gosudarstva i Prava : Uchebnik]. M. : Prometey, 2017. 330 p. (In rus)

Российский правовой дискурс¹

Орлов Владимир Георгиевич

доктор юридических наук, профессор, Российский государственный педагогический университет им. А. И. Герцена, Санкт-Петербург, Российская Федерация; доцент международного контрактного права, Университет Хельсинки, Хельсинки, Финляндия; vladimir.orlov@saunalahti.fi

АННОТАЦИЯ

Российский правовой дискурс в области предпринимательской деятельности в существенной степени отличается от западного правового дискурса в этой сфере. Такое различие возникает по причине непризнания самостоятельного значения предпринимательского права в рамках отрасли коммерческого права или торгового права, возникшего из обычаев деловых и торговых отношений, которые существовали еще до того момента, когда можно было сказать о возникновении права как такового, и, несмотря на то что даже в ходе процесса формализации правовых норм в законодательные установления, характерные для континентального права, регламентация коммерческой деятельности, попавшей под влияние публичного регулирования, сохранила характер саморегулирования и диспозитивности. Невзирая на то, что российское предпринимательское право развивалось под влиянием западного права, идея законодательно установленного правового надзора за предпринимательской деятельностью, где писанный закон рассматривается как прогрессивное средство регулирования, по-прежнему играет важную роль, а нарушение требований закона является непременным условием гражданской ответственности (за причинение ущерба) в России.

Ключевые слова: право, правовой дискурс, законодательство, правоприменение, регулирование

Russian Legal Discourse

Vladimir Orlov

Doctor of Science (Jurisprudence), Professor, Herzen State Pedagogical University of Russia, Saint Petersburg, Russian Federation; Adjunct Professor, University of Helsinki, Helsinki, Finland; vladimir.orlov@saunalahti.fi

ABSTRACT

Due to the nonrecognition of the origin of the business law in the commercial law, or, the law merchant, grown out of the customs and usages of merchants that existed before the emergence of law itself, and which, even in the process of formalizing the law into the legislation, characteristic for the continental law, in respect of commercial activities that introduced its public regulation, has reserved its self-regulatory and dispositive nature, the Russian legal discourse is quite different to what is generally represented as the Western legal discourse. Although Russian business law has been developed under the influence of Western law, the idea of the legislatively established legal surveillance of business activities, where written law is regarded as a progressive means of regulation, plays still an important role, and the breach of the law requirements is a sine qua non condition for civil liability (for damages) in Russia.

Keywords: Law, Legal Discourse; Legislation; Praxis, Regulation

Введение

В настоящей статье рассматриваются вопросы, касающиеся российского правового дискурса, который подразумевает под собой российское право в самом широком смысле, в том числе включая проблемы, которые обычно не считаются правовыми. Статья структурирована следующим образом:

- основные понятия, включая правовой дискурс и источники права;
- генезис российского права;
- российская правовая система;
- особенности российского правового дискурса;
- заключение и выводы.

¹ Журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» в настоящем номере публикует перевод статьи Владимира Орлова, опубликованной на английском языке в *Athens Journal of Law. Volume 7, Issue 4, October 2021. P. 463–484*. Со статьей на английском языке можно ознакомиться здесь: [Электронный ресурс]. URL: <https://www.athensjournals.gr/law/2021-7-4-2-Orlov.pdf> (дата обращения: 20.10.2021).

Цель статьи состоит в том, чтобы привлечь внимание к проблеме несоответствия российского права потребностям предпринимательской деятельности в России^{2, 3}.

Статья основана на представлении о том, что наши знания имеют когнитивную основу, и построена исходя из представлений о нашем видении реальности — научной, правовой, метафизической, прагматической и т. п.⁴ В любом случае в статье использован реалистический подход: в реальности законы существуют, несмотря на трудности их выявления и формулирования, например, в законодательных и правоприменительных актах⁵, поэтому для права характерно феноменологическое измерение реальности.

Более того, согласно нелинейным научным представлениям, мир, в частности социальный мир, состоит из массовых явлений, элементы которых самоопределяются, поэтому точное знание о них невозможно⁶. Таким образом, социальные (а также правовые) явления в принципе не могут быть определены однозначно, поскольку всегда содержат элемент непредсказуемости⁷.

Важно, что юридические явления составляют предмет поведенческих наук, где интенциональность является решающим фактором при определении содержания рассматриваемого вопроса, поэтому мы не можем иметь дело с точным знанием о них, а можем только представить наше более или менее достоверное толкование объясняемого явления⁸.

Развитие российского права в настоящей статье рассматривается сквозь призму влияния на него римского права⁹. В этом контексте римское право как явление и его развитие может быть поделено на два этапа: период формирования классического римского права и юстинианский период вместе с пост-юстинианским.

Что касается регулирования предпринимательских отношений, то формирование классического римского права можно схематически представить как право, которое берет начало на эллинистическом Востоке, где торговые обычаи Средиземноморского региона, как своего рода общий *lex mercatoria maritima*, сформировали Кодекс морского права Родоса (*Lex Rhodia*),¹⁰ который дожил до момента возникновения Римской империи и был инкорпорирован в систему римского права, будучи соответствующим социально-экономическим потребностям развивающегося общества. Римское право, теоретические и ценностные основы которого лежали в античной Греции, приобрело позитивистскую форму в праве классического периода, а в период Юстиниана оно было кодифицировано в виде *Corpus Juris Civilis*, содержащего нормы гражданского и канонического права. Примечательно то, что Юстиниан приказал интерпретировать *Corpus* на основе его текстов без каких-либо ссылок на первоисточники, то есть на мнения ученых-классиков римского права¹¹. Так, в римском праве стал применяться экзегетический (или буквальный) принцип толкования¹².

Дальнейшее развитие римского права на основе кодекса Юстиниана продолжилось в рамках западного и восточного направлений, которые существенно отличались друг от друга. Западная традиция римского права¹³ позднее трансформировалась в континентальное право, которое приобрело вид кодифицированного законодательства со сложной теоретической базой, соответствующей потребностям экономического и общественного развития¹⁴.

² Вследствие этого в России по-прежнему ожидается (даже среди студентов-юристов), что правоохранительные органы действуют в рамках закона, а предприниматели должны соблюдать закон. См., например: [Электронный ресурс]. URL: <https://deloros.ru/na-ploshhadke-delovoj-rossii-obsudili-zashhitu-biznesa-ot-silovogo-davleniya-v-pfo.html> (дата обращения: 20.10.2021); [Электронный ресурс]. URL: <https://ria.ru/20210125/zakon-1594499687.html> (дата обращения: 20.10.2021); [Электронный ресурс]. URL: <https://vn.ru/news-yuriy-petukhov-otvetstvennost-biznesa-eto-garantiya-nadezhnosti> (дата обращения 20.10.2021).

³ О современной правовой доктрине см., например, Orlov, V. Legal Sources and Interpretation in Russian Civil Law' in New Challenges of the Law in a Permeable World. Athens Institute for Education and Research, 2019. P. 164–165.

⁴ В какой-то степени реальное знание (включая понимание) может быть построено на позитивистских представлениях, учитывающих телеологический (интенциональный) аспект человеческой деятельности и помещенных в его границы культурных ценностей. См. von Wright, G. H. Explanation and understanding. Routledge & Kegan Paul. London, 1971; Egidi, R. Von Wright's Philosophical Humanism' in European Journal of Pragmatism and American Philosophy 1–1/2 | 2009. [Электронный ресурс]. URL: <https://journals.openedition.org/ejpar/973> <https://doi.org/10.4000/ejpar.973> (дата обращения: 20.10.2021).

⁵ И его цель — в первую очередь предотвращать и разрешать социальные коллизии.

⁶ Даже в точных науках не удается добиться абсолютно точных знаний.

⁷ См., например, Orlov, V. Legal Sources and Interpretation in Russian Civil Law' in New Challenges of the Law in a Permeable World. Athens Institute for Education and Research, 2019. P. 164–165.

⁸ Очевидно, что подобные революционные представления угрожают устоявшемуся постсоветскому научному порядку.

⁹ Термин «римское право» в первую очередь относится к правовой системе Древнего Рима с момента основания города в 753 г. до н. э. до падения Западной Римской империи в V в. н. э. Позже он использовался в Византийской империи (Восточная Римская империя) до 1453 г. «Римское право» также используется для обозначения правовых систем, применяемых в Западной Европе вплоть до 18 в., известных как *ius commune*. См., например, [Электронный ресурс]. URL: <https://www.linkedin.com/pulse/importance-roman-law-from-ancient-times-modern-systems-lucio-forgione> (дата обращения: 20.10.2021).

¹⁰ Вероятно, появившегося около 900–800 гг. до н. э.

¹¹ Покровский (1998), гл. V.

¹² Согласно экзегетическому учению, право и закон идентичны, а другие источники права — обычаи, наука, прецедентное право, естественное право — имели лишь второстепенное значение. См., например, van Caenegem (1992), p. 191.

¹³ Значительным шагом в истории римского права стало восстановление *Corpus Juris Civilis* и, в частности, его дигесты (Digest) или пандекты (Pandect) гражданского права, которые содержали выдержки из авторитетных трудов ведущих римских юристов, в XI в. в Италии, что положило начало академическим исследованиям и преподаванию римского права в Западной Европе.

¹⁴ Вершин теоретического развития римское право достигло в рамках германской концептуальной юриспруденции, которая представляет собой концептуально закрытую систему гражданского права.

В свою очередь, восточная ветвь римского права¹⁵, на протяжении веков используя наследие Юстиниана, впоследствии утратила как таковую свою новизну и универсальность¹⁶.

Основные понятия

В статье рассматриваются вопросы, связанные с законами, с точки зрения правового дискурса. Свобода ведения предпринимательской деятельности, включая свободу заключения договоров, является основным принципом западного правового дискурса, который сформировался на базе торговых обычаев. Эти обычаи представляли собой зачатки *lex mercatoria*, которые в результате привели к формированию коммерческого права. Даже в процессе оформления права в законодательство, что характерно для континентального права, закон, регулирующий предпринимательскую (коммерческую) деятельность, хотя и был призван обеспечить государственное регулирование этой деятельности, сохранил характер диспозитивности и саморегулирования, а также свою эффективность, в частности, за счет признания регулирующего значения деловых обычаев.

Ядро правового дискурса составляют законы или законодательные нормы в континентальном праве и обязательные для применения судебные решения по рассмотренным делам — в системе общего права. Как законодательные нормы, так и судебные решения являются конструктивными элементами национальных правовых систем, которые обычно включают также обычаи и правовую доктрину. Все они представляют собой правовые источники, понятия и теоретическое обоснование которых стали необходимы в связи с систематизацией модернизированного западного права, принявшего форму кодификации в странах континентального права, начатой в начале XIX в. и заменившей традиционную партикулярность правового регулирования. Именно развивающаяся рыночная экономика и политическая демократизация предполагали четко функционирующий правовой порядок, в котором предсказуемость и равенство были важными ценностями, что привело к необходимости формирования нормативной теории, объясняющей, как разные источники права должны соотноситься друг с другом. Следовательно, континентальный правовой формализм, основанный на новой концепции источников права, привел к тому, что письменные нормы стали наиболее важным источником права и кодификация норм (на национальном уровне) стала необходимостью. Подобная предсказуемость правового регулирования обеспечивалась теорией *stare decisis* (господствующая сила прецедента) в общем праве¹⁷.

Систематизация западного права подкреплялась теорией права, представленной в основном конкурирующими теориями позитивизма и естественного права. Концепция источника права была особенно необходима для теоретического обоснования позитивного права, чтобы избежать дальнейшего обращения к доктринальной схоластике или метафизике, объясняющей происхождение права как присущего природе человека или экзистенциальному мышлению.

В современной доктрине континентальное право и прецеденты общего права как источники права рассматриваются как равнозначные, но при этом вопросы, связанные с законодательством, и вопросы, связанные с судебными решениями, подразделяются на вопросы законодательства или легиспруденции и юриспруденции, которые относятся к правоприменению. Также считается важным, например, в финской правовой доктрине, чтобы в правовом дискурсе юридическая наука, а также история, социология и философия права отличались, в частности, от юриспруденции из-за своего различного научного характера — юриспруденция имеет дело с компетенциями, ориентированными на судебное правоприменение. В свою очередь, юридическая наука в настоящее время направлена в основном на обеспечение существования правовой системы и ее когерентности.

Правовыми источниками в нормативистском аспекте считаются только те источники, которые официально включены в соответствующий перечень, тогда как в дескриптивном аспекте они означают любой фактор, который повлиял на юридическое решение, в том числе такой, который признается только как принадлежащий правовому дискурсу в другой правовой системе. С нормативной точки зрения основным правовым источником в континентальном праве является (писаный) закон или статут, тогда как в общем праве — прецедент. В качестве дескриптивно существующих правовых источников можно упомянуть культурные факторы и реальные аргументы¹⁸.

Генезис российского права

Российское право¹⁹ и, соответственно, его правовой дискурс имеют определенные особенности, обусловленные историческими факторами, в частности источником его формирования. Исторически российское право

¹⁵ Когда *Corpus Juris Civilis* был переведен на греческий язык, поскольку он стал преобладающим языком Восточной Римской империи.

¹⁶ По сравнению с Византией формирование современного западного государства происходило в иной ситуации, которая способствовала интенсивному государственному и общественному строительству, где новые социальные отношения и институты возникли вместе с новым правом. См. Хвостова (1998), с. 2.

¹⁷ См. Pihlajamäki (2020), p. 1145.

¹⁸ Реальные аргументы означают, например, аргументы, которые используются или могут быть использованы в прагматической попытке установить веские основания для убеждений и действий.

¹⁹ Российское право, особенно гражданское право, где основным источником права является писаный закон или законодательное право, разделяет традицию континентального права. Континентальное право характеризуется как нормативная правовая система, касающаяся априори фиксированных социальных поведенческих правил, применимых к конкретным случаям социальных коллизий посредством догматической, изначально экзегетической интерпретации. См., например, Orlov (2019), p. 118.

сформировалось на базе древних обычаев, отражающих аграрные корни российской культуры, а также на основе наследия византийского канонического права²⁰ и влияния западного права. В частности, западное право в условиях городского развития страны в целом считалось идеалом, к которому нужно стремиться, и для констатации успешных достижений в этом направлении часто использовались риторические средства²¹.

Присоединение к византийскому и римскому праву

Принятие христианства великим князем Киевским Владимиром в 988 г. открыло Руси богатство канонического права Византии — православное христианство стало неотъемлемой частью русской культурной самобытности²².

В этот период Византия после периода правления Юстиниана была еще на пике своего развития. Византийская империя была одним из самых развитых в военном и культурном отношении государств в то время, а система государственного управления империей была в существенной степени централизованной, авторитарной и бюрократической. Кроме того, Византийская империя была теократией, в которой религиозная и государственная власть были едины²³ согласно (византийской) идее симфонии²⁴ власти церкви и государства^{25, 26}. Однако присоединение России к Византийской церкви²⁷ и византийскому праву не было законодательно закреплено. Канонические и правовые реалии, а также культурные и социально-политические реалии Византии и Руси существенно различались, поэтому использование имперских законов и канонов на территориях новопросветленных варваров²⁸ казалось невозможным. Следовательно, византийские канонические правила могли применяться на Руси только постольку, поскольку они были признаны церковью и князьями определенного церковно-политического центра²⁹.

Интеграция Руси в византийскую культуру и в особенности церкви происходила посредством использования кириллицы³⁰ в церковнославянском языке, после того как Библия была переведена на славянский язык. Это означало не просто создание славянской письменности, но и формирование языка, который стал основным литургическим языком всей Восточной церкви, старославянской церкви³¹. Получив свое дальнейшее развитие в качестве национальных языков, старославянский язык продолжает оставаться языком православных славянских церквей³². В отличие от латыни, в частности научной латыни, которая является языком философского анализа, церковнославянский язык, сложившийся в XIV в. и до сих пор используемый в Русской православной церкви,

²⁰ Каноническое право обычно означает регулирование вопросов, связанных с религией. Особенностью византийского канонического права было то, что оно явилось результатом процесса сближения источников как церковного, так и гражданского происхождения.

²¹ Обычно, и особенно в отношении России, в надежде на желаемое будущее часто используются понятия и метафоры для замены реальных объектов, а при отсутствии реального содержания понятие или метафора подкрепляется ее идеологическими проекциями.

²² После того как монголы разрушили Киев в 1240 г., единственным оставшимся источником идентичности был религиозный и культурный союз с Константинополем. См., например, [Электронный ресурс]. URL: <https://www.learnrussianineu.com/religion-russia-history-russian-orthodox-church> (дата обращения: 20.10.2021).

²³ Император считался одновременно главой государства и живым воплощением Иисуса Христа на земле. См. [Электронный ресурс]. URL: <https://studyres.com/doc/12152392/the-byzantine-empire> (дата обращения: 20.10.2021).

²⁴ Определение различных видов общественных отношений посредством терминов из области теологии и политической ортодоксии было обычным явлением в византийской цивилизации. См., например, Хвостова (1998), с. 21 и 35.

²⁵ Симфония церкви и государства в качестве правовой доктрины была сформулирована императором Юстинианом в Новелле 6535 г., и она охотно используется постсоветской ортодоксальной церковью в России в качестве идеальной модели церковно-государственных отношений даже в настоящее время. См. Antonov (2020), p. 552–570.

²⁶ Так, режим управления в Византийском государстве предполагал, что суверен являлся одновременно главой государства и церкви, имел абсолютную власть и юрисдикцию по отношению ко всему церковному государству.

²⁷ Выбор религии, скорее всего, был обусловлен политическими причинами. Во-первых, славяне имели длительные отношения с Византийской империей. Во-вторых, в X в. Византийская империя была одним из самых мощных в военном и культурном отношении государств. Интеграция с ней на религиозной основе была чрезвычайно выгодна молодому государству. Кроме того, продвигая экономическую, культурную и религиозную близость с Византийской империей и другими православными государствами, Русская церковь выступала против римско-католической веры, способствуя изоляции от стран Западной Европы и культурных процессов, которые там происходили. См., например: [Электронный ресурс]. URL: https://russia.rin.ru/guides_e/6483.html (дата обращения: 20.10.2021).

²⁸ Так называли Русь в Римской империи. Подробнее о греко-византийской концепции варварства и об отношении византийцев к Руси см.: Иванов (2003), с. 19–21, 169–172 и 209–223.

²⁹ См., например, Smith (1996), p. 2.

³⁰ В России кириллица была реформирована во времена Петра Великого, который стремился сблизить Россию с Европой. Последние существенные изменения в кириллицу были внесены после Великой Октябрьской революции. С 1918 г. русский алфавит не менялся. См. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.alanier.at/Orthodoxy.html> (дата обращения: 20.10.2021).

³¹ В течение очень короткого времени (868–886 гг.) старославянский язык был признан Римом в качестве литургического языка, но он был запрещен в 886 г. Папой Римским, что считается важным шагом к Великому расколу между Восточной и Западной церковью, между Византией и Римом.

³² В средневековой России церковнославянский язык был языком ученых, как и латынь в Западной церкви.

является священным языком для богослужения и песнопений, гимнов³³. Как результат в рамках применения законов, принятых в Восточной Европе, невозможно было осуществить какой-либо практический синтез между писанным римским правом Византии и местными народными законами Руси³⁴. Примечательно также, что православие было принято на Руси в то время, когда период его догматического развития в Византии закончился. Таким образом, русское религиозное сознание восприняло христианское учение как законченное и не подлежащее анализу. Все это привело к тому, что взгляд на фундаментальные религиозные вопросы, требующие осмысления и анализа, не укоренился в России. Некритическое отношение к теоретическому знанию также было (и остается) характерным для русской традиционной социальной, в частности социально-научной, мысли, ориентированной на исследование и разработку (в первую очередь универсальной) истины, составляющей систему линейно накопленных знаний³⁵.

В течение первых пяти столетий Русская церковь подчинялась патриарху Константинополя, который назначал главу Русской церкви из числа греческих церковников. Ситуация изменилась в 1051 г., когда великим князем Ярославом Мудрым впервые митрополитом Русской церкви был назначен не грек. Де-факто Русская церковь стала независимой 15 декабря 1448 г., когда Москва не поддержала унию Римской и Византийской церквей и назначила своего собственного главу Русской церкви. Позднее, в конце XVI в., Русская церковь была признана независимой де-юре, митрополит получил статус патриарха, формально равнозначный по правовому статусу греческим патриархам³⁶. После падения Константинополя в 1453 г. Русская церковь под идеей «Москва — Третий Рим» объявила себя единственной наследницей истинного учения Христа³⁷.

Таким образом, российская правовая традиция в первую очередь основана на влиянии Византийской империи с ее правом, которое, по сути, было продолжением римского права с усилением христианского влияния. Фактически российское гражданское право, включая его положения о регулировании предпринимательской деятельности, как и все российское право в целом, доктринально основано на византийском каноническом праве³⁸. Что касается западного влияния, то только с появлением Российской империи в начале 18 в. и ориентацией на Запад Петра Великого влияние европейской традиции привело к изменениям в традиционном российском праве.

*Правовое и социальное развитие России*³⁹

Первой попыткой кодификации русского обычного права стала «Русская правда», составленная около 1016 г. «Русская правда» считается самым ранним из сохранившихся сборников российских законов и содержит нормы уголовного, обязательственного, наследственного, семейного и процессуального права⁴⁰. В «Российской правде» содержались нормы, регулирующие наказания за убийство в рамках кровной мести и денежные штрафы за причинение ущерба. Первые письменные законодательные акты в России были сосредоточены скорее на уголовных, чем на гражданских делах, и на регулировании семейных взаимоотношений. Как и на Западе, русское общество в XI в. эволюционировало в феодальное государство, в котором феодальные отношения, однако, слабо определялись обычным правом⁴¹. Его можно охарактеризовать как «феодализм без феодального права». В более поздних версиях «Русской правды» можно увидеть византийское влияние, например, появляются положения о том, что хозяева должны нести ответственность за преступления, совершенные их рабами. Также Соборное уложение 1649 г., которое является первой попыткой кодификации русского законодательства, отражает влияние византийского (римского)

³³ См., например, Chulev (2015).

³⁴ См. Giaro (2015), p. 314–315.

³⁵ По данному вопросу см., например, Зеньковский (1989), с. 3; Мамзин (2008), с. 136; Kourany (1998), p. 254–257; Честнов (2004), с. 16–19.

³⁶ В 1721 г. Московский патриархат был упразднен Петром Великим, и Русская православная церковь была подчинена государству в лице Священного правящего синода, Министерства церковных дел под руководством мирского обер-прокурора; затем Священный синод был упразднен в 1918 г. вместе со всеми другими руководящими учреждениями имперского режима. Патриархат был восстановлен в России в 1943 г.

³⁷ В целом не все византийские доктрины и идеи были безоговорочно приняты в России. Особенно после подписания Флорентийской унии в 1439 г. с Папой и падения Константинополя в 1453 г. в Москве укрепилось мнение, что греки (византийцы) были наказаны Богом за уклонение от веры и только в России сохранили истинную веру, что привело к формированию доктрины Третьего Рима, согласно которой исторической наследницей Римской и Византийской империй является Россия. См. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.geopolitica.ru/en/1068-the-state-and-the-church-in-russia.html> (дата обращения: 20.10.2021). Сегодня Русская православная церковь имеет достаточно большое влияние в обществе, и это иногда играет важную роль в политической жизни страны. См. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.learnrussianineu.com/religion-russia-history-russian-orthodox-church> (дата обращения: 20.10.2021).

³⁸ Однако даже чрезвычайно сильное влияние православной культуры Византии не могло компенсировать в России отсутствие римского гражданского права, которое повсюду в континентальной Европе способствовало развитию индивидуализма и гражданского общества.

³⁹ Подробнее об истории России см., например, Мунчаев, Устинов (2009).

⁴⁰ Первые российские законодательные акты служили судебным целям.

⁴¹ Феодализм в Западной Европе стал приобретать национальный характер в период между 1050 и 1150 гг. путем разработки феодальных и манориальных законов. Однако Россия оставалась изолированной от этих событий.

права. Соборное уложение действовало до конца XIX в., когда в 1832 г. было заменено Сводом законов Российской империи⁴².

Хотя нормы византийского канонического права⁴³ сначала были предназначены для решения вопросов, связанных с православной религией, они тем не менее были результатом процесса конвергенции источников как церковного, так и гражданского происхождения, где нормы гражданского права не могли противоречить канонам. Начиная с конца VI в. сборники канонического права, так называемые номоканоны, издаваемые в Византии, объединяли церковные (канонические) нормы и секулярные нормы или нормы империи. Один из самых важных номоканонов Византии «14 титулов»⁴⁴ был переведен на славянские языки и передан Русской церкви; в XII в. он был пересмотрен и дополнен прологом и комментарием Теодора Вальсамона, который был самым известным знатоком канонического права Константинополя того времени^{45, 46}.

Русская версия номоканона, так называемая Кормчая книга⁴⁷, включала правила, применимые не только к религиозным вопросам, но и к судебной и административной деятельности по светским вопросам. Кормчая книга была официально признана (Русским) Синодом и включена в Свод законов. Затем в 1839 г. она была частично заменена новой (актуальной) книгой канонических законов, Книгой правил, из которой были исключены устаревшие и нерелевантные положения⁴⁸.

Роль греческих священнослужителей, которые были хорошо образованы, в содействии правовому и общественному развитию в России была очень важна. В условиях неразвитости государственных институтов священнослужители должны были действовать от имени государства. Следуя византийской традиции, церковь поддерживала государство в обеспечении общественного порядка и даже нравственности, особенно в семейных отношениях⁴⁹.

В частности, православное духовенство сыграло важную роль в развитии древнерусской юриспруденции, поскольку располагало юридическим материалом, отражающим достижения византийского права, основанном на лучших трудах римских ученых-правоведов. Правовой материал, привезенный священнослужителями, касался не столько законодательства, сколько юридической науки и, в частности, навыков разработки, классификации и систематизации юридического материала, навыков, которые они приобрели при изучении священных текстов, применяя логические методы. Собственно, Кормчая книга была примером изложения правовых норм, построенных не на устаревших обычаях или случайных решениях властей, а на детально разработанных и признанных правовых принципах, соответствующих актуальным потребностям общества^{50, 51}.

Таким образом, русская Кормчая книга (номоканон), за которой последовала Книга правил, предназначенная для использования в качестве руководства в церковном управлении и церковном суде, создала, благодаря своему высокому теоретическому и техническому уровню, основание для имплементации конструкций французской экзегетической юриспруденции, а затем и немецкой концептуальной юриспруденции (пандект) в российское гражданское право. Более того, основные положения русского канонического права без привязки к какой-либо правовой, в частности, гражданско-правовой традиции стали платформой для ценностной ориентации России и ее права, берущей свое начало в православном христианстве⁵², где право в значении «правда»

⁴² См., например, Smith (1996), p. 2; Avenarius (2014), p. 140–147.

⁴³ Правовые нормы византийского канонического права могут быть формально выстроены в следующую иерархию: 1) писанный закон, 2) обычай, 3) судебный прецедент, 4) аналогия с действующим законом, 5) авторитетное мнение. Однако наивысшим критерием для определения приоритета источника является первоисточник канонического права, то есть воля Божья. См. Kaufhold (2012), p. 215–342; Цыпин (1994).

⁴⁴ Соборные каноны в первой части являются основными текстами греческого православного церковного права до настоящего времени.

⁴⁵ В его Схолии (пояснительной записке) текст перефразирован, интерпретируются сложные концепции, делается ссылка на причины, которые привели к введению в действие канонов, текст сравнивается с аналогичными канонами, отмечаются конфликты с текстами, содержащими противоположные или разные позиции, и предпринимается попытка согласования противоречий. Экзегетический метод Вальсамона в целом аналогичен методу, принятому современными канонистами Латинского Запада.

⁴⁶ Больше по данной теме см., например, Hartmann & Pennington (2012), p. 115–169.

⁴⁷ Больше по данной теме см., например, [Электронный ресурс]. URL: <https://omolitvah.ru/eto-interesno/chto-takoe-kormchaya-kniga> (дата обращения: 20.10.2021).

⁴⁸ Больше по данному вопросу см., например, Муравьев (2003), с. 318–325.

⁴⁹ Русская православная церковь никогда не претендовала на политическую и юридическую автономию и полностью поддерживала союз с светской властью, хотя их компетенция была различна. См. Fogelson (2015), p. 41; подробнее см. Дорская (2016), с. 1.

⁵⁰ Подобный стиль краткого юридического изложения, основанный на синоптических византийских кодификациях, стал популярным в России. Это усилило развитие российского права в сторону его абстрактности.

⁵¹ Больше по данному вопросу см., например, Муравьев (2003), с. 318–325; Ключевский (2000), с. 328–330; Томсинов (2009), с. 14–15.

⁵² К сожалению, фактов какого-либо практического положительного воздействия российского канонического права на обычную светскую жизнь не проследил. Более того, в России общеизвестно, что позитивное (писаное) право как средство государственного управления было неизвестно в царской России, фискальные интересы казны были главной заботой российского законодателя. Фактически и крестьяне как частные лица не были юридическими субъектами, в основном они жили в соответствии с обычаями. Кроме того, утилитарное отношение государства к гражданам и, наоборот, традиционная проблема российского общества, — и жить по закону в России по-прежнему непросто. См. Фогельсон (2015), с. 41–50.

(кодификация позитивного права) также отождествляется с правом и справедливостью, подразумевая равенство и даже истину (*veritas*). Таким образом, российское право имеет свои корни в византийской традиции канонического права и направлено на объединение позитивного права и моральных ценностей, поиска истины, часто даже за счет экономической рациональности.

Поскольку Византийская, как и Русская, церковь была тесно связана с государством, религиозные и светские вопросы не были должным образом разграничены, а нормы канонического права в целом включались в общую систему государственных законов⁵³ с оговоркой, что такие законы подпадают под действие власти императора как универсального и абсолютного законодателя, который был главой и церкви, и государства⁵⁴.

Итак, следуя византийской традиции⁵⁵, царская Россия была идеократическим государством, и воля монарха была единственным легальным источником закона, жизнь в стране регулировалась множеством нормативных актов, но точных законов не было⁵⁶.

Российское общество в первую очередь было построено как иерархическое общество, разделенное на классы. Государство контролировало все социальные классы и институты, включая церковь; кроме того, корпус государственных служащих (и в принципе все социальные группы несли обязанности) был классом, зависящим от царя и отдельным от общества в целом⁵⁷. Идеологическая база была призвана поддержать целостность общества. Помимо православия она включала в себя соборность и державность. Соборность означала форму социальности (или соборного единства), которая выражает и воплощает единство и свободу его членов одновременно^{58, 59}.

В свою очередь, державность или государственность, или примат государства, означает доминирование вертикальных общественных отношений, при которых интересы индивидов подчинены интересам более высокого уровня, обычно персонифицируемые в государственной власти, а также означает традицию апеллировать не к закону, а к власти чиновника⁶⁰.

Укрепление власти государства и, в частности, его главы было главной задачей реформ царя Петра в области права. Также Екатерина II (1762–1796) и Александр I (1801–1825) в своих попытках модернизировать российское общество и право в соответствии с западными либеральными идеями и моделями ясно продемонстрировали свое нежелание принимать какие-либо юридические ограничения своей власти в качестве государя. В целом использование закона и правовой системы для усиления власти правителя — характерная черта российской правовой культуры. Личная власть царя во все времена превосходила любые правила, законы или статуты, и любое социальное улучшение в стране могло быть реализовано только на основе решения просвещенного монарха. Еще в XIX в. российский император издавал законы и следил за их соблюдением. Он также был верховным судьей и главным распорядителем финансов государства⁶¹. Административное регулирование всегда было доминирующим в развитии права в царской России и позже. Централизованное осуществление власти, заимствованное из византийского права, нашло отражение в детальном регулировании жизни, а часто и в произвольной регламентации жизнедеятельности в России⁶². Что касается немецкой концепции *Rechtsstaat*, или правового государства, то в российской конституционной мысли она получила развитие и стала называться «правовым государством» только с 1880-х гг.⁶³

Устранение последствий запоздалой модернизации было главной заботой России при разработке современной правовой системы, которая должна соответствовать потребностям экономического развития. Социально-экономическое развитие России действительно было взаимосвязано с развитием современного российского права. Экономические и культурные различия в царской России были препятствием для формирования единых идеалов семейного, личного и имущественного права, которые были необходимы для достижения единой системы норм гражданского права; однако все попытки унифицировать законодательство потерпели неудачу, хотя собиране правовых норм в своды законов началась в России в 1649 г. Более того, торговые обычаи традиционно

⁵³ Только между XI и XII вв. на византийском Востоке и латинском Западе юриспруденция приобрела характер самостоятельной дисциплины с собственным методом.

⁵⁴ Идеал закона в Византии был связан с концепцией самодержавной власти царя, потому что император был воплощенным законом, номосом. Следовательно, если вы даете чему-то имя, вы наделяете его силой, а когда вы называете что-то законом, это становится очень торжественным и строго соблюдаемым. См. [Электронный ресурс]. URL: <https://pravoslavie.ru/49277.html> (дата обращения: 20.10.2021).

⁵⁵ В отличие от римских церквей, православные церкви являются национальными церквями, священники и патриархи всегда считали себя первыми патриотами страны, и их самой важной целью было служение своему народу.

⁵⁶ См. Orlov (1999), p. 359–360.

⁵⁷ Даже дворяне были освобождены только во второй половине 18 в.

⁵⁸ Члены такого единого общества одновременно находятся в состоянии коллективного объединения и в то же время совершенно свободны.

⁵⁹ См. Нору́ (2011).

⁶⁰ Больше по данному вопросу см., например, Лоскутов, Трибунская (2015), с. 345–354.

⁶¹ Больше по данному вопросу см., например, Боханов (2002) и Боханов (2004).

⁶² См., например, Smith (1996), p. 8; Хойман (1991), с. 122–123.

⁶³ См. Giaro (2015), p. 316, и материалы, на которые он ссылается.

игнорировались в российском законодательстве, а коммерческая деятельность не считалась соответствующей статусу высших классов в царской России^{64, 65}.

Более того, сложившаяся структура феодального общества⁶⁶ и, в частности, крепостное право лишали крестьян, составлявших большинство населения России, права заниматься коммерческой деятельностью и существенно сдерживали развитие товарного производства в России, поскольку царское сельское хозяйство в России⁶⁷ было в основном самодостаточным. Даже согласно Уставу городов 1875 г. торговая деятельность была статусной привилегией купцов. На самом деле российское общество не было хорошо знакомо с традициями рыночной экономики. Сильные предприятия, независимые от государственной власти, в России отсутствовали, а хозяйственная деятельность в основном подчинялась публично-правовому регулированию, направленному в первую очередь на обеспечение публичных интересов⁶⁸.

В частности, в XIX в. капиталистическое развитие в России столкнулось с препятствиями, связанными с господствующей социальной структурой, особенно с самодержавием и крепостничеством. Крепостное право все еще ограничивало развитие рынка и предпринимательства; только часть владельцев поместий сумела, хотя и с трудом, приспособиться к рыночной экономике, но и эта часть впала в кризис после отмены крепостного права (1861 г.), потому что дворяне не были способны использовать оплачиваемый труд⁶⁹.

Таким образом, условий для органичного развития капиталистической рыночной экономики было недостаточно. Непризнание торговых обычаев и фактическое отсутствие свободных и независимых купцов были реальными препятствиями на пути экономического развития России. Государство все же предпринимало усилия по развитию бизнеса законными средствами, а развитие промышленности и торговли стало приоритетом в политике правительства, особенно начиная с XIX в. В период между 1861 и 1874 гг. Александр II издал декрет о своих реформах, которые касались социальной, судебной, образовательной, финансовой, административной и военной систем России. Реформы привели к высвобождению примерно 40% населения от крепостного права, к созданию независимой судебной системы, внедрению самоуправляющихся советов в городах и сельских районах, ослаблению цензуры, изменению военной службы, укреплению банковского дела и предоставлению университетам больше автономии⁷⁰. Кроме того, в XIX в. были приняты многие традиции и институты западноевропейского гражданского права, закон стал основным источником права, а обычаи отошли на второй план. В частности, была примечательна вторая половина XIX в., когда торговое право начало выделяться из гражданского права и Статут о торговле, реформированный в 1887 и 1893 гг., разрешал коммерческую деятельность любому, независимо от статуса. Также применялись коммерческие обычаи в соответствии с ним, но с учетом установленных ограничений. Однако торговое законодательство содержало больше организационных норм, чем норм частного права⁷¹.

Влияние римского (частного) права

С возникновением Российской империи в начале XVIII в. и из-за политики вестернизации Петра Великого под европейским влиянием, основанным на римском праве, традиционное российское право начало меняться, а римское право начало влиять на российское право косвенно через воздействие идей западноевропейского, прежде всего французского и немецкого, права⁷². Актуальность римского (частного) права в России была обусловлена необходимостью модернизации России и ее правовой системы с учетом опыта Западной Европы по развитию современного, в частности, гражданского права, основанного на римском праве.⁷³ Под влиянием,

⁶⁴ От дворян не ждут, что они будут заниматься какой-либо работой в России, как и везде в традиционно цивилизованных странах и даже в нецивилизованном мире, если это возможно; это особенно касается мужчин. Те же ценности особенно разделяют дети «новых» дворян в нынешней России.

⁶⁵ См. Пугинский (2013), с. 25.

⁶⁶ В юридическом смысле российское общество делилось на две совершенно разные части: крестьяне, жизнь которых регулировалась обычным правом, и привилегированные группы, для которых принимались законы; у каждого сословия были свои права и обязанности.

⁶⁷ В абсолютистской России (конец XVII — первая половина XIX вв.) возникающие промышленные и профессиональные корпорации должны были выживать в установившейся феодальной и абсолютистской системе. Однако были крестьяне, которые стали успешными купцами и даже уравнились с помещиками, которым надлежало служить государству в качестве государственных служащих. См. Мунчаев, Устинов (2009), с. 44.

⁶⁸ Больше по данному вопросу см. Orlov (1999), p. 363, и цитируемые источники.

⁶⁹ Больше о капиталистическом развитии России см., например, Мунчаев, Устинов (2009), с. 138–150; также Orlov (1999), p. 338, и цитируемые в них источники.

⁷⁰ Некоторые реформы Александра II были весьма успешны, особенно в части изменения системы местного самоуправления и судебной системы. См., например, Butler (2009), p. 31–32.

⁷¹ Но развитие российского торгового права как самостоятельной дисциплины длилось недолго, поскольку созданная в 1884 г. Комиссия по подготовке Гражданского кодекса заявила, что его нормы относятся к гражданскому законодательству.

⁷² Таким образом, Византия не была каналом имплементации римского (гражданского) права в российское право, и на самом деле *Corpus Iuris Civilis* — ни оригинальный латинский текст, ни его греческая версия конца IX в., названная *Базиликами*, — не был известен в России до конца XVII в.

⁷³ До XIX в. в России не было ни науки права, ни юридической литературы, ни профессии юриста западного типа, связанной с гражданским правом. См. Avenarius (2014), p. 231–270.

например, французского экзегетического подхода к закону, который требовал строгого соблюдения закона и игнорировал доктринальные конструкции, законодательная работа в России достигла значительных результатов. В частности, был издан Свод законов 1832 г.⁷⁴, который включал нормы публичного, гражданского, административного и процессуального права; причем его часть, касающаяся частного права, включала также некоторые римско-правовые транспланты. В целом Свод законов был написан казуистическим языком, был достаточно бессистемным, и в нем отсутствовала какая бы то ни была методика составления. На самом деле это была скорее компиляция, чем кодификация⁷⁵.

Значительную роль в модернизации российского права применительно к римскому праву сыграл Правительствующий сенат, который был законодательным, судебным и исполнительным органом российских императоров, учрежденный Петром Великим и ставший в XIX в. высшим судебным органом России. Например, именно Кассационный суд по гражданским делам Правительствующего сената окончательно признал различие между частным и публичным правом в российской юридической практике^{76, 77}.

В особенности большое внимание в России привлекало германское право, и российские ученые интенсивно посещали немецкие университеты для изучения римского права. Еще в конце XIX в. в Германии, как и в других странах Западной Европы, действовало римское право, и нормы *Corpus Juris Civilis* непосредственно применялись на практике. Преподавание пандектного права и экзегеза (толкования) римских юридических текстов было очень важным в Германии из-за особенностей правового регулирования (или существования многочисленных правовых систем) в стране. Более того, изучение немецкого права рассматривалось в официальной России как лучшая альтернатива революционным естественноправовым идеям, возникшим на базе Французской революции⁷⁸.

Следующим значительным шагом в развитии российского гражданского права стал проект Гражданского кодекса, в котором была применена немецкая пандектная доктрина, а это означало научную рационализацию традиционного правопорядка в России. Особенно сильным было влияние германского частного права на российские законопроекты. Российские институты были адаптированы к образцам римского права в духе пандектной науки⁷⁹. Однако кодификация российского гражданского законодательства не произошла из-за Первой мировой войны, но проект Гражданского кодекса внес свой вклад в содержание Гражданского кодекса советского периода (1922 г.)⁸⁰.

Модернизация имперской (абсолютистской) России и ее капиталистическое будущее завершилось русской революцией 1917 г. Усилия государства по модернизации положили начало противоречивому периоду истории России.

Еще в начале XX в. последний русский царь Николай II (1895–1917 гг.) продолжал идеократическое правление, искренне веря в божественное происхождение своей власти. Он отказался от престола слишком поздно, когда страна столкнулась с катастрофой, связанной с неудачным участием в Первой мировой войне и революциями.

Советская и современная Россия

За революцией последовал период социалистического строительства общества, который включал также принятие кодификации гражданского права, адаптированного к потребностям нового общества. Первый Гражданский кодекс советского периода (1922 г.) был инструментом перехода от капиталистического общества к социалистическому. Принятие кодифицированного гражданского права все же продемонстрировало некую преемственность между дореволюционной и советской правовой системой. В частности, преемственность проявилась в административном праве, а также в других отраслях публичного права⁸¹.

Предполагалось, что юридическая наука сыграет значительную роль в построении нового социалистического общества. В соответствии с марксистской юридической наукой ход истории в новом советском видении определялся универсальными законами (закономерностями), прежде всего средствами производства и классовой борьбой⁸².

⁷⁴ Это произошло в результате брошенных из-за наполеоновского вторжения 1812 г. планов по принятию в России гражданского права французского образца. См. Avenarius (2014), p. 89 and 91.

⁷⁵ Ibid. P. 202–203.

⁷⁶ Ibid. P. 319–321.

⁷⁷ Римское право также подвергалось критике в России. По словам Победоносцева, который был консервативным политиком и обер-прокурором Синода Русской православной церкви, в отличие от римского права с его неограниченной индивидуалистической концепцией собственности, российское право было ориентировано на коллективное сознание и иерархический дух православия. См. там же, с. 309.

⁷⁸ См. Рудоквас (1998).

⁷⁹ См. Avenarius (2014), p. 120–125 and 532.

⁸⁰ Подробнее о развитии России в период с XIX в. до начала XX в. см., например, Мунчаев и Устинов (2009), с. 138–158 и 198–207; а также Orlov (1999), p. 363–364, и цитируемый там материал.

⁸¹ Giago (2015), p. 316–317.

⁸² Следовательно, история права, в том числе византийское право, была отодвинута на второй план по сравнению с экономикой и классовой борьбой.

Это видение было связано с верой в разумность человека и его способность построить идеальное общество, основываясь на революционном видении истории. Право, в свою очередь, понималось в соответствии с принципом революционной законности как инструмент управления и принуждения в интересах правящего класса, означающий в социалистическом обществе правовую политику, направленную на достижение политических целей государства законными средствами⁸³. Применение такой политики привело к появлению в Советском Союзе правовой науки, основанной на положениях марксизма, социологического подхода и концепций, характеризующейся крайним догматизмом, опорой на власть в качестве последнего аргумента и самодостаточностью⁸⁴.

За кодексом 1922 г. последовал Гражданский кодекс 1964 г., который стал основным гражданским законодательным актом социалистического общества⁸⁵. В соответствии с кодексом хозяйственная деятельность в Советском Союзе регулировалась хозяйственным правом, а также положениями гражданского права, усиленными императивными нормами, касающимися заключения договора и его содержания, а также разрешения споров. Промышленность и торговля стали приоритетными направлениями деятельности государства, в то время как деятельность частного бизнеса в Советском Союзе была строго ограничена и даже запрещена. Значимым исключением в истории российской хозяйственной культуры являются кооперативы, представляющие собой современную модификацию традиционной русской артели, объединения рабочих, иногда носящие черты товарищества⁸⁶. В советской экономике кооперативы в форме колхозов играли важную роль. То же самое касалось производственных кооперативов до «модернизационных» реформ Хрущева, направленных к «светлому коммунистическому» будущему, в конце 1950-х гг., когда производственные кооперативы были поглощены государственным сектором и практически любой вид самостоятельной предпринимательской деятельности стал официально признаваться преступлением. Однако в 1980-х гг. кооперативы пережили ренессанс, дав импульс развитию частного предпринимательства в России⁸⁷.

Научно обоснованная, управляемая сверху социалистическая экономическая политика преуспела в построении основ современного общества в Советском Союзе благодаря строгой, а иногда даже чрезвычайно жесткой мобилизации ресурсов. Мобилизация означала не столько использование принудительных мер, большей частью дисциплинарных, а сколько обращение к общероссийскому сознанию, что подразумевало использование идеологических и пропагандистских средств с применением метафизического языка, сопоставимого с тем, который использовался в Византийской империи. Но начиная с конца 1960-х гг. дальнейшее развитие советской экономики столкнулось с проблемами, несмотря на обещания «научно доказанного коммунистического будущего».

Строительство «социалистического будущего» было прервано перестройкой, начавшейся в середине 1980-х гг., когда Михаил Горбачев, последний глава Советского Союза, открыл «тоталитарные двери» для избавления от социалистического прошлого. Благодаря массивной пропаганде реформ, перестройка вызвала массовый энтузиазм обращения к капиталистической альтернативе. Однако «свободная рыночная экономика и «естественное капиталистическое развитие», признанные с научной точки зрения заслуживающими доверия, и даже в качестве истины в процессе проблематизации социалистической экономики в 1990-е гг.⁸⁸ не привели к особому успеху, за исключением тех благ, которыми воспользовалась активная часть советской правящей элиты посредством приватизации государственной собственности.

В результате проведения реформ, начавшихся в конце советского периода, Россия стала независимым государством с собственным законодательством, включая конституцию и Гражданский кодекс, многоконфессиональным и политически плюралистическим обществом⁸⁹.

Действующий Гражданский кодекс 1994–2006 гг. был призван стать основой рыночной экономики и либерального общества в России, он ввел сначала коммерческие обычаи, а затем обычаи в целом в качестве правового источника в российское гражданское право⁹⁰. Предприятия являются независимыми юридическими лицами и в основном действуют в соответствии с требованиями гражданского законодательства, которые позволяют применять обычаи, в том числе торговые обычаи, и ведут свою деятельность посредством контрактов.

⁸³ Фактически коммунистическое правление в Советском Союзе было идеократическим. В частности, это касается революционных времен, а также хрущевского периода с карикатурной верой в победу коммунизма как самой научной теории.

⁸⁴ См., например, Poldnikov (2019), p. 150–155.

⁸⁵ См., например, Ostroukh (2013), p. 373–400.

⁸⁶ Первоначально артель представляла собой традиционное объединение крестьян, обычно из одной сельской общины, которые работали или искали работу вместе вдали от деревни. В Законе 1902 г. трудовые артели определялись как товарищества, созданные для выполнения определенной работы или производства, а также для оказания услуг посредством личного труда участников за их счет и под их коллективную гарантию.

⁸⁷ Больше по данному вопросу см., например, Orlov (2015), p. 413, и цитируемые источники.

⁸⁸ Таким образом, на смену единственной истинной православной вере пришла единственная истинная наука.

⁸⁹ Основными партиями в Государственной Думе России являются «Единая Россия» (имеющая большинство голосов), Коммунистическая партия, Либерально-демократическая партия и «Справедливая Россия».

⁹⁰ Более по данному вопросу см., например, Ostroukh (2013), p. 373–400.

Российская правовая система

Будучи основой российского правового дискурса, российская правовая система определяется нормативно⁹¹ и включает в себя следующие иерархически определенные правовые источники.

Первым уровнем источников в российской правовой системе являются (писанные) законы (нормативные правовые акты), разделенные на:

- а) основные законы, включая:
 - Конституцию Российской Федерации 1993 г.,
 - конституции субъектов Российской Федерации;
- б) федеральные законы, которые включают конституционные и ординарные (обычные) законы;
- с) законы субъектов Российской Федерации.

Конституция Российской Федерации является основным источником права в России. Также высшей юридической силой обладают другие основные законы Российской Федерации. В соответствии с положениями Конституции федеральный закон имеет абсолютный приоритет и может использоваться для регулирования любого вопроса, если иное не предусмотрено Конституцией. Гражданское законодательство в соответствии с Конституцией относится к ведению Российской Федерации, состоит из Гражданского кодекса и других принятых в соответствии с ним федеральных законов. Что касается всех других законов, Гражданский кодекс в принципе требует, чтобы содержащиеся в них нормы соответствовали ему. Кроме того, многие нормы Гражданского кодекса содержат ссылки только на закон и, следовательно, не допускают регулирования соответствующих отношений или применения подзаконных нормативных актов.

Второй уровень источников российской правовой системы представляют собой подзаконные нормативные акты, включая указы Президента и постановления Правительства РФ.

Другие нормативные акты также составляют существенную часть российского гражданского законодательства. Несмотря на то, что правовые акты президента, правительства, министерств и других органов исполнительной власти считаются источниками гражданского права, они в полной мере не относятся к гражданскому законодательству.

Что касается указов президента, то в соответствии с Гражданским кодексом РФ гражданско-правовые отношения могут регулироваться указанными актами при условии, что такие указы не противоречат Гражданскому кодексу⁹² и другим законам.

Правительство наделено полномочиями издавать постановления, содержащие нормы гражданского права, только в случаях, предусмотренных Гражданским кодексом⁹³, другими законами, а также указами президента, и только в целях обеспечения исполнения указанных нормативных актов. Гражданский кодекс и другие законы иногда содержат прямые положения о необходимости принятия постановлений правительства для регулирования определенных отношений. В отдельных случаях Гражданский кодекс прямо указывает на возможность издания закона или другого правового акта, что означает, что постановление правительства также может применяться к рассматриваемому правоотношению.

В отношении правовых актов федеральных органов исполнительной власти или подзаконных актов Гражданский кодекс предусматривает, что эти органы могут издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и в пределах, предусмотренных Гражданским кодексом, другими законами и правовыми актами (указами и постановлениями)⁹⁴. Таким образом, возможность принятия любого административного нормативного акта должна быть обоснована положениями закона или иных правовых актов.

Приоритет закона над подзаконными нормативными актами прямо закреплен в Гражданском кодексе и других законах. В случае противоречия между указом президента или постановлением правительства и Гражданским кодексом или другим законом применяются положения Гражданского кодекса или соответствующего закона. Таким образом, указы и постановления явно отличаются по своей юридической силе от законов, и, следовательно, если суд обнаружит противоречие между указом или постановлением и Гражданским кодексом или другим законом, это не только его право, но и обязанность не применять подзаконные нормативные акты, противоречащие закону. Административный акт, противоречащий закону, может не применяться судом или быть признан судом недействительным.

⁹¹ Российское право также использует такие понятия, как правосознание, естественное право, принципы добросовестности и общие принципы, а также признает научные комментарии и обсуждения, которые можно рассматривать как дискриптивно существующие правовые источники. Заслуживают внимания также нормы международного частного права. Согласно ст. 1191.1 Гражданского кодекса при применении иностранного права суд устанавливает содержание норм в соответствии с официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Таким образом, нормы применимого иностранного права следует рассматривать как дискриптивно существующие правовые источники.

⁹² См. ст. 3.3 Гражданского кодекса РФ.

⁹³ См. ст. 3.4 Гражданского кодекса РФ.

⁹⁴ См. ст. 3 Гражданского кодекса РФ.

Третий уровень источников права российской правовой системы составляют нормы международного права и международных договоров. Четвертый уровень представлен другими правовыми источниками, включая обычаи⁹⁵.

Пятый уровень источников российской системы права составляют соглашения (договоры), которые как источники права могут устанавливать правила поведения для сторон соответствующего соглашения (договора).

Российское право также предусматривает возможность заключения конституционных и административных соглашений, а также коллективных трудовых договоров (соглашений).

Однако правовая теория (доктрина) была и остается исключенной из числа правовых источников в российском праве, судебная практика также не считается (по крайней мере, традиционно) надлежащим правовым источником, но прецедентные решения Конституционного суда могут рассматриваться как имеющие законодательную силу.

Кроме того, в 2020 г. Верховный суд обязал нижестоящие суды проверять соответствие своих решений позициям Верховного суда.

В рамках обеспечения функционирования правовой системы в России важную роль играют высшие судебные органы — Конституционный суд и Верховный суд, хотя в российской доктрине традиционно считается, что судебные институты не обладают нормотворческими функциями, они не создают нормы права, а просто интерпретируют и применяют их.

Конституционный суд толкует конституцию и разрешает дела о соответствии конституции федеральных законов и иных нормативных актов, а также не вступивших в силу международных договоров России. Кроме того, он разрешает споры о компетенции между государственными органами. Конституционный суд также рассматривает жалобы на нарушение конституционных прав и запросы судов для проверки конституционности закона, применяемого или подлежащего применению в конкретном деле. Давая свои нормативные разъяснения по конституционным вопросам, Конституционный суд имеет право отклоняться от текстового толкования правовых норм и прибегает к использованию этого права при толковании, например, налогового законодательства⁹⁶. В качестве акта нормотворчества могут быть также признаны выводы Конституционного суда, которые он делал в рамках рассматриваемых дел о том, что справедливость, юридическое равенство, соразмерность и равноправие являются принципами, соответствующими конституции⁹⁷.

Верховный суд Российской Федерации является высшим судебным органом по разрешению экономических споров, а также по гражданским, уголовным, административным и другим делам, отнесенным к юрисдикции нижестоящих судов, созданных в соответствии с федеральным конституционным законом. Он осуществляет судебный надзор за деятельностью судов и дает разъяснения по вопросам судебной практики⁹⁸. В России также существуют отдельные (кассационная и апелляционная) инстанции общей юрисдикции. Примечательно, что, хотя прецедентное право официально не признано в России, роль высших судебных органов в обеспечении целостности российской правовой системы важна.

В России предпринимательская деятельность в основном регулируется Гражданским кодексом, который является основным источником гражданского права, содержащим императивные (обязательные) и диспозитивные правовые нормы. Источники права могут быть иерархически распределены в соответствии с Гражданским кодексом следующим образом:

- императивные нормы закона;
- условия договора, согласованные сторонами договора;
- диспозитивные нормы, которые могут применяться при отсутствии согласованных договорных положений;
- обычаи (деловые обычаи), применяемые в отсутствие согласованных договорных условий и диспозитивных норм⁹⁹.

Таким образом, в России диспозитивные нормы имеют преимущественную силу по отношению к деловым обычаям¹⁰⁰.

⁹⁵ Кроме того, российское законодательство признает применение аналогии. Согласно ст. 6 Гражданского кодекса гражданское право (законодательство) может применяться по аналогии (аналогия права и аналогия закона), если закон, договор или обычай, регулирующие отношения в данном случае, отсутствуют. При применении права по аналогии следует также уделять внимание требованиям добросовестности, разумности и справедливости.

⁹⁶ Например, в своем постановлении от 1999 г. (№ 11-П от 15.07.1999) Конституционный суд закрепил принцип, согласно которому любые неясности налогового законодательства должны толковаться в пользу налогоплательщика.

⁹⁷ См., например, постановление от 10 апреля 2003 г. № 5-П.

⁹⁸ Пленумы Верховного суда в России правомочны принимать не только решения по конкретным апелляционным делам, но и обобщать судебную практику и принимать правила толкования или руководящие разъяснения по применимым правовым нормам, обязательным для нижестоящих судов общей юрисдикции.

⁹⁹ В случае если диспозитивная норма или деловой обычай включены в условия контракта, они рассматриваются как договорные условия.

¹⁰⁰ Есть исключение из общего правила, согласно которому деловой обычай имеет преимущественную силу по отношению к диспозитивной норме. Оно содержится в положениях Гражданского кодекса, касающихся исполнения обязательств (ст. 311 и 312). Российское договорное право предусматривает также исключения из общих правил о соотношении условий контрактов и императивных норм. В соответствии со ст. 422.2 Гражданского кодекса условия договора могут иметь приоритет над императивными нормами, если они вступают в силу после заключения договора. И только закон (а не любой другой нормативный акт) может включать положение, влекущее изменение условия договора, заключенного до вступления в силу такого акта.

Специфика российского правового дискурса

Основной особенностью правового дискурса России является специфическое отношение к закону. Основная идея российского (постсоветского) права состоит в том, что право, правовая реальность, правовая сущность существует как:

- а) правовое сознание, идея, понятие права (которые являются предметом теории естественного права и психологической теории права);
- б) правовые нормы (которые являются предметом позитивистских и нормативистских теорий);
- в) общественные отношения (которые рассматриваются в теориях социологии права).

При этом подход, используемый в социологии права, связанный с социальной инженерией, кажется, в целом не отличается от юриспруденции (права в собственном смысле или правоприменения), а термин «правовой порядок» обычно ассоциируется с обществом, эффективно управляемым верховенством закона.

Более того, легиспруденция (законодательный аспект) не отделяется от юриспруденции (правоприменительного аспекта) и (теоретических) правовых наук, что отражает сциентистский подход к функциям права в России, который обычно реализуется в рамках линейного мышления, использующего простые причинно-следственные объяснения.

В соответствии с общими представлениями о праве российское (гражданское) право, регулирующее предпринимательскую деятельность, имеет, следуя традиционной континентальной (в частности, немецкой) правовой системе, концептуальную законодательную основу, в которой закон представляет собой аксиоматическую систему норм, которая:

- не имеет пробелов или дает ответы на все вопросы;
- является однозначной или не содержит противоречий;
- дает единственно правильный ответ или не содержит альтернатив установленным в праве предписаниям, запретам и полномочиям.

Российское право в большей степени кодифицировано, и писаное право, в котором формулируются не только надлежащие правовые нормы, но и абстрактные общие концепции и общие принципы, занимает важное место. Таким образом, в российском праве преобладают концепции и общие правила за счет конкретных норм. Следовательно, российское предпринимательское право оперирует в основном законодательно закрепленными терминами и понятиями, характерными чертами которых являются определенность и строгий догматизм.

Специфика российского правового дискурса также состоит в том, что закон традиционно ассоциируется в русской культуре с правдой (часто имея в виду кодификацию позитивного права), которая также отождествляется с правом и правосудием, воплощающим справедливость и даже истину (*veritas*). Отсутствие строгого разграничения этих понятий, принятых в православии, по-прежнему характерно для русской правовой культуры в целом.

Для российского правового дискурса характерны также следующие особенности: а) сциентистская вера в силу постоянно модернизирующегося права, в которой б) правовая наука считается системой постоянно растущего и аккумулируемого знания¹⁰¹.

Особенностью российского права является также:

- сведение права к закону;
- идентификация права с государством;
- игнорирование «мягкого» права и альтернативных способов разрешения споров;
- идея «единственно правильного решения» продолжает доминировать в российской правовой мысли.

Классическое правовое мышление по-прежнему превалирует в российском праве, где право считается закрытой системой, а судебные решения строятся дедуктивно (силлогистически). А это и значит, что к конкретному случаю применяются общие правила, исходя из идеи только одного правильного решения.

Для российского права по-прежнему характерна твердая вера во всемогущество законодательных, основанных на законе решений, что находит свое отражение в преобладании законодательного права. Наряду с чрезмерно подчеркнутой ролью государства правовой позитивистский подход, при котором законодательное право (в форме письменного источника права) отождествляется с правом, был доминирующим в российском праве на протяжении его современной и новейшей истории. Вопрос в том, должно ли российское право основываться на практической целесообразности, а не на концептуальной непротиворечивости, явно ориентированной на алгоритмизацию правового регулирования предпринимательской деятельности¹⁰².

¹⁰¹ Поиски истины и открытия универсальных законов общества и права по-прежнему остаются серьезной проблемой для российской юридической науки. Во главе российской юридической науки находятся ученые, считающие себя обладателями истинного знания, и многие ученые-правоведы жаждут участвовать в научном конструировании будущего. Сейчас, например, актуально заниматься проблемами искусственного интеллекта и цифровизации.

¹⁰² Больше о сущности российского права см. Orlov (2011), p. 1–5, and Orlov (2015), p. 1, и цитируемые источники.

Заключение

Российское право традиционно не признавало торговые обычаи в качестве источника права, игнорируя тот факт, что западное коммерческое право зародилось в торговом праве, выросшем из обычаев торговцев, существовавших ранее, чем возникло собственно право, и это право сохранило свой саморегулируемый и диспозитивный характер даже в процессе формализации права в рамках характерного для континентального права законодательства, которое ввело государственное регулирование в отношении коммерческой деятельности. В связи с этим российский правовой дискурс сильно отличается от того, что принято считать западным правовым дискурсом.

Более того, хотя российское коммерческое право получило свое развитие под влиянием западного права, идея законодательно установленного правового контроля за коммерческой деятельностью, где писанный закон рассматривается как прогрессивное средство регулирования, по-прежнему играет важную роль, и, например, нарушение требований закона является неперенным условием наступления гражданской ответственности (за ущерб) в России.

Историю России можно отчасти рассматривать как историю ее идеократии. Все началось с защиты ортодоксального христианства, продолжилось мифом «Третьего Рима» и закончилось обещаниями «научно доказанного» коммунистического будущего. В настоящее время новая идея России — укрепление патриотизма, но в остальном плюралистическое управление все более закрепляется.

Очевидно, что российская правовая система продолжит свое развитие на основе законодательной базы, однако с возрастанием значения решений Конституционного и Верховного судов. Что касается судьбы правовой доктрины, то она должна и дальше выполнять учебно-разъяснительную роль и принимать участие в процессе создания права. Очевидно, что российская юридическая наука откажется от византийской идеократической традиции и сконцентрируется на инструментальном функционировании права, то есть будет обслуживать базисные потребности социального и, в частности, экономического развития, что означает активную роль государства в решении значимых проблем. Это, однако, не означает, что культурные и моральные ценности, унаследованные от Византии, которые все еще определяют русскую культуру, должны быть отброшены.

И наконец, несмотря на доктринальную неадекватность, российскому праву удастся соответствовать потребностям предпринимательской деятельности благодаря активной роли судебных органов в обеспечении адекватности российской правовой системы. Однако в отношении регулирования предпринимательской деятельности становится необходимым также создавать благоприятные условия для применения обычаев, а также «мягкого» права и альтернативных средств урегулирования правовых коллизий.

Литература

1. *Боханов А. Н.* Самодержавие: Идея царской власти. М. : Русское слово — РС. 2002.
2. *Боханов А. Н.* Самодержавие — русская форма монархического авторитаризма. Московский журнал. 2004, № 3. С. 38–42.
3. *Дорская А. А.* Эволюция российской модели государственности в ракурсе государственно-церковных отношений: традиционная и инновационная составляющие. Экономика, педагогика и право. 2016, № 2. С. 1.
4. *Зеньковский В. В.* История русской философии. Париж : YMCA-Press. 1989.
5. *Иванов С. А.* Византийское миссионерство. М. : Языки славянской культуры. 2003.
6. *Ключевский В. О.* Православие в России. М. : Мысль. 2000.
7. *Лоскутов В. Г., Трибунская У. Г.* Концепция державности как инструмент анализа современного кризиса социально-экономической системы России. Развитие политико-экономической мысли в современной России. Тамбов : Издательство ТГУ. 2015. С. 345–354.
8. *Мамзин А.* История и философия науки. СПб. : Питер. 2008.
9. *Митрофанов А. Ю.* Формирование византийского «кодекса канонов». Государство, религия, церковь в России и за рубежом. 2011, № 1. С. 92–99.
10. *Мунчаев В. М., Устинов Ш. М.* История России. М. : Норма : Инфра-М. 2009.
11. *Муравьев А.* Церковное право. Отечественные записки. 2003, № 2. С. 318–325.
12. *Покровский И. А.* История римского права. СПб. : Летний сад. 1998.
13. *Пугинский Б. И.* Коммерческое право России. М. : Зерцало-М. 2013.
14. *Рудоквас А. Д.* Иосиф Алексеевич Покровский и изучение римского права в России. Покровский И. А. История римского права. Санкт-Петербург, 1998. С. 5–11.
15. *Томсинов В. А.* Юриспруденция Древней Руси и правовая культура Византии. Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2009. № 4. С. 3–26.
16. *Фогельсон Ю.* Возможность верховенства права в современной России. Хозяйство и право. 2015. № 12. С. 28–49.
17. *Хвостова К. В.* Общие особенности византийской цивилизации. 1998. [Электронный ресурс]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/obschie-osobennosti-vizantiyskoy-tsvivilizatsii> (дата обращения: 20.10.2021).

18. Хойман С. Е. Взгляд на правовую культуру предреволюционной России. Советское государство и право. 1991. № 1. С. 121–127.
19. Цыпин В. А. Церковное право. М. : Изд-во МФТИ. 1994.
20. Честнов И. Л. Методология и методика юридического исследования. СПб. : С.-Петербург. юрид. ин-т Генер. Прокуратуры РФ. 2004.
21. Antonov M. The Varieties of Symphonia and the State-Church Relations in Russia' in Oxford Journal of Law and Religion. 2020. No. 9 (3). P. 552–570.
22. Avenarius M. Fremde Traditionen des römischen Rechts. Einfluß, Wahrnehmung und Argument des „rimskoe pravo“ im russischen Zarenreich des 19. Jahrhunderts. 2014, Göttingen : Wallstein.
23. Butler W. E. Russian Law. Oxford University Press. 2009.
24. van Caenegem R. C. An Historical Introduction to Private Law. Cambridge University Press. 1992.
25. Chulev B. Glagolitic. Glagoling (speaking) the Glagolic, its Origins, Chronology, Preserved Written Monuments, etc. 2015. [Electronic resource]. URL: <https://www.academia.edu/17371522> (дата обращения: 20.10.2021).
26. Egidi R. Von Wright's Philosophical Humanism' in European Journal of Pragmatism and American Philosophy I-1/2 | 2009. [Electronic resource]. URL: <https://journals.openedition.org/ejrap/973> (дата обращения: 20.10.2021). <https://doi.org/10.4000/ejrap.973>
27. Giaro T. Russia and Roman Law' in Rechtsgeschichte. Legal History. 2015. No. 23. P. 309–319.
28. Hartmann W. & Pennington K. (eds). The History of Byzantine and Eastern Canon Law to 1500. Catholic University of America Press. 2012.
29. Heuman S. E. Look at Legal Culture of Pre-Revolutionary Russia. Soviet State and Law. 1991. No. 1. P. 121–127.
30. Horujy S. S. Russian Spiritual Tradition: Union of Conciliarity and Asceticism' in Horujy, S. S. Orthodox Spiritual Tradition and Russian World. Brotherhood of SS Peter & Paul, Hong Kong. 2011. P. 7–24.
31. Kaufhold H. Sources of Canon Law in the Eastern Churches' in Hartmann, Wilfried; Pennington, Kenneth (Hrsg.) : The History of Byzantine and Eastern Canon Law to 1500. Washington, D. C. : Catholic University of America Press, 2012. P. 215–342.
32. Kourany J. A. Scientific Knowledge: Basic Issues in the Philosophy of Science. Wadsworth. 1998.
33. Orlov V. Entrepreneurship in Russia. Finnish Lawyers' Publishing. Helsinki. 1999.
34. Orlov V. Introduction to Business Law in Russia. Ashgate. 2011.
35. Orlov V. Alternatives to Capital-Oriented Corporations under Russian Law. Research Handbook on Partnerships, LLCs and Alternative Forms of Business Organizations. Edward Elgar Publishing. 2015.
36. Orlov V. Legal Sources and Interpretation in Russian Civil Law' in New Challenges of the Law in a Permeable World. Athens Institute for Education and Research, 2019. P. 147–165.
37. Pihlajamäki H. Länsimaisen oikeuden lähteet: varhaismodernista moderniini oikeuteen' in Lakimies. 2020. No. 7–8. P. 1126–1145.
38. Poldnikov D. Byzantine Roman Law Studies in Russia within the Framework of Political Ideologies,' in: 'Ius Commune Graeco-Romanum': Essays in Honour of Prof. Dr. Laurent Waelkens. Leuven : Peeters Publishers, 2019. P. 147–164.
39. Smith G. B. Reforming the Russian Legal System by Gordon B. Cambridge University Press. 1996.
40. von Wright G. H. Explanation and Understanding. Routledge & Kegan Paul, London. 1971.

References

1. Antonov, M. The Varieties of Symphonia and the State-Church Relations in Russia' in Oxford Journal of Law and Religion. 2020. No. 9 (3). P. 552–570.
2. Avenarius, M. Fremde Traditionen des römischen Rechts. Einfluß, Wahrnehmung und Argument des „rimskoe pravo“ im russischen Zarenreich des 19. Jahrhunderts. Göttingen : Wallstein. 2014.
3. Bohanov, A. Autocracy Idea of Czar's Power [Samoderzhavie: Ideya tsarskoi vlasti]. Moscow. 2002. (In rus)
4. Bohanov, A. Autocracy — Russian Form of Monarchist Authoritarianism [Samoderzhavie — russkaya forma monarkhicheskogo avtoritarizma]' in Moscow Journal [Moskovskii zhurnal]. 2004. No. 3 P. 38–42. (In rus)
5. Butler, W. E. Russian Law. Oxford University Press. 2009.
6. Van Caenegem, R. C. An Historical Introduction to Private Law. Cambridge University Press. 1992.
7. Chestnov, I. L. Methodology and Methodics of Legal Research [Metodologiya i metodika yuridicheskogo issledovaniya]. St. Petersburg. 2004. (In rus)
8. Chulev, B. Glagolitic. Glagoling (speaking) the Glagolic, Its Origins, Chronology, Preserved Written Monuments, etc. 2015 [Electronic resource]. URL: <https://www.academia.edu/17371522> (accessed: 20.10.2021).
9. Dorskaya, A. A. Evolution of the Russian Model of Statehood in a Foreshortening of State and Church Relations: Traditional and Innovative Components [Ehvoluytsiya rossiiskoi modeli gosudarstvennosti v rakurse gosudarstvennotserkovnykh otnoshenii: traditsionnaya i innovatsionnaya sostavlyayushchie]. Economics, pedagogy and law [Ehkonomika, pedagogika i pravo]. 2016. No. 2. P. 1. (In rus)

10. Egidi, R. Von Wright's Philosophical Humanism' in European Journal of Pragmatism and American Philosophy I-1/2 | 2009 [Electronic resource]. URL: <https://journals.openedition.org/ejppap/973> (accessed: 20.10.2021). <https://doi.org/10.4000/ejppap.973>
11. Fogelson, Y. Possibility of Rule of Law in Modern Russia [Vozmozhnost' verkhovenstva prava v sovremennoi Rossii]. Economics and Law [Khozyaistvo i pravo]. 2015. No. 12. P. 28–52. (In rus)
12. Giaro, T. Russia and Roman Law' in Rechtsgeschichte. Legal History. 2015. No. 23. P. 309–319.
13. Hartmann, W. & Pennington, K. (eds) The History of Byzantine and Eastern Canon Law to 1500. Catholic University of America Press. 2012.
14. Heuman, S. E. Look at Legal Culture of Pre-Revolutionary Russia [Vzglyad na pravovuyu kul'turu predrevolyutsionnoi Rossii]. Soviet State and Law [Sovetskoe gosudarstvo i pravo]. 1991. No. 1. P. 121–127. (In rus)
15. Horujy, S. S. Russian Spiritual Tradition: Union of Conciliarity and Asceticism' in Horujy, S. S. Orthodox Spiritual Tradition and Russian World. Brotherhood of SS Peter & Paul, Hong Kong. 2011. P. 7–24.
16. Ivanov, S. A. Byzantine Missionary [Vizantiiskoe missionerstvo]. Moscow. 2003. (In rus)
17. Kaufhold, H. Sources of Canon Law in the Eastern Churches' in Hartmann, Pennington. 2012. P. 215–342.
18. Klyuchevsky, V. O. Orthodoxy in Russia [Pravoslavie v Rossii]. Moscow, 2000. (In rus)
19. Kourany, J. A. Scientific Knowledge: Basic Issues in the Philosophy of Science. Wadsworth. 1998.
20. Khvostova, K. V. General Peculiarities of Byzantine Civilisation. 1998 [Electronic resource]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/obshchie-osobennosti-vizantiyskoy-tsivilizatsii> (accessed: 20.10.2021).
21. Loskutov, V. G. & Tribunskaya, U. G. Great Power Statehood Conception as a Tool of Analysis of Modern Crisis of Socioeconomic System of Russia [Kontseptsiya derzhavnosti kak instrument analiza sovremennogo krizisa sotsial'no-ekonomicheskoi sistemy Rossii]. Development of Political and Economic Mind in Modern Russia [Razvitie politiko-ekonomicheskoi mysli v sovremennoi Rossii] Tambov, 2015. P. 345–354. (In rus)
22. Mamzin, A. History and Philosophy of Science [Istoriya i filosofiya nauki]. St. Petersburg. 2008. (In rus)
23. Mitrofanov, A. Y. Forming the Byzantine "Codex of Canons" [Formirovanie vizantiiskogo «kodeksa kanonom»] in State, Religion, Church in Russia and Abroad [Gosudarstvo, religiya, tserkov' v Rossii i za rubezhom]. 2011. P. 92–99. (In rus)
24. Munchaev, V. M. & Ustinov, Sh. M. History of Russia [Istoriya Rossii]. Moscow. 2009. (In rus)
25. Muravyev, A. Church Law [Tserkovnoe pravo]. Patriotic Notes [Otechestvennye zapiski] 2003. No. 2. P. 318–325. (In rus)
26. Orlov, V. Entrepreneurship in Russia. Finnish Lawyers' Publishing. Helsinki. 1999.
27. Orlov, V. Introduction to Business Law in Russia. Ashgate. 2011.
28. Orlov, V. Alternatives to Capital-Oriented Corporations under Russian Law. Research Handbook on Partnerships, LLCs and Alternative Forms of Business Organizations. Edward Elgar Publishing. 2015.
29. Orlov, V. Legal Sources and Interpretation in Russian Civil Law' in New Challenges of the Law in a Permeable World. Athens Institute for Education and Research, 2019. P. 147–165.
30. Ostroukh, A. Russian Society and its Civil Codes: A Long Way to Civilian Civil Law' in Journal of Civil Law Studies. 2013, No. 6 (1). P. 373–400.
31. Pihlajamäki, H. Länsimaisen oikeuden lähteet: varhaismodernista moderniin oikeuteen' in Lakimies. 2020. No. 7–8. P. 1126–1145.
32. Pokrovsky, J. History of Roman Law [Istoriya rimskogo prava]. St. Petersburg. 1998. (In rus)
33. Poldnikov, D. Byzantine Roman Law Studies in Russia within the Framework of Political Ideologies,' in: 'Ius Commune Graeco-Romanum': Essays in Honour of Prof. Dr. Laurent Waelkens. Leuven : Peeters Publishers, 2019. P. 147–164.
34. Puginsky, B. I. Commercial Law of Russia [Kommercheskoe pravo Rossii]. Moscow. 2013. (In rus)
35. Rudokvas, A. D. Yosiph Alekseevich Pokrovsky and Studies of Roman Law in Russia [Iosif Alekseevich Pokrovskii i izuchenie rimskogo prava v Rossii] in Pokrovsky (1998). P. 5–11. (In rus)
36. Smith, G. B. Reforming the Russian Legal System by Gordon B. Cambridge University Press. 1996.
37. Tomsinov, V. A. Jurisprudence of old Russia and Legal Culture of Byzantine. Vestnik Moskovskogo Universiteta [Bullitin of Moscow University]. Law. 2009. No. 4. P. 3–26. (In rus)
38. Tsy-pin, V. A. Church Law [Tserkovnoe pravo]. Moscow. 1994. (In rus)
39. von Wright, G. H. Explanation and Understanding. Routledge & Kegan Paul. London, 1971.
40. Zenkovsky, V. V. History of Russian Philosophy [Istoriya russkoi filosofii]. Paris. 1989. (In rus)

Социально-политическая обусловленность уголовного права на примере различий общей части Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. и общей части Уголовного кодекса РФ

Борисова Виктория Романовна

Дальневосточный федеральный университет, Владивосток, Российская Федерация;
borisova.vr@students.dvfu.ru

АННОТАЦИЯ

В данной статье автор на примере Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. и действующего Уголовного кодекса Российской Федерации доказывает социально-политическую обусловленность уголовного права. Сравниваются различные положения обоих нормативных правовых актов. Автор объясняет, чем обусловлены подобные изменения. Рассмотрены задачи обоих уголовных кодексов, понятия преступления, возможность использования права по аналогии, цели наказания, виды наказаний.

Ключевые слова: уголовное право, Уголовный кодекс РСФСР 1922 г., Уголовный кодекс РФ, преступление, смертная казнь, цель наказания

Socio-Political Conditionality of Criminal Law on the Example of the Differences between the General Part of the Criminal Code of the RSFSR of 1922 and the General Part of the Criminal Code of the Russian Federation

Viktoriya R. Borisova

Far Eastern Federal University, Vladivostok, Russian Federation; borisova.vr@students.dvfu.ru

ABSTRACT

In this article, the author, using the example of the Criminal Code of the RSFSR of 1922 and the current Criminal Code of the Russian Federation, proves the socio-political conditionality of criminal law. The different provisions of both normative legal acts are compared. The author explains what caused such changes. The questions of both criminal codes, the concept of crime, the possibility of using law by analogy, the purpose of punishment, types of punishment are considered.

Keywords: criminal law, the Criminal Code of the RSFSR 1922, the Criminal Code of the Russian Federation, crime, death penalty, purpose of the punishment

Уголовное право охраняет и защищает наиболее значимые интересы личности, общества, государства. Однако эти интересы не являются статичными, они меняются в соответствии с изменением сущности государства и определяются социальными и политическими условиями. В XX в. российское государство претерпело несколько глобальных изменений. Одними из наиболее значимых представляются социалистическая революция 1917 г. и распад СССР с образованием суверенных государств впоследствии. В постсоветской истории для России основополагающим событием является принятие Конституции 1993 г., которая определила содержание остальных отраслей права и стала основой для действующего Уголовного кодекса РФ.

Уголовное право является инструментом в руках государства для проведения его политики. Оно всегда призвано своими сугубо специфическими средствами «обслуживать» выполнение политических и социально-экономических задач государства¹. Это возможно рассмотреть на примере общей части Уголовного кодекса РСФСР 1922 г.² и общей части действующего УК Российской Федерации³. Это сравнение представляется наиболее показательным,

¹ Наумов А. В. Отечественный опыт использования уголовного законодательства как инструмента для решения политических и социально-экономических задач. «Развитие национального законодательства в условиях глобализации: опыт России и стран Азиатско-Тихоокеанского региона»: материалы междунар. науч.-практ. конф. Отв. ред. проф. А. И. Коробеев. Владивосток: ДВФУ, 2011. С. 368–371.

² Постановление ВЦИК от 01.06.1922 «О введении в действие Уголовного Кодекса Р.С.Ф.С.Р.» (вместе с «Уголовным Кодексом Р.С.Ф.С.Р.») [Электронный ресурс]. URL: http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_1338.htm (дата обращения: 16.11.2021).

³ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 01.07.2021). Собрание законодательства. 1996. № 25. С. 2954.

поскольку УК РСФСР 1922 г. — первый советский уголовный кодекс, источником которого все еще являлось революционное правосознание, а УК РФ — первый и единственный источник уголовного права в постсоветской России, основанный на конституционных ценностях.

Необходимо отметить, что источником Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. хоть и все еще являлось революционное правосознание, что подтверждается ст. 9 данного акта, но ему уже не была присуща прежняя революционная аффектированность и гипертрофированная классовая нетерпимость⁴. Небольшой период его действия интересен в сравнении с современным периодом и господствующими уголовно-правовыми взглядами.

Если анализировать общую часть Уголовного кодекса РСФСР 1922 г. и действующего Уголовного кодекса Российской Федерации, то можно выявить немало различий, которые обусловлены изменением сущности государства и права, идеологии и другими объективными факторами.

Стоит обратить внимание на задачи уголовного законодательства. Перед УК РСФСР 1922 г. стоит задача по правовой защите государства трудящихся от преступлений и от общественно опасных элементов и осуществлению этой защиты путем применения к нарушителям революционного правопорядка наказания или других мер социальной защиты. УК РФ же в качестве задач определяет защиту прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя Российской Федерации от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человека и предупреждение преступлений. Наблюдается, что УК РСФСР 1922 г. единственным объектом защиты объявляет государство трудящихся, таким образом, не признавая человека и его права в качестве ценности. Так, данное различие обусловлено изменением сущности государства, его приоритетов. Тому в подтверждение служит ст. 2 Конституции РФ⁵, в которой человек и его права признаются наивысшей ценностью, что подчеркивает значимость личности и предопределяет охрану данных благ уголовным законодательством. Помимо ст. 2 Конституции РФ задачи УК РФ определяют также ст. 8, 13 Конституции РФ⁶. Это подтверждает довод о том, что уголовное право изменяется под влиянием социально-политических факторов.

Необходимо рассмотреть и понятия преступления, разработанные в период действия рассматриваемых нормативных правовых актов. Как известно, социальная обусловленность уголовного права находит выражение и в определении преступного⁷. Согласно УК РСФСР 1922 г. преступлением признается всякое общественно опасное действие или бездействие, угрожающее основам советского строя и правопорядку, установленному рабоче-крестьянской властью на переходный к коммунистическому строю период времени. По УК РФ преступление — это виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания. Во-первых, примечательно то, в определении 1922 г. отсутствует указание на такой признак преступления, как виновность. Во-вторых, особенностью уголовной ответственности в настоящее время является то, что она наступает только при наличии в действиях лица состава преступления. Список же преступлений является исчерпывающим и устанавливается исключительно Уголовным кодексом РФ. По Уголовному кодексу РСФСР 1922 г. примечательно, что преступлением признается всякое общественно опасное деяние. То есть таким образом законодатель передает правоприменителю полномочия по включению того или иного деяния в список преступлений. Это обусловлено сжатыми сроками подготовки Уголовного кодекса РСФСР 1922 г.; постреволюционным состоянием страны, когда в список преступных деяний включались действия или бездействия, нормальные для государства в стабильном состоянии.

Особенностью сформулированного в УК РСФСР 1922 г. понятия преступления объясняется и возможность применения аналогии права, что прямо запрещается в УК РФ. Представляется, что УК РСФСР 1922 г. устанавливает лишь критерий отнесения деяния к преступлению (угроза основам советского строя и правопорядка, установленно-го рабоче-крестьянской властью на переходный к коммунистическому строю период времени), в то время как УК РФ предполагает уголовную ответственность лица только в том случае, если рассматриваемое деяние признается им в качестве преступления.

Мыслится, что такое различие объясняется признанием Конституцией 1993 г. человека в качестве высшей ценности, изменением сущности права. Лицо не может нести уголовную ответственность за то деяние, которое не признавалось преступлением в период его совершения. Это предопределяется такими принципами юридической ответственности, как принцип законности, принцип обоснованности, принцип справедливости.

⁴ Сулейманов А. А. Уголовный кодекс РСФСР 1922 г.: концептуальные основы и общая характеристика. Автореф. ... канд. юр. наук. М.: РУДН, 2007.

⁵ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/ (дата обращения: 16.11.2021).

⁶ Наумов А. В. Отечественный опыт использования уголовного законодательства как инструмента для решения политических и социально-экономических задач. «Развитие национального законодательства в условиях глобализации: опыт России и стран Азиатско-Тихоокеанского региона»: материалы междунар. науч.-практ. конф. Отв. ред. проф. А. И. Коробеев. Владивосток: ДВФУ, 2011. С. 368–371.

⁷ Гамидов Р. Т. Социальная обусловленность уголовной наказуемости. Проблемы экономики и юридической практики. 2014. № 6. С. 46–50.

Рассмотрим цели наказания по УК РСФСР 1922 г. и УК РФ. Общей целью для обоих нормативных правовых актов служит предупреждение совершения новых преступлений.

И УК РСФСР 1922 г., и УК РФ ставят своей целью и исправление преступника. Необходимо обратить внимание на формулировку рассматриваемой цели в УК РСФСР 1922 г.: «...приспособление нарушителя к условиям общежития путем исправительно-трудового воздействия». То есть данная цель осуществляется исключительно в интересах государства и общества. Законодатель намеревается изменить лишь внешнее поведение преступника для более удобного управления гражданами. В УК РФ данная цель сформулирована как «исправление осужденного». Таким образом, законодатель признает необходимым изменить личность преступника и в интересах самого преступника, что также корреспондирует ст. 2 Конституции РФ. Несомненно, исправление лица, совершившего преступление, осуществляется в интересах общества и государства, но данное положение вторично, поскольку человек выступает в качестве высшей ценности. Государство признает необходимым исправить осужденного в целях его дальнейшего нормального функционирования в обществе, а не для более удобного управления им.

Обратим внимание, что УК РСФСР в качестве цели наказания устанавливает лишение преступника возможности совершения дальнейших преступлений. Это положение можно интерпретировать как частную превенцию, но она уже установлена другим пунктом рассматриваемой статьи. Таким образом, целью наказания служит само наказание. В УК РФ подобного положения нет.

УК РФ в качестве одной из целей наказания устанавливает восстановление социальной справедливости. Примечательно, что в статье нормативного правового акта эта цель называется первой. Представляется, что это не случайно. Так законодатель подчеркивает, что целью наказания служит не само лишение личного, имущественного или организационного характера, а восстановление нарушенных преступлением интересов личности, общества, государства. Если было нарушено субъективное право и нормы объективного права, то лицо должно понести соразмерное наказание. Таким образом, данным положением декларируется и необходимость компенсации нарушенного права, и соразмерность наказания деянию.

Необходимо обратить внимание и на систему наказаний. В УК РСФСР смертная казнь не включена в общую систему наказаний, но тем не менее устанавливается расстрел в качестве наказания за контрреволюционное выступление, бандитизм, хищение в особо крупных размерах, разбой. В системе наказаний УК РФ также существует такое наказание, как смертная казнь. Обратившись к Особой части настоящего Кодекса, выясним, что смертная казнь назначается за убийство, посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное следствие, посягательство на жизнь сотрудника правоохранительного органа, геноцид.

Таким образом, в УК РСФСР 1922 г. смертная казнь назначалась в основном за государственные преступления. В УК РФ также можно наблюдать, что смертная казнь назначается за преступления против порядка управления, против правосудия. Необходимо отметить, что Российская Федерация — демократическое государство, поэтому рассматриваемые преступления — это преступления, посягающие в первую очередь на интересы всего народа в целом.

Рассмотрим некоторые виды наказаний, применяемых к преступникам по УК РСФСР 1922 г. и УК РФ. Многие из них схожи, представляется необходимым рассмотреть именно те, которые присущи только отдельным кодексам.

Одним из наказаний по УК РСФСР 1922 г. является изгнание из пределов РСФСР на срок или бессрочно, что активно применялось к советским гражданам. В УК РФ подобное положение отсутствует, поскольку согласно ст. 4 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации»⁸ гражданин Российской Федерации не может быть выслан за пределы Российской Федерации или выдан иностранному государству. Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» относится к отрасли конституционного права. Как известно, конституционное право является основополагающей отраслью, устанавливающей отправные начала правового регулирования во всех остальных отраслях права. Этим объясняется отсутствие в Уголовном кодексе РФ такого вида наказания, как изгнание из пределов государства.

Также стоит обратить внимание на необходимость существования изгнания из пределов РСФСР в системе уголовных наказаний в другом аспекте. На территории государства находилось множество иностранных граждан, чья собственность была национализирована⁹. Таким образом обеспечивались стабильность установленного в результате революции строя и дальнейшее развитие советского государства. Так подтверждается мысль о том, что наказания возникали исходя из социальных условий того времени¹⁰.

В Уголовном кодексе РСФСР 1922 г. в качестве одного из видов наказания устанавливается полная или частичная конфискация имущества. УК РФ, в свою очередь, допускает конфискацию имущества лишь в тех случаях, если оно получено в результате совершения преступлений; предназначено для финансирования терроризма, экстремистской деятельности, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообще-

⁸ О гражданстве Российской Федерации : федеральный закон от 31.05.2002 № 209-ФЗ (ред. от 13.07.2020) [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_36927/ (дата обращения: 16.11.2021).

⁹ Бондарь М. А. Развитие наказаний, связанных с ограничением свободы, в советской России. Вестник Кузбасского института. 2018. № 1. С. 116–123.

¹⁰ См. Карпец И. И. Наказание: социальные, правовые и криминологические проблемы. М., 1999.

ства; является средством совершения преступления, принадлежащего обвиняемому. Это различие можно изменить изменением сущности государства. УК РСФСР 1922 г. носил советский характер, частной собственности не было, а личная собственность не имела высокой ценности для государства. УК РФ — кодекс, действующий в государстве со смешанной экономикой. Конституция РФ в ст. 8 декларирует, что в РФ признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные виды собственности. Законодатель уважает частную собственность лиц. Уголовная ответственность непосредственно воздействует на личность преступника, что объясняется целями уголовной ответственности, установленными УК РФ¹¹.

Таким образом, общие части УК РСФСР 1922 г. и УК РФ отличаются друг от друга. Несомненно, существуют институты и составы, разработанные законодателем при подготовке УК РСФСР 1922 г., которые нашли свое отражение и в действующем УК РФ. Однако государство претерпело трансформацию, сопровождающуюся изменением основных ценностей. На различных этапах общественного развития применимы различные уголовные законы. Это доказывает, что уголовный закон — инструмент в руках государства. Он всегда защищает наиболее значимые интересы общества, которые определяются объективными факторами и волей законодателя, но эти интересы могут быть различны. Таким образом, на примере УК РСФСР 1922 г. и УК РФ доказана социально-политическая обусловленность уголовного права.

Литература

1. *Бондарь М. А.* Развитие наказаний, связанных с ограничением свободы, в советской России. Вестник Кузбасского института. 2018. № 1. С. 116–123.
2. *Гамидов Р. Т.* Социальная обусловленность уголовной наказуемости. Проблемы экономики и юридической практики. 2014. № 6. С. 46–50.
3. *Карпец И. И.* Наказание: социальные, правовые и криминологические проблемы. М., 1999.
4. *Лейкина Н. С.* Личность преступника и уголовная ответственность. М.: Издательство Ленинградского университета. 1968.
5. *Наумов А. В.* Отечественный опыт использования уголовного законодательства как инструмента для решения политических и социально-экономических задач. «Развитие национального законодательства в условиях глобализации: опыт России и стран Азиатско-Тихоокеанского региона»: материалы междунар. науч.-практ. конф. Отв. ред. проф. А. И. Коробеев. Владивосток: ДВФУ, 2011. С. 368–371.
6. *Сулейманов А. А.* Уголовный кодекс РСФСР 1922 г.: концептуальные основы и общая характеристика. Автореф. ... канд. юр. наук. М.: РУДН, 2007.

References

1. Bondar, M. A. Development of Penalties Associated with the Restriction of Freedom in Soviet Russia [Razvitiye nakazaniy, svyazannykh s ogranicheniyem svobody, v sovetskoj Rossii]. Bulletin of the Kuzbass Institute [Vestnik Kuzbasskogo instituta]. 2018. No. 1. P. 116–123. (In rus)
2. Gamidov, R. T. Social Conditionality of Criminal Punishment [Sotsial'naya obuslovlennost' ugovnoy nakazuyemosti]. Problems of Economics and Legal Practice [Problemy ekonomiki i yuridicheskoy praktiki]. 2014. No. 6. P. 46–50. (In rus)
3. Karpets, I. I. Punishment: Social, Legal and Criminological Problems [Nakazaniye: sotsial'nyye, pravovyye i kriminologicheskiye problemy]. M., 1999. (In rus)
4. Leikina, N. S. The Personality of the Criminal and Criminal Responsibility [Lichnost' prestupnika i ugovnaya otvetstvennost']. Leningrad University Publishing House [Izdatel'stvo Leningradskogo Universiteta]. M., 1968. (In rus)
5. Naumov, A. V. Domestic Experience of Using Criminal Legislation as a Tool for Solving Political and Socio-Economic Problems [Otechestvennyy opyt ispol'zovaniya ugovnogo zakonodatel'stva kak instrumenta dlya resheniya politicheskikh i sotsial'no-ekonomicheskikh zadach]. "Development of National Legislation in the Context of Globalization: The Experience of Russia and the Countries of the Asia-Pacific Region": Materials of the International Scientific-Practical Conf. [Razvitiye natsional'nogo zakonodatel'stva v usloviyakh globalizatsii: opyt Rossii i stran Aziatsko-Tikhookeanskogo regiona: materialy mezhdunar. nauch.-prakt. konf.]. Resp. Ed. Prof. A. I. Korobeev. Vladivostok: FEPU, 2011. P. 368–371. (In rus)
6. Suleimanov A. A. Criminal Code of the RSFSR 1922: conceptual foundations and general characteristics [Ugovlnyy kodeks RSFSR 1922 g.: kontseptual'nyye osnovy i obshchaya kharakteristika]. Abstract of thesis. ... Cand. Legal Entity Sciences. M.: RUDN, 2007.

¹¹ См. *Лейкина Н. С.* Личность преступника и уголовная ответственность. М.: Издательство Ленинградского университета. 1968.

Рецензионные рассуждения по монографии Т. А. Алексеевой «Глава испанского государства: история конституционализации»¹

Арановский Константин Викторович

доктор юридических наук, Санкт-Петербург, Российская Федерация

АННОТАЦИЯ

В статье автор рассматривает монографию Алексеевой Т. А. «Глава испанского государства: история конституционализации». Автор отмечает актуальность исследования Т. А. Алексеевой института главы государства как актуального в современных условиях. Автор отмечает, что это историко-правовое исследование имеет все основания притязать как на признание в конституционно-правовой компаративистике, так и в науке конституционного права в широком теоретическом смысле. Автор анализирует роль монархии как института, с одной стороны, оказывающего сдерживающее воздействие на состояние общества, а с другой — выступающего основой в том числе и для демократического общественного устройства, опираясь на силу закона. Исследование Т. А. Алексеевой доказывает, что вольное и небрежное обращение с государственно-правовыми институтами обходится дорого людям, сословиям и народам.

Ключевые слова: Алексеева Т. А., глава государства, конституционализм, государственные институты

Reviewed Reasoning Based on the Monograph by Tatyana Alekseeva “The Head of the Spanish State: the History of Constitutionalization”

Konstantin V. Aranovsky

Doctor of Science (Jurisprudence), Saint Petersburg, Russian Federation

ABSTRACT

In the article, the author examines the monograph by Tatyana Alekseeva. “The Spanish Head of State: A History of Constitutionalization”. The author notes the relevance of the study by Tatyana Alekseeva Institute of the Head of State, as relevant in modern conditions. The author notes that this historical and legal study has every reason to claim recognition in constitutional and legal comparative studies, as well as in the science of constitutional law in a broad theoretical sense. The author analyzes the role of the monarchy as an institution, on the one hand, exerting a restraining effect on the state of society, and on the other, serving as the basis, including for a democratic social order, based on the force of law.

Research by Tatyana Alekseeva proves that free and careless treatment of state and legal institutions is costly for people, estates and nations.

Keywords: Alekseeva Tatyana, head of state, constitutionalism, state institutions

На страницах новой своей монографии Т. А. Алексеева в академически внятном и живом изложении ведет историко-правовое исследование института главы государства в разнообразии его ипостасей, начиная с происхождения и многозначности этого термина. Выражение «глава государства» не так давно поступило в первые ряды политико-правовой лексики, где оно и представляет эту правящую инстанцию собственной персоной в синтетическом понятии. С ним в науку, политику и практическую юриспруденцию явилось всем теперь известное и как будто простое обобщение, в котором, однако, иногда кое-что выглядит путанным. Так и бывает обычно в полисемии емких понятий, особенно если их осложняют разобщенные политические убеждения и доктринальные неясности.

Автор книги берет главу государства как объект исследования на благодатной для этого почве, которую представляет собой испанская политико-правовая история в ее разных руслах: как в условно правомерном ее течении, так и в перерывах законной государственности. Т. А. Алексеева — известный среди правоведов испанист со многими публикациями по истории испанского конституционного права. Много места в монографии занимает статус монарха, причем не столько ввиду особенных достоинств, которых, впрочем, у монархии не отнять, сколько потому, что законная испанская государственность двух последних столетий была представлена главным образом в монархической форме, притом что президентство там было недолгим и невзрачным, а франкизм — незаконным.

¹ Алексеева Т. А. Глава испанского государства: история конституционализации. М. : Проспект, 2021, 256 с.

Исследование протекает главным образом в конституционно-правовом измерении — именно эту систему правовых координат автор принимает за ориентиры в присущих ей знаках и смыслах, даже когда речь идет об институтах, созданных вопреки конституционному праву. Ведь и в посягательствах на его основы это право остается собою, пока не угаснет, и реально себя выказывает в настоятельной императивности, в требовательной силе, которую не теряет хотя бы и в негативе, когда оно, путь и поправное, обличает беззаконие, обрекает на осуждение узурпацию и не оставляет произволу надежды на легитимность. Беззаконную власть, даже когда она уверенно торжествует, конституционное право все равно в итоге лишит достоинства правоты и обесценит заодно даже те ее реальные достижения, которые конституционным властям история поставила бы в заслугу и записала бы в благодарной честной памяти. В этом смысле конституционно-правовая ориентация вполне верна и уместна как основа исследования института главы государства в любых его изводах — от почтенной монархии до отъявленной диктатуры.

Это историко-правовое (по предметному профилю) исследование имеет вместе с тем все основания притязать как на признание в конституционно-правовой компаративистике в рамках этого научного направления, так и в науке конституционного права в широком теоретическом смысле. Более того, понимание монографии предполагает знакомство со сравнительным государственным правом и с его самой известной частью — конституционной компаративистикой, с предметом этого знания, с его понятиями, принципами, системными связями и полезными эффектами. В стороне от сравнительной методологии многое будет упущено в понимании института главы государства, в его генетике и вариативности.

Заметим, однако, что теперь дисциплина иностранного государственного (конституционного) права стала жертвой конъюнктурного поветрия и угодила в юридических вузах под «оптимизацию». Профильные кафедры, деканы и ректоры обращаются с нею так, будто в сравнительном государственном праве водятся лишь иллюстрации, занимательные случаи и диковины, которыми полезно оживить какой-нибудь «настоящий» учебный предмет, где воспитывают юриста «по-настоящему» в полезных «компетенциях» по местному праву. При этом делают вид, будто и сравнительное конституционное правоведение ничего существенно не теряет, а просто вливается в общий курс конституционного права, где и вносит скромную лепту во всеобщую и отраслевую «конституционализацию», чтобы «служить у нее на посылках». Конституционная компаративистика приблизилась к повсеместному упразднению в университетах, и теперь не так-то просто объяснить, почему испанские, в частности, опыты поучительны и важны, в том числе в российском правопорядке, отчего перерывы в монархической государственности или реставрации важны и назидательны в понимании государственности республиканской.

А между тем не только в американских, скажем, президентствах, но и в Испании и в других многих странах Европы эволюция и гомология института главы государства достоверно предъявляют главу республики как довольно скучную репродукцию статуса монарха, изрядно притом развенчанного и будто бы «обезжиренного», прежде всего, от права суверенной (собственной верховной) власти и от некоторых ее достояний, как то иммунитет со свободой от юридической ответственности, неприкосновенность, домен (удел) и другие права государя из двух условных групп (почетных и реальных). В республике такие права не столько пропадают, сколько тускнеют и что-то теряют в основаниях и содержании, иной раз, правда, лишь для того, чтобы в одеждах народовластия президентство заявило себя во всесиили личного господства, вполне адаптированного к республиканскому суверенитету с его определением источника и носителя пленарного права на верховную власть.

И ясно тогда, что большинству народов не обойтись без монархических начал, пусть даже в переработанном — в «снятом» виде. Даже ниспровергая законного государя, нации тут же выказывают, причем безотчетно, государственно-правовые пристрастия, культивированные в монархии. С ними публика и правящее сословие продолжают свои коренные политические влечения в республиканской их обработке. В республиканских настроениях много воодушевления и веры в безгрешную правоту народовластия, с которыми упускают обычно из виду, что народное самодержавие не предрешает ни справедливого закона, ни честной власти, ни простых благ стабильности. Особенно же неверно ждать народного счастья, воздвигая республику на руинах законной монархии, сокрушая отжившее век «самовластье» и уверяя себя, что по «воле народной» можно все устроить и много себе позволить.

Чем дальше, тем хуже удастся народам реставрация правопорядка, особенно монархии, и все меньше шансов на то, что нация, разрушая фундаментальные законные институты, сможет потом вернуться в спокойное гражданское здравомыслие, где у людей снова нормально заработают политико-правовые рефлексy. Скорее можно представить бестолковую реставрацию в попытке вернуть достояния правопорядка, когда разруха для монархии фатальна и угрожает самой политической нации. Так бывает, если та увязла в беззаконии, бесправии и расколе и готова стать материалом чужой государственности, доживая свой век в социальных грезах и разложении, пока не выветрится ее этнический, культурный субстрат, национальная вера и речь.

А сила закона между тем выказывает себя даже в расстройствах и катастрофах правопорядка. Эта сила, больше ли меньше, действует в реставраторских, восстановительных начинаниях, в том числе в полумерах, когда монархические начала получают пристойную реализацию в умеренно-сбалансированном президентстве. Нередко, однако, все оборачивается заносчивым императорством, каудилизмом, вероломными регентствами и хунтами, которые присваивают власть с обещанием скоро ее уступить по законному назначению, откладывают уступку до бесконечности и притом не могут себя увековечить в законном господстве.

Объективное исследование в сравнительно-историческом русле не оставляет сомнений в том, что монархия по сию пору не блажь и не выдумка, а правомерное и состоятельное основание законной государственности, не менее надежное во всяком случае, чем другие формы и основания. Анализ, представленный в монографии Т. А. Алексеевой, непредвзято о том свидетельствует. К нему уместно добавить, может быть, то замечание, что под сенью долгих законных монархий неплохо сохраняются не только демократии, но и простое народное благополучие, что предпосылки безопасности и спокойствия при них не хуже, чем среди народов, которые решительно и незаконно свои монархии разрушили. Со временем выясняется, что они много себе позволили в чаяниях и мечтах об иной справедливости и слишком надеялись на власть, раскованную от права, позволяя господствовать ей над гражданской свободой, собственностью, обязательствами и правосудием. Становится ясно, что зря они фантазировали светлые перспективы в расхристанном народном чувстве и напрасно решили устроить все наилучшим образом поверх закона в эмоциональной распущенности под знаменами наукообразного социализма. В таких влечениях и рушат обычно монархию, в том числе уже ограниченную и уравновешенную, где сбалансированные конституционные установления помогают политическому человеку хранить врожденную веру в право.

Скандинавские страны (не считая Исландии), Австралия и Канада, Новая Зеландия и Соединенное Королевство, Бенилюкс и прочие княжества-герцогства — все это монархии, причем с убедительной демократической репутацией — не в пример европейским, латиноамериканским республикам. Конечно, в Италии, на Балканах монархия попустила фашизму и того же сорта течениям, но и те бледнеют в сравнении с оголтелым нацизмом рейха. Республики минувшего века больше всего рисковали демократией, предавали ее в грехах национал-социализма, корпоративизма, каудилизма, изменяли закону в тоталитарных коммунистических увлечениях. Монархии же в этом смысле вели себя заметно спокойнее.

Вот и в Испании XX в. нестойкая и не самая долгая демократия налагается все же на монархические времена и начинается с реставрации. Недаром и теперь этнические части испанской нации остаются в политическом единстве под общей короной — такую государственность им, кажется, проще сохранять и чувствовать, когда король и правосудие не предпочитают галисийцев и астурийцев баскам, андалусийцам или арагонцам, и не ставят кастильцев выше каталонцев. Остались бы они им вместе без короля, притом что парламенту из Мадрида и правительству из Барселоны вменяют иногда предвзятую несправедливость в интересах известных этнических групп.

Даже за пределами Европы, где демократия часто выглядит неубедительно, судьба народов под властью законных монархов Таиланда или Малайзии протекала не так бедственно, как в соседних республиках и хунтах, например, во Вьетнаме, Кампучии и Лаосе, в Индонезии и на Филиппинах, где люди безмерно натерпелись от кровопролитных несчастий и беспорядков. Историко-правовые судьбы монархий в Марокко, Тунисе, Иордании тоже выглядят благополучнее по сравнению с близкими им по географии, этнографии и культуре республиками и деспотиями, соответственно, Западной Сахары, Мавритании, Мали, Алжира, Ливии, Египта, Сирии, Ливана, где государством и народам непрестанно грозят опасные столкновения и где они подолгу вязнут в гражданских войнах, в национальном распаде, в чрезвычайных и военных положениях под насильственной властью. О монархиях Залива можно сказать несколько больше, чем об их нефтеносных республиканских соседях из одного арабо-курдо-персидского ареала, и, скажем, Ирану, Ираку или Йемену трудно удержать в покое религиозно-политические, этнические, шиито-суннитские, в частности, разногласия и самим удержаться от разнузданного насилия.

Но не станем обострять драматические эти обобщения, чтобы предполагаемые достоинства монархии не омрачали недоверием республику и гражданственность ее населения. Вместо этого предположим, что народы, например в Непале или Афганистане, прозябают в беззаконии не от неверности праву, а по несчастью, и монархию теряют не от измены, а из-за беспорядков в самой династии, с которыми совпадают к тому же иностранные вмешательства, религиозное ожесточение и племенная рознь. Между тем если и видеть в этом трагическое сгущение зла из разных концов общей драмы, то и тогда все выглядит многозначительным и назидательным в том смысле, что прочность права небеспредельна и закон сам собою среди людей не удержится, если они не согласны тратить на его защиту и восстановление.

Не о том, разумеется, речь, чтобы вслед за Испанией народы реставрировали утраченные монархии. Так, может быть, и вернее было строить и восстанавливать пострадавший правопорядок, но теперь все меньше наций, которым доступна монархическая государственность. Разрушенную же монархию нельзя произвольно воссоздать, чтобы себе во благо пользоваться ее преимуществами, лишь только заблагорассудится и по мере надобности. Обстановку, в которой она возможна, разрушить не очень трудно, но восстановить потом непросто или невозможно, особенно через долгое время. В Болгарии, например, и теперь еще не остыли, наверное, настроения к реставрации, но из них уже ничего не выйдет, кроме ностальгии среди безнадёжного политического меньшинства.

Падения и трудные реставрации монархии, как в испанском случае, поучительны в том, что они наглядно передают риск потерять саму возможность возобновления закона и права, угрозу окончательной утраты государственных институтов. Этот урок истории доходчиво, кажется, изложила уже на исходе Первой мировой войны, когда вдруг вышло так, что иные из народов уже не могут учредить монархии, хотя еще в прошлом веке их восстанавливали и даже заново создавали. Финляндия, например, не столь уж виновная, кстати, в утрате царствующей династии, пробовала себя продолжить в монархии и учредила даже регентство, но тщетно искала нового государя, да так и не нашла.

Квалифицированные кандидаты на королевство отпали, а трон запустел, вынуждая финнов объявить непрошенную республику, причем с диктаторскими повадками на первых порах. И Венгрия ждала между мировыми войнами короля, пробавлялась регентством, пока наконец не истощила все законные перспективы монархии.

В этом смысле Испания, как это следует из монографии, являет собою редкий случай, когда и династия, и законная монархическая традиция не совсем еще пресекились и можно было в правопорядке их возобновить. Но и здесь перерывы даром не обошлись, так что продолжение этой монархии в перспективе не смотрится так убедительно, как скандинавские, например, королевства — не вполне беспроблемные, но все же довольно уверенные на вид с их династиями, которые длятся без перерыва больше века и даже двух.

Но всего поучительнее, конечно, печальный урок народного посягательства на право в образе монархии. Беззаконие нипочем на монархии не остановится и непременно будет рушить другие капитальные институты. С опытом беззакония и со вкусом к нему люди исполняют свои влечения и в простых бесчинствах, и в больших соблазнах национальной, исторической, пролетарской или еще какой-нибудь справедливости, чтобы в ожесточении сеять рознь, получать отовсюду врагов и поражать сограждан в правах, отнимать имущества, упразднять торговлю и вытеснять на обочину жизни гражданский оборот. Тогда взамен гражданской верности закону выпускают на волю политическую директиву и разнузданный «административный восторг» с планами и приказами от начальства, с тихими радостями отчетности и выслуги лет. Понемногу выходят из дела и теряют значение юридические формы, электоральные и парламентские процедуры, титулы прав, корпоративные одежды, «пустая обрядность» правосудия и прочие достоинства правовой цивилизации. С ними отпадают и гарантии от незаконной репрессии, которая себя являет в ожесточении или умеренной благовидности, чтобы меньше пугать свирепостью, но непременно через рамки права, чтобы не позволять закону держать в границах народно-государственную политическую волю, фискальный интерес и административное благоусмотрение.

От подобных наклонностей не поздоровится ни монархии, ни республике, где «святости» и закона уж точно не больше, а совершенства нет и подавно, потому что оно не водится ни в какой государственности. Республика не меньше монархии уязвима и в исходных основаниях, и в технике власти, и в неловких своих деяниях. Благополучное долголетие государственности и права обусловлено предшествующим поведением народа, прочностью, качеством гражданских навыков и тем, что люди в состоянии их в себе удержать, гражданственной привязанностью к институтам и правилам и решимостью за них постоять, не потерять, не уступить их в бесчувствии, малодушии и угодливости.

Не впрок республиканские блага будут гражданам, когда среди них, в их парламенте и в суде возобладает заодно с «общей волей», скажем, вера в разящий «меч революции», в пролетарскую и социалистическую «законность» и во что-нибудь еще колюще-режущее, пусть даже условно мирное, как, например, «проницающая ответственность», которой нипочем «корпоративные вуали», сроки давности, законность владений и сделок, презумпции добросовестности и невиновности. Если в республиканском духе такие убеждения и повадки разоряют монархию, то с нею вместе они угнетают и все право до основ. Ни верховенство права, ни покорность закону не устоят, когда людям дороже их благопожелания и намерения, нежели институты, правила и обязательства, когда верх берет целесообразность, например, в «телеологическом» (направленном) толковании, которое с предрешенным итогом трактует закон по благовидной какой-нибудь цели. Тогда и в суде вместо честной состязательной справедливости и законного доказательства поселится и будет господствовать, например, концепция «общей справедливости решения», где правила доказывания не главное и дефектные доказательства простительны, потому что судебный акт в итоге следует решающей интуиции — той, которая пронизательно и как бы «от сердца» определяет виноватого и безвинного, раздает строгости и снисхождения, хотя бы это и напоминало кому-то предвзятую отсебятину и произвол.

Вместе с телеологией давно угнездили в праве и вошел уже в силу тот философствующий «эссенциализм», который пронизает будто бы самую суть политико-правовых вещей, владеет ею и прямо из нее все готов решать, переступая «несущественные» частности права. Так и республику он «в сущности» видит в бесспорных, пусть и недоказанных преимуществах, а в монархической власти, соответственно, распознает «по сути» лишь ветхий мрак и порок, чтобы отказать ей в законном признании. Он и в других законных установлениях уважать будет лишь «сущность», а в гражданских правах — «ядро», определяя все это по вкусу из преобладания «сущности» над формами, правилами и процедурами, чтобы при случае отказать им в достоинстве и признании. И не только монархия, но, например, границы чужой собственности и свободы, парламентские и судебные ритуалы то и дело мешают что-то «существенное» и благое предпринять, и достичь, и сделать что-нибудь значительное «по сути» настолько, что не остается иного, как переступить и пренебречь. В эссенциальных влечениях условности права кажутся невзрачными и неуместными именно «по сути» на пути к торжеству прогрессивных целей и главных ценностей, преимущества которых, однако, тоже определяют по вкусу и настроению, как в «телеологии».

Исследование Т. А. Алексеевой внушит и докажет, что вольное и небрежное обращение с государственно-правовыми институтами обходится дорого людям, сословиям и народам. Как ни отвлекайся они от закона, от обязательства и процесса, суда и гражданской свободы, а все равно в итоге все когда-нибудь ищут в них защиты и важных решений. И чем смелее обходятся люди со своими правопорядками и конституциями, уступают властям свои права и правила, чем больше верят они политической воле со способностью творить от себя право и правду, тем вернее

им будет отказано в покровительстве закона и в правосудии на каком-нибудь «конкретно-историческом этапе общественного развития».

Обобщение политико-правовых смыслов, которые собрались когда-то и сложились в понятие главы государства, само по себе говорит о том, что люди, народы насущно нуждаются в законной власти. Иначе это понятие не укоренилось бы в политической практике и юридической лексике так основательно и широко. С некоторых пор без него уже не обойтись хотя бы потому, что само выражение «глава государства» источает легитимность. Его пускают в дело, чтобы, например, президента определить вровень с государями в общем ряду законных правителей, обозначить его законность не только в силу условного народного изволения, но и в том смысле, что президент выдят в родовом единстве с монархами, где они вместе являют собой почти «то же самое». Это родство, обеспеченное законностью в силу традиции, было насущно когда-то и необходимо новой главенствующей власти, пусть даже республиканское президентство и выказывало себя наособицу как институция из одной лишь народной воли.

Понятно, что от народно-волевой этой мощи много соблазна восстать над законом ради общего государственного интереса. Этой силы, однако, как она ни внушительна, всегда почему-то мало для окончательного господства народовласти и правящей воли над законом, которые в итоге не могут ни превзойти закон, ни обойтись без него в статусе государственного владыки. Недаром по Конституции 1852 г. новоявленного президента Франции определили именно главой государства (ст. 6), чтобы поставить вровень с королями, зачисляя их всех в одну «породу». Затем, упраздняя неубедительное, как выяснилось, президентство, чтобы возвести властвующее величие на недостижимые имперские выси, опять посчитали за благо вписать уже самого императора в семейство законных глав государства. В императорском блеске и президентство, и монархия безнадежно, казалось, поблекли, а все же Франция приняла «сенатус-консульт» от 21 мая 1870 г., где ст. 14 записала императора в разряд глав государства, чтобы не уступить «простым» правителям в достоинствах законности. Правда, во французских той поры было так много имперского величия и веры в себя, что вразумить и принудить к закону нацию могло, наверное, лишь успокоительное моральное поражение, которое Франция тут же и получила, перепуганная и обесчещенная на войне, в бесчинствах Парижской коммуны и в крушении самой империи. Этот важный эпизод не остался без внимания в монографии Т. А. Алексеевой.

Испанская история главы государства ярко отмечена затяжными беззакониями в его судьбе, и монография познавательна и поучительно представляет законную версию этого института в решительных отличиях от незаконного правителя. Все они, правда, по структурно-функциональной части попадают в общий таксон «главы государства», что и позволяет им «знать свое место» среди институтов верховной власти, но такая их общность мало что меняет в том смысле, что в рамках права законные главы и узурпаторы отстоят друг от друга как антиподы. Во всяком случае в юридическом и гражданственном смысле именно эта разница все собою определяет. Она имеет капитальное значение отдельно от иных важных критериальных признаков, не говоря уже об условно-оценочной стороне, где временами преобладают простодушные представления о доблестях и заслугах правителя, его оплошностях и пороках. Все это одобрение и порицание иногда мешает отделить правомерную власть от «благотворной» или «эффективной» узурпации, которая, впрочем, не так эффективна, а скорее эффектна, и не столько приносит подданным благо, сколько скрывает свои врожденные и нажитые пороки, пользуясь беззаконной свободой. А между тем ни слава побед, ни свирепость репрессий, ни многолетие не перевесят и не заменят легальности.

Законный же глава государства, даже если его умеренное правление кажется населению невнятным, неэффективным и невыразительным, не останется во всяком случае беззащитным под сенью закона, который не позволит не считаться с его правами и безбоязненно отнимать у него законную власть. Посягательства на эту власть закон сделает преступными и навсегда омрачит узурпацию. И с другой стороны, даже «правительственная хунта» отмечена будет знаками правомерности, если ей законный монарх «повелит приступить к исполнению всех функций суверена», как это было в Испании, и, конечно, если она бы осталась в рамках полученного мандата.

В этой важной тематике автор монографии придает значение тому обстоятельству, что признание главы франкистского государства как института национальной высшей власти вошло в само законодательство Испании, причем под титулом «основных законов». Вместе с тем в положениях конституции места каудильо (вождю) не нашлось, что и оттеняет противоправный внеконституционный смысл узурпации. Она отзывается неисправимыми последствиями в деяниях институтов, учрежденных и действующих вопреки смыслам и правилам конституционного права.

Из этого следует, что принятие законодательных распоряжений даже под титулом «основного закона» не покрывает беззакония и не отменяет его последствий, когда конституционно-правовые пороки фундаментальны и неисправимы. Здесь же нелишне учесть ту нехитрую истину, что не все записанное и объявленное как основной закон предпрещает и создает конституцию. Само по себе написание основных законов (учредительных актов, низамов, деклараций и т. д.) не даст народу конституцию, не позволит ее изложить и вселить конституционное право среди людей, пока и если в законодательной письменности есть установления, неприемлемые для конституционного права как по смыслу, так и ввиду их порочного происхождения. Таким и был каудилизм, попытка которого легализовать себя в основных законах по-прежнему сомнительна, как и значительная народная поддержка. С тем и остается заключить, что конституции не бывать, сколько ни пиши основных законов, если подданные признают беззаконную власть, участвуют в беззаконии и терпят бесправие над собою и вокруг себя.

Историко-правовое исследование представляет испанскую государственность и конституцию в том, как они натерпелись от франкизма, социализма, анархии и от их законодательства, включая «основные законы». В наблюдении этом выдает себя в неправде неисторичное и небезобидное заблуждение, когда конституцию определяют и трактуют непременно как «основной закон государства». Вопреки седой и новой истории эта трактовка внушает, будто и в самом деле конституция сложилась в написании державного законодательства и будто впредь конституционным актом можно считать любое законодательное изъятие, лишь бы оно учиняло что-нибудь внушительное в государстве. В этом неверном свете конституция и в самом деле привидится даже в том, как военные вручают своему вождю и хунте верховную власть, да и в любом беззаконии, которое запишут в осново-законном обличье. Так и абсолютизму немудрено приписать конституцию.

Поэтому кажется спорным решение автора поместить в главу о «Конституционном оформлении королевской власти» подзаголовок: «От абсолютной монархии к конституционной». Ведь абсолютизм предшествует конституции и отпадает по мере «конституционализации», ибо она связывает монарха ограничениями в пользу подданных, прекращая тем самым абсолютную власть. Это относится, видимо, и к Испании с уважительными, конечно, оговорками насчет традиции кортесов и региональной самостоятельности. И все-таки разве может абсолютная монархия участвовать в конституционном оформлении власти, если абсолютизм и конституция противоположны? Небольшая эта интрига имеет решение в указанной главе, которую стоило бы прочитать, как и всю монографию Т. А. Алексеевой.

Быть не в своей воле, или О необходимости академической автономии¹

Рощин Евгений Николаевич

кандидат политических наук, декан факультета международных отношений и политических исследований СЗИУ РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация; roshchin-en@ranepa.ru

Потапова Екатерина Борисовна

кандидат политических наук, директор программы «Международные отношения» СЗИУ РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация; potapova-eb@ranepa.ru

АННОТАЦИЯ

Настоящая статья представляет аналитический обзор научной литературы по вопросу об академической свободе. В статье делается особый акцент на идее академической автономии как институционального механизма гарантии индивидуальной академической свободы. В мировой дискуссии университетская автономия привлекает все большее внимание и приобретает большое значение в связи с продолжающимся переопределением роли университетов. Процесс интернационализации высшего образования, требования к эффективности университетов, трансформация государственного регулирования и финансирования оказывают значительное влияние на статус университета в обществе. Современные исследования говорят о том, что новый статус вместе с перспективами развития часто влечет за собой риски попадания университетов в зависимость от отдельных стейкхолдеров. К таким стейкхолдерам относятся государство, бизнес и студенты как потребители образовательных услуг. Зависимость от частного интереса, в свою очередь, ведет к эрозии значимости института для общества в целом.

Ключевые слова: академическая свобода, автономия, университеты, зависимость, республиканизм, управление в сфере высшего образования

Be Not of Your Own Will, or About the Need for Academic Autonomy

Evgeny N. Roshchin

PhD in Political Sciences, Dean of Faculty of International Relations and Politics, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (North-West Institute of Management of RANEP), Saint Petersburg, Russian Federation; roshchin-en@ranepa.ru

Ekaterina B. Potapova

PhD in Political Sciences, Head of Education, Department of International Relations, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (North-West Institute of Management of RANEP), Saint Petersburg, Russian Federation; potapova-eb@ranepa.ru

ABSTRACT

This article is an analytical review on the question of academic freedom. The main focus of the article is on the idea of academic autonomy as an institutional mechanism which guarantees individual academic freedom. The theme of universities' autonomy is becoming increasingly prevalent in global discussions, as the role of universities is evolving. The process of internationalization of higher education, requirements for universities' efficiency, transformation of state control and funding have significant influence on the status of universities in the society. Current research shows that this new status, together with perspectives of development lead to the increasing dependency of universities on various stakeholders. These core stakeholders, influencing autonomy are the state, business, and students as customers. Growing dependency on the private interest in turn leads to the erosion of importance that society assigns to the university as an institution.

Keywords: academic freedom, autonomy, republicanism, dependency, university, higher education management

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке Фонда научных исследований и прикладных разработок СЗИУ РАНХиГС.

Между тем разница между университетом и школой заключается в том, что университет живет свободной наукой. Если университет не живет свободной наукой, то в таком случае он не достоин звания университета.
С. Ю. Витте. Избранные воспоминания. М. : Мысль, 1991. С. 11

1. Политико-правовая рамка

В 1988 г. европейские и ведущие российские университеты подписывают университетскую «Магна Карту» (далее — Хартия). Эта Хартия провозглашает ключевые принципы существования академического сообщества и их формальной организации, а именно университета. Первый принцип, который постулирует «Магна Карта», — это принцип университетской автономии: «Университет действует внутри обществ с различной организацией, являющейся следствием разных географических и исторических условий, и представляет собой автономный институт [...]. Чтобы отвечать требованиям современного мира, в своей исследовательской и преподавательской деятельности он должен иметь моральную и научную независимость от политической и экономической власти»². Третий принцип Хартии состоит в поддержке академической свободы в преподавании и исследованиях. Таким образом, Хартия подчеркивает важнейшее институциональное измерение академической свободы — академическая свобода преподавателя возможна при условии автономности его университета.

На глобальном уровне связь между институциональной автономией и академической автономией постулируется в Рекомендации ЮНЕСКО 1997 г., согласно которой реализация последней возможна только при наличии первой. Рекомендация уточняет, что «автономия является институциональной формой академической свободы»³.

Декларация принципов Международной ассоциации университетов подчеркивает, что институциональная автономия и академическая свобода — это не привилегии, а «базовые и неотъемлемые условия», за счет которых университет может исполнять возложенную на него обществом миссию образования и ведения исследований⁴. В свою очередь, эта миссия университетов должна способствовать реализации права на образование, установленного Всеобщей декларацией прав человека⁵.

Исследователи призывают разделять индивидуальную и институциональную автономию. Индивидуальная свобода относится к свободе ученого заниматься исследованиями, преподаванием и производством знания, даже непопулярного, без опасения потерять работу⁶ (понимать академическую свободу именно как индивидуальную свободу предлагает и ФЗ 273 «Об образовании»⁷). Институциональная автономия относится к праву организаций свободно решать то, как им оптимально управлять своей деятельностью⁸.

Наша статья представляет обзор академической литературы, рассматривающей институциональное измерение академической свободы в ее связи с индивидуальной академической свободой. О важности этой связи говорят не только международные рекомендации и декларации, но и актуальная дискуссия в политической теории. Ставшая популярной в последние десятилетия «республиканская» трактовка свободы настаивает на том, что свободным индивид может быть только тогда, когда можно говорить, что он не находится в состоянии зависимости, или тогда, когда нет такой силы, которая может произвольно доминировать над индивидами⁹. В свете дискуссии об институциональной автономии необходимо обратить внимание на подход, который иногда называют юридическим республиканизмом. Юридический республиканизм позволяет по-новому взглянуть на ключевую проблему в жизни университетов и академического сообщества в целом. «Свободный человек» в противоположность «рабу», как замечает представитель этого подхода Квентин Скиннер, это прежде всего статус¹⁰. Данная теоретическая перспектива показывает непродуктивность тенденции рассматривать понятия «академическая автономия» и «академическая свобода» в отдельности друг от друга либо затенять институциональное измерение преимущественным употреблением понятия «академическая свобода». Это связано с тем, что свободным членом сообщества можно быть только

² The Magna Charta Universitatum [Электронный ресурс]. URL: <http://www.magna-charta.org/magna-charta-universitatum> (дата обращения: 21.09.2021).

³ Recommendation Concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel [Электронный ресурс]. URL: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (дата обращения: 21.09.2021).

⁴ Policy Statements — IAU [Электронный ресурс]. URL: <https://iau-aiu.net/Policy-Statements> (дата обращения 21.09.2021).

⁵ Декларации, конвенции, соглашения и другие правовые материалы [Электронный ресурс]. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml (дата обращения 21.09.2021).

⁶ *Berdahl R.* Academic Freedom, Autonomy and Accountability in British Universities. *Studies in Higher Education*. 1990. Vol. 15 (2). P. 172.

⁷ ФЗ 273 «Об образовании» [Электронный ресурс]. URL: <https://rg.ru/2012/12/30/obrazovanie-dok.html> (дата обращения: 21.09.2021).

⁸ *Karran T., Mallinson L.* Academic Freedom and World-Class Universities: A Virtuous Circle? *Higher Education Policy*. 2019. Vol. 32 (3). P. 401–404.

⁹ *Pettit Ph.* Republicanism: A Theory of Freedom and Government. Oxford. New York : Oxford University Press. 1997; *Skinner Q.* Liberty before Liberalism. Cambridge. New York : Cambridge University Press. 1998; *Skinner Q.* A Third Concept of Liberty. *Proceedings of the British Academy*. 2002. Vol. 117. P. 237–268.

¹⁰ *Skinner Q.* Liberty before Liberalism. Cambridge. New York : Cambridge University Press. 1998. P. 38–39.

в свободном сообществе¹¹. Иными словами, свобода как статус должна быть характеристикой и членов сообщества, и самого сообщества, чтобы можно было осмысленно говорить об академической свободе. Установление этой связи и сохранение ее в актуальной повестке дискуссий об академической свободе, на наш взгляд, является ключевым условием для поддержания конкурентоспособности университетов и производства знания в интересах общества в целом. Таким образом, республиканская теоретическая рамка позволяет наполнить практическим и политическим значением международное нормативное предписание.

2. Измерения академической автономии

Университетская автономия, согласно мнению экспертов, состоит в степени свободы университета по отношению к государству, обществу, бизнесу и студентам. Интересы этих стейкхолдеров принципиально различны и затрагивают разные сферы деятельности университетов¹². Специалисты выделяют шесть измерений институциональной автономии: управление, назначение преподавателей, взаимодействие со студентами, финансы, содержание образовательных программ, исследования¹³. Альтернативные подходы выделяют виды автономии по характеру взаимодействия с государством и основными стейкхолдерами. Например, исследование Х. де Бура и соавторов идентифицирует организационную, управленческую, интервенционную и финансовую автономию¹⁴.

Во всем мире происходит интенсивный процесс трансформации статуса университетов и их отношений с ключевыми стейкхолдерами¹⁵. Наиболее глубокие изменения переживает высшее образование в странах, включающихся в глобальное образовательное пространство и реформирующих в этой связи свои образовательные системы. Изменения связываются и с Болонским процессом, и с расширением доступности ВО¹⁶ и с его коммерциализацией, и с сокращением финансирования ВО в некоторых странах. В новой среде университеты и отдельные ученые соревнуются за ограниченные ресурсы. В итоге, как отмечает М. Хенкель, академическая свобода или автономия — это больше не права, которыми наделяется ученый, а результат сложного соглашения с акторами как внутри академического мира, так и за его пределами¹⁷.

В Европе растущая автономия университетов сопровождается появлением новых форм управления в духе концепции нового государственного менеджмента (New Public Management). Предположительно, автономный и самоуправляющийся университет будет более гибко реагировать на требования рынка и эффективнее управлять своими финансовыми и другими ресурсами. Однако делегирование государством функций управления самим университетам сопровождается формированием нового университетского менеджмента и переориентацией правительства на контроль показателей эффективности¹⁸. Поэтому парадоксальным образом увеличивающаяся автономия университетов в некоторых случаях может вести к сокращению академической свободы. Этот аргумент иногда используется, чтобы делегитимизировать обязательность связи между автономией университетов и академической свободой и показать, что автономия может даже угрожать академической свободе из-за злоупотреблений менеджмента¹⁹. Такое допущение вполне может обернуться и аргументом в пользу оправдания подчиненного положения университетов, но, в действительности, эта мысль шла бы вразрез с мировым трендом, а само допущение неоправданно упрощало бы текущую ситуацию.

Согласно авторитетному докладу ОЭСР, в большинстве европейских стран с 1990-х гг. происходит переход от строгого госконтроля к большей институциональной независимости университетов²⁰. Университеты становятся организациями с вертикально интегрированными структурами. Новые университеты приходят на смену системе с плохо связанными между собой факультетами и слабым центральным руководством. В России происходят аналогичные трансформации в системе управления²¹, хотя опыт коллегиального управления в нашей стране изначально был более ограничен.

Вне зависимости от того, эмпирическим или нормативным является аргумент об ограничении университетской автономии и изменении принципов управления организацией, трансформация структуры управления противоречит

¹¹ См. там же. С. 79.

¹² Кузьминов Я., Юдкевич М. Академическая свобода и стандарты поведения. Вопросы экономики. 2007. № 6 (6). С. 87.

¹³ OECD. OECD Reviews of Tertiary Education Tertiary Education for the Knowledge Society. Vol. 1. Vol. 2. OECD Publishing. 2008. P. 83.

¹⁴ De Boer H., Jongbloed B., Enders J., File J. Progress in Higher Education Reform across Europe: Governance Reform. 2013. Vol. 1 Executive Summary Main Report. См. альтернативные классификации в *Berdahl R.* Academic Freedom, Autonomy and Accountability in British Universities. Studies in Higher Education. 1990. Vol. 15 (2). P. 169–180.

¹⁵ Zgaga P. Reconsidering University Autonomy and Governance: From Academic Freedom to Institutional Autonomy. University Governance and Reform: Policy, Fads, and Experience in International Perspective, ed. by Schuetz H. G., Bruneau W., Grosjean G. International and Development Education. New York: Palgrave Macmillan US. 2012. P. 11–22

¹⁶ Schofer E., Meyer J. W. The Worldwide Expansion of Higher Education in the Twentieth Century. American Sociological Review. 2005. Vol. 70 (6). P. 898–920.

¹⁷ Henkel M. Academic Identity and Autonomy in a Changing Policy Environment. Higher Education. 2005. Vol. 49 (1). P. 170–171.

¹⁸ Estermann T., Nokkala T., Steinel M. University Autonomy in Europe. 2011. Brussels: European University Association.

¹⁹ Никольский В. Университетская автономия и академическая свобода. Высшее образование в России. 2008. № 6. С. 154.

²⁰ OECD. OECD Reviews of Tertiary Education Tertiary Education for the Knowledge Society. Vol. 1. Vol. 2. OECD Publishing. 2008. P. 91.

²¹ Кузьминов Я., Юдкевич М. Академическая свобода и стандарты поведения. Вопросы экономики. 2007. № 6 (6). С. 87.

республиканскому тезису о свободной жизни в свободном сообществе, поскольку последний предполагает участие свободного члена сообщества в управлении этим сообществом. Это «внутреннее» измерение университетской автономии подразумевает, в соответствии с рекомендацией ЮНЕСКО²², участие академического сообщества в управлении университетом, включая выборы органов управления, представительных органов, включая право критиковать работу университетов, в т. ч. свой собственный.

По мнению наблюдателей, внешние измерения автономии, обозначенные выше, в свете трансформаций последних десятилетий принимают разнонаправленные векторы. Например, Х. де Бур²³ и соавторы считают, что в сфере принятия решений о выработке своей политики и приоритетах университеты увеличивают свою автономию, а с точки зрения свободы от «вмешательства» их свобода остается серьезно ограниченной государством, которое оставляет за собой контролирующую функцию. Определение того, насколько степень автономии университетов в той или иной стране является высокой или низкой, рискует оставаться дискуссионным вопросом. Однако хорошим аппроксиматором автономии могут быть индексы и рейтинги академической свободы (прежде всего заслуживает внимания проект Европейской университетской ассоциации²⁴) или рейтинги эрозии университетской автономии (см. интересный пример рейтинга, составленного на основе данных о правовых инструментах защиты академической автономии²⁵).

3. Государство как стейкхолдер

Во многих странах существование сферы высшего образования находится в зависимости от государственного финансирования, следовательно, отношения с государством и будут определять большую долю внешнего измерения академической автономии. Однако внешнее измерение автономии, связанное с государством, претерпевает важные изменения. Т. Кристенсен утверждает, что рост формальной автономии университетов ведет к утрате реальной автономии. Это связано с сопровождающим автономию ростом требований к эффективности и подотчетности университетов²⁶. Н. Мачеридис и А. Паульсон на основании анализа 350 работ, посвященных эволюции подотчетности, отмечают, что в последние два десятилетия (с 2000 по 2018 гг.) наблюдается процесс, который они безоценочно определяют как «заотчетивание» (accountabilization)²⁷. Этот процесс набирает обороты под влиянием интернационализации высшего образования и ростом его массовости, т. е. ориентации его на рынок. Наибольшие изменения претерпели такие понятия, как: «эффективность», «рыночная ориентированность», «управление», «технология» (здесь, например, могут иметься в виду электронные сервисы) и «качество образования». За каждым параметром подотчетности стоят интересы стейкхолдеров, которые университеты должны четко понимать. Это может быть внутренний и внешний менеджмент, преподавательский корпус, студенты, общество в целом.

Т. Кристенсен указывает, что в результате перенастройки университетов на работу по подготовке к регулярному аудиту и проверкам эффективности формируется особая связь между менеджментом университетов и курирующими министерствами, что, в свою очередь, сказывается на отношениях между преподавателями и менеджментом²⁸. Менеджмент вынужденно принимает логику министерств, считывая природу и структуру стимулов, посылаемых от исполнительной власти. Поэтому отдельные исследователи констатируют формирование особого менеджериального режима в сфере ВО (Л. Хэнкок идентифицирует эти процессы как «корпоратизацию» и «коммерциализацию»²⁹). Корпоратизация способствует ориентации менеджмента, как внутреннего, так и внешнего государственного, на «результативность» и «метрификацию» процесса, что, в свою очередь, ведет к интенсификации академического труда. Л. Сулковский предлагает типологизацию понятия подотчетности (accountability) и связывает каждый из возможных вариантов ее применения с результатами для автономии вузов. Подотчетность призвана повышать легитимность университетов в обществе, она также может развивать сферу ВО, использоваться для мотивации, независимой оценки и выявления лучших практик для продвижения эффективных форм организационного поведения. Однако на практике чаще отчетность используется в значении стандартизации и механизации, вынуждая универси-

²² Recommendation Concerning the Status of Higher-Education Teaching Personnel [Электронный ресурс]. URL: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (дата обращения: 21.09.2021).

²³ Gornitzka A., Maassen P., de Boer H. Change in University Governance Structures in Continental Europe. Higher Education Quarterly. 2017. Vol. 71 (3). P. 281.

²⁴ Estermann T., Nokkala T., Steinel M. University Autonomy in Europe. 2011. Brussels: European University Association.

²⁵ Beiter K., Karan T., Appiagyei-Atua K. Measuring the Erosion of Academic Freedom as an International Human Right: A Report on the Legal Protection of Academic Freedom in Europe. Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2016. Vol. 49 (3). P. 597–691.

²⁶ Christensen T. University Governance Reforms: Potential Problems of More Autonomy? Higher Education. 2011. Vol. 62 (4). P. 504, 506.

²⁷ Macheridis N., Paulsson A. Tracing Accountability in Higher Education. Research in Education, 2021. February.

²⁸ Christensen T. University Governance Reforms: Potential Problems of More Autonomy? Higher Education. 2011. Vol. 62 (4). P. 512.

²⁹ Hancock L. Commercialization and Corporatization: Academic Freedom and Autonomy under Constraints in Australian Universities. Academic Freedom Under Siege: Higher Education in East Asia, the U. S. and Australia, ed. by Zhidong Hao and Peter Zabielskis. 2020. P. 219–246.

теты действовать проверенными, разрешенными способами. В этом случае отчетность означает усиление степени контроля³⁰.

Система отчетности и измеримости — постоянный источник дебатов как внутри академического сообщества, так и в обществе в целом. Исследуя эту тему, Р. Келчен ссылается на известный в теории общественного управления парадокс показателей (*performance paradox*), который заключается в том, что если какой-то набор показателей измеряется и отслеживается, то со временем неминуемо ослабляется корреляция между этими показателями и общей эффективностью³¹. Институты адаптируются к необходимости оптимизировать показатели по измеряемым критериям ценой показателей, на которые обращают меньше внимания³². Феномен «подгонки» результатов под необходимые показатели хорошо знаком наследникам командно-плановой экономики. Р. Келчен в исследовании отчетности университетов приходит к выводу о том, что системы показателей эффективности университетов должны состоять из достаточно широкого набора показателей, не связанных между собой, иначе рост одного показателя приведет к резкому перераспределению ресурсов для его выполнения³³.

Подотчетность ставит университеты в зависимость от контролирующего ведомства, институциональная автономия сокращается, а влияние доминирующей в обществе политической силы в вопросах академической автономии увеличивается. Смещение баланса сил в сторону контролирующей стороны неизбежно заставляет менеджмент вузов адаптироваться к «партийной линии». А это, в свою очередь, ставит перед обществом сложную дилемму: нужно ли, чтобы один из основных общественных институтов занимался свободным поиском ответов на широкий круг вопросов, самостоятельно определяя сферы таких поисков, включая политику, или необходимо, чтобы вузы направляли свои ресурсы только на те области, которые кажутся предпочтительными для политического истеблишмента, потому что он представляет волю избирателя? Последнее может привести к коррупции или разрушению самого института вуза как источника независимого и критического знания, а также чревато «провалами» и самоцензурой в научной сфере из-за того, что она следует за доминирующей силой, представленной в государственных институтах. Контраргумент состоит в том, что государство может и способствовать развитию отдельных сфер науки посредством специальных государственных программ³⁴. Впрочем, аргумент о развитии снова оборачивается вопросами о перераспределении существующих ресурсов или о выделении новых, а выделение дополнительных ресурсов — все о той же «партийной линии» или исследовательских потребностях.

Создание отчетности, позволяющей сохранить баланс между эффективностью и прозрачностью финансирования университетов и их автономией, — ключевой вопрос управления университетами. Этот вопрос занимает не только руководителей образовательных систем развитых стран, но и лидеров сектора высшего образования в развивающихся странах. Для данного исследования интерес представляют страны с традиционно сильной ролью государственного регулирования, стремящиеся к интернационализации высшего образования. Примером может быть сфера высшего образования в Китае, где сочетается государственное регулирование с беспрецедентными темпами роста объемов высшего образования и амбициозными показателями интернационализации. Перед государством, стремящимся вывести свои университеты на международный уровень, стоит выбор — распределять финансирование равномерно между всеми университетами, чтобы повысить общую образовательную планку, или выделить небольшую группу лидеров, нацеленных на «призовые места» в мировых рейтингах, и перераспределить ресурсы в их пользу. Китайское правительство идет по второму пути³⁵. Таким образом, китайские ученые из ведущих вузов, находящихся под пристальным вниманием представителей всей сферы высшего образования, работают под двойным давлением — перед ними стоят задачи включения в международную исследовательскую повестку и одновременно продвижения китайских «уникальных» ценностей на мировой арене. Две эти противоречивые задачи заставляют ученых аккуратно балансировать по идеологической рамке, рискуя, с одной стороны, оказаться идеологически некорректными, а с другой — быть непризнанными в международной науке³⁶. Таким образом, вмешательство государственной идеологии в науку ведет к сокращению исследовательских возможностей, в первую очередь в сфере гуманитарных и общественных наук³⁷.

³⁰ *Sulkowski L.* Accountability of University: Transition of Public Higher Education. *Entrepreneurial Business and Economics Review*, Centre for Strategic and International Entrepreneurship at the Cracow University of Economics. 2016. Vol. 4 (1). P. 9–21.

³¹ *Kelchen R.* Higher Education Accountability. Baltimore : Johns Hopkins University Press. 2018. С. 12.

³² *Dougherty K. J., Natow R. S.* Performance-Based Funding for Higher Education: How Well Does Neoliberal Theory Capture Neoliberal Practice? *Higher Education*. 2020. Vol. 80. P. 467–470.

³³ *Kelchen R.* Higher Education Accountability. Baltimore : Johns Hopkins University Press. 2018. С. 12, 25.

³⁴ *Никольский В.* Университетская автономия и академическая свобода. *Высшее образование в России*. 2008. № 6. С. 147–155.

³⁵ *Xuesong G., Yongyan Z.* Heavy mountains' for Chinese Humanities and Social Science Academics in the Quest for World-Class Universities. *Compare: A Journal of Comparative and International Education*. 2020. No. 50:4. P. 554–572.

³⁶ *Bodenhorn T.* Management and "Administerization" in China's Higher Education System: A View from the Trenches. *The China Quarterly*. 2020. No. 244. P. 975; *Li J.* Autonomy, Governance and the Chinese University 3.0: A Zhong-Yong Model from Comparative, Cultural and Contemporary Perspectives. *The China Quarterly*. 2020. No. 244. P. 1003.

³⁷ *Xuesong G., Yongyan Z.* Heavy Mountains' for Chinese Humanities and Social Science Academics in the Quest for World-Class Universities. *Compare: A Journal of Comparative and International Education*. 2020. No. 50:4. P. 560.

Турция является важным примером страны с исторически сильной ролью государства в ВО. Как пишет Б. Финдикли³⁸, в турецких вузах академическая свобода понимается как личная свобода преподавателей в отрыве от институциональной автономии. Ректор турецкого вуза — лицо подотчетное президенту, и политическая лояльность становится важным фактором при выборе руководителей. Назначенные ректоры воспроизводят паттерн лояльности в своих вузах при строительстве управленческой цепочки, что приводит к невозможности университетов принимать независимые решения и противостоять влиянию извне, а вектор университетской политики определяется интересами лиц, находящихся на ключевых государственных должностях³⁹.

В России государство также является ключевым стейкхолдером, регулятором и контролером жизни вузов. От его политики зависит развитие и выживание вузов. Например, используемые государством механизмы оценки вузов вполне могут вести к сокращению их количества⁴⁰, что, конечно, заставляет усомниться в возможности институциональной автономии как таковой. Скептически оценивают государственное регулирование сферы ВО и те исследователи, которые воспринимают происходящие в ВО изменения как навязывание международных норм⁴¹.

Д. Ендовицкий и соавторы провели важное качественное исследование того, как государственное регулирование и отношения с другими стейкхолдерами воспринимаются ректорами российских университетов. Исследование выявляет негативное восприятие опыта взаимодействия университетов с властью и бизнесом, в котором и те и другие навязывают университету свои интересы и «модели деятельности»⁴². Взятые у руководителей университетов интервью показывают, что ректорское сообщество воспринимает такое взаимодействие как «бессмысленную опеку». Участники исследования говорят о недостатке доверия, которое выражается в росте документооборота с региональными министерствами образования, затрудняющем развитие автономии. А если на такие отношения посмотреть через призму республиканского понимания свободы, то подобный надзор или «опека» со стороны государства вполне может стать фактором самоограничения как менеджмента, так и преподавателей в обсуждении чувствительных для доминирующей политической силы вопросов⁴³.

Степень подотчетности вузов государству заставляет думать о необходимости институтов, которые могли бы нейтрализовать, насколько это вообще возможно, политическое влияние доминирующей силы на управление вузами, чтобы предотвратить запуск механизмов самоограничения, которые снижают ценность самого университета.

4. Бизнес как стейкхолдер

Предположительно, диверсификация источников финансирования университетов ведет к усилению автономии и независимости, конкуренции в исследованиях, созданию стартапов и инвестициям в новые технологии⁴⁴. Модель, в которой автономия вузов поддерживается за счет снижения роли государства в финансировании в целом, поддерживается как рынок (стейкхолдеры из бизнеса видят в этом процессе новые возможности для инвестиций), так и престижными университетами (например, группой «Рассел» — группой крупнейших вузов Великобритании), которые давно и успешно реализуют эти практики⁴⁵.

С другой стороны, абсолютная финансовая автономия университетов и свобода от государственного вмешательства без учета социальной функции высшего образования может привести к опасным последствиям. Оставшись один на один со свободным рынком, университеты могут потерять рычаги контроля за ситуацией, что приведет к их неустойчивости и невозможности принимать долгосрочные решения⁴⁶. Л. Хэнкок приводит пример австралийского высшего образования, где ситуация усложняется сокращением государственного финансирования и появлением фактора доходов от платы за обучение иностранными студентами. Размер этих доходов периодами достигает третьей позиции в австралийском экспорте. Конкурируя за доходы из внешних источников, университеты принимают логику коммерческих компаний и перенаправляют средства в более доходные ис-

³⁸ Findikli B. A Republic of Scholars or Scholars of the Republic? Reflections on the Predicaments of Academic Freedom and University Autonomy in Turkey. Higher Educ Q. 2020. P. 5.

³⁹ Там же. С. 9.

⁴⁰ См. Guba K., Sokolov M., Tsvinskaya A. Fictitious Efficiency: What the Russian Survey of Performance of Higher Education Institutions Actually Assessed. Educational Studies Moscow. 2011. Vol. 1. P. 97–125.

⁴¹ Виньо А., Байков А. А., Калужнова Е. Implementation of International Norms in Russia: The Case of Higher Education. Высшее Образование в России. № 29 (8–9). С. 39–54.

⁴² Ендовицкий Д. А., Бубнов Ю. А., Гайдар К. М. Автономия современных российских университетов (взгляд со стороны ректорского корпуса). Высшее образование в России. 2020. № 29 (11). С. 25.

⁴³ Там же. С. 28.

⁴⁴ Sporn B. Governance and Administration. International Handbook of Higher Education. Part One. Altbach P., Forest J., Dordrecht : Springer. 2006. P. 148.

⁴⁵ Sulkowski L. Accountability of University: Transition of Public Higher Education. Entrepreneurial Business and Economics Review. Centre for Strategic and International Entrepreneurship at the Cracow University of Economics. 2016. Vol. 4 (1). P. 18.

⁴⁶ Simpson C., Marinov M. The Global Market Paradox of Stakeholder and Educational Values in Higher Education. (Re)Discovering University Autonomy, ed. by Turcan R. V., Reilly J. E., Bugaian L., Palgrave Macmillan, New York, 2016. P. 80–82.

следовательские направления, в результате чего часто проигрывают социально-гуманитарные направления⁴⁷. Кроме того, эти направления испытывают на себе и политическое давление, поскольку иностранным студентам, приезжающим преимущественно из стран Азии, может не нравиться то, как в преподаваемых дисциплинах освещается социально-экономическая ситуация в их странах. Аналогичный риск кроется в отношениях с бизнесом.

Коммерческие коллаборации университетов могут компрометировать их институциональную автономию в условиях жесткой конкуренции за ограниченные ресурсы. Университеты рискуют оказаться в неожиданной зависимости от бизнеса, поскольку заказчики исследований могут влиять на направление исследований, заявлять права на интеллектуальную собственность. Как показывает практика активной ориентации на доходы от частных доноров, результатом может стать самоцензура академического сообщества по отношению к вопросам, касающимся деятельности этих доноров⁴⁸.

Спонсорство исследований поднимает стратегические, политические и этические вопросы, которые требуют решений на институциональном уровне. Филантропия также рассматривается как один из возможных частичных заместителей государственного финансирования, но и здесь существуют серьезные ограничения — отсутствие культуры благотворительности и неустойчивость личного меценатства⁴⁹.

Поэтому в вопросе институциональной автономии важно контролировать как фактор государственного финансирования, так и коммерческую логику. Этот контроль важен с точки зрения гарантий интересов самого значимого стейкхолдера — общества в целом. Модель отношений государства с университетами может стать, с некоторыми оговорками, контрпримером⁵⁰.

5. Студенты как стейкхолдер (сервисная ориентированность)

Т. Кристенсен указывает и на другую важную переменную в формуле новых отношений, а именно сервисную ориентированность университетов. Теперь студент в новом качестве получателя услуг становится фактором, определяющим положение университета⁵¹. За таким студентом приходит и новая волна регулирования. Среди положительных эффектов Дж. Абербах и Т. Кристенсен называют тесное взаимодействие преподавателей и студентов и создание более благоприятной исследовательской среды. В этом случае, однако, ситуация остается различной для бесплатного общедоступного образовательного учреждения и престижного дорогого университета, в котором «заказчики» могут более активно требовать предоставления качественных услуг за свои деньги и имеют больше рычагов влияния⁵².

Студенты прямо или опосредованно влияют на многие процессы в университетах. Конкуренция за студентов и, следовательно, за финансирование, которое поступает от них или от государства за них, заставляет университеты заниматься такой непрофильной деятельностью, как продвижение и маркетинг, карьерные консультации и трудоустройство. Один из способов распределения государственного финансирования в сфере высшего образования — это государственные субсидии за каждого студента. Такой подход усиливает конкуренцию между вузами и ставит студента во главу угла, поскольку от его выбора зависит бюджет вуза. Исследователи отмечают, что в этом случае университеты остаются автономными. Однако борьба за лучших абитуриентов и их количество может привести к сокращению «непопулярных» программ и исследовательских направлений, что, в свою очередь, может существенно сократить личную академическую свободу преподавателей, вынужденных руководствоваться предпочтениями заказчика⁵³.

6. Общество как стейкхолдер, или Зачем нужна академическая автономия?

Многие эксперты сходятся во мнении, что ключевым стейкхолдером университетов является даже не государство, а общество в целом. Это связано с тем, что университет — это общественный институт, имеющий свою многовековую историю. Его общественно значимые функции состоят в производстве знания по широкому кругу отраслей, независимого от частного интереса, и вкладе в экономическое развитие.

⁴⁷ Hancock L. Commercialization and Corporatization: Academic Freedom and Autonomy under Constraints in Australian Universities. Academic Freedom under Siege: Higher Education in East Asia, the U. S. and Australia, ed. by Zhidong Hao and Peter Zabielskis. 2020. P. 240.

⁴⁸ Там же. С. 236–238.

⁴⁹ Badelt C. Private External Funding of Universities: Blind Alley or New Opening? Review of Managerial Science. 2020. No. 14 (2). P. 455–457.

⁵⁰ Nokkala T., Bladh A. Institutional Autonomy and Academic Freedom in the Nordic Context — Similarities and Differences. Higher Education Policy. 2014. Vol. 27 (1). P. 1–21.

⁵¹ Christensen T. University Governance Reforms: Potential Problems of More Autonomy? Higher Education. 2011. Vol. 62 (4). P. 503–517.

⁵² Aberbach J. D., Christensen T. Academic Autonomy and Freedom under Pressure: Severely Limited, or Alive and Kicking? Public Organizational Rev. 2018. No. 18. P. 502–503.

⁵³ Reilly J. E., Turcan R. V., Bugaian L. The Challenge of University Autonomy. (Re)Discovering University Autonomy, ed. by Turcan R. V., Reilly J. E., Bugaian L. Palgrave Macmillan, New York, 2016.

В отличие от политических партий, университеты должны производить критическое знание для общества, в т. ч. о самом обществе, без цели понравиться публике. Как замечает Дж. Коул, «университеты по своей природе должны быть неудобны»⁵⁴. В обязанности университетов входит критическая оценка любой ортодоксии и общественного консенсуса, при условии что это делается с опорой на доказательства и методы. Концентрация таланта, производство знания и вклад в экономическое развитие, прямой и косвенный, — все это делает высшее образование своего рода общим благом⁵⁵. Университеты дают обществу институциональные механизмы управления прогрессом и развитием. Согласно гипотезе о наибольшей вариативности знаний, У. Бовен утверждает, что университет как бизнес по производству знаний работает тем лучше, чем больше вариаций идей он способен сгенерировать. Академическая свобода должна способствовать максимально возможному разнообразию идей, и задача университета и общества состоит в том, чтобы оградить такое производство знаний от любых «вето»⁵⁶.

Автономный статус университетов имеет отношение и к общей конкурентоспособности национальных экономик. Доклад ОЭСР 2008 г. показывает, что университеты становятся условием глобальной конкуренции национальных экономик. Предполагается, что уровень образования рабочей силы будет связан с технологичностью и эффективностью экономики⁵⁷. Существует связь между автономией университетов и их результативностью, к такому выводу пришли авторы исследования университетов США и Европы, входящих в Шанхайский рейтинг, на основании данных о регистрируемых этими университетами патентах. Однако, как подчеркивают авторы исследования, связь автономии и результативности становится положительной только при соблюдении важного условия, а именно наличия конкуренции за источники финансирования⁵⁸. Распространение этой гипотезы на весь спектр того, что может относиться к результативности университетов, требует дальнейшего подтверждения данными. Поэтому исследователи предлагают разрабатывать и более комплексные рейтинги автономии с учетом интересов основных групп стейкхолдеров, включающих преподавателей, администрации, студентов, правительства, индустрии и общества в целом⁵⁹.

В этой связи важным оказывается восприятие академической автономии преподавателями вузов. Например, исследование Т. Карран и Л. Маллинсон о соответствии положения университетов в международном рейтинге THE говорит о том, что более высокая позиция университета в рейтинге, как правило, соответствует более высокой оценке преподавателями академической свободы в таком университете⁶⁰. Обращает на себя и кросс-национальное исследование восприятия преподавателями академической автономии, которое показывает, что эта ценность не является эксклюзивной ценностью университетов — лидеров мировых рейтингов, а разделяется и в других университетах и странах вне зависимости от их культурных и политических особенностей⁶¹. Это важное выражение тем, кто считает академическую свободу ценностью либо ушедших эпох, либо «западной» культуры.

Если принять в качестве гипотезы зависимость вклада университетов в производство знания от степени академической автономии, а также принять за данность ценность этого вклада для общества, следующим важным вопросом будет вопрос о наличии в вузе надлежащего управления. Именно оно может обеспечить тот результат, в котором заинтересовано общество. Напомним, что это «внутреннее измерение» академической автономии. Поэтому важным предметом общественной дискуссии могли бы стать именно механизмы, способствующие достижению университетами указанных целей и предотвращающие застойные явления.

Дж. Нотт и А. Пэйн в своем исследовании американских университетов показывают, что именно структура управления оказывается значимой независимой переменной во влиянии на ключевые показатели работы университетов: более автономные университеты привлекают больше финансирования как из бюджета, так и от частных инвесторов, а публикации преподавателей более автономных университетов цитируются чаще, чем публикации из более регулируемых университетов⁶².

⁵⁴ Cole J. Defending Academic Freedom and Free Inquiry. *Social Research*. 2009. Vol. 76 (3). P. 812; Collini S. *What Are Universities For?* London; New York; Penguin UK. 2012.

⁵⁵ Nixon J. *Higher Education and the Public Good: Imagining the University*. Bloomsbury Publishing. 2010. Tilak J.B.G. *Higher Education: A Public Good or a Commodity for Trade?* PROSPECTS. 2008. Vol. 38 (4). P. 449–466.

⁵⁶ Bowen W. M. *Higher Education, Governance, and Academic Freedom*. (Re)Discovering University Autonomy, ed. by Turcan R. V., Reilly J. E., Bugaian L. New York: Palgrave Macmillan, 2016. P. 50.

⁵⁷ OECD. *OECD Reviews of Tertiary Education Tertiary Education for the Knowledge Society*. Vol. 1. Vol. 2. OECD Publishing. 2008.

⁵⁸ Aghion P., Dewatripont M., Hoxby C., Mas-Colell A., Sapir A. *The Governance and Performance of Research Universities: Evidence from Europe and the U. S.* NBER Working Paper Series. 2009. No. w14851. Cambridge, Mass: National Bureau of Economic Research.

⁵⁹ Choi S. *Identifying Indicators of University Autonomy According to Stakeholders' Interests*. *Tertiary Education and Management* 2019. Vol. 25 (1). P. 17–29.

⁶⁰ Carran T., Mallinson L. *Academic Freedom and World-Class Universities: A Virtuous Circle?* *Higher Education Policy*. 2019. Vol. 32 (3). P. 397–417.

⁶¹ Silvernail K. D., Graso M., Salvador R. O., Miller J. K. *Perceived Fairness of Faculty Governance: A Study of 51 Countries*. *Higher Education*, 2021 April.

⁶² Knott J., Payne A. A. *The Impact of State Governance Structures on Management and Performance of Public Organizations: A Study of Higher Education Institutions*. *Journal of Policy Analysis and Management*. 2004. Vol. 23 (1). P. 13–30.

7. Обсуждение

Обсуждение темы академической свободы является одной из констант в академической жизни, своего рода маркером активности академического сообщества. Дискуссия об академической свободе и автономии имеет смысл, только если университеты признаются социально значимым институтом. В этом случае заинтересованность современных обществ в производстве знания, независимого от частного интереса, может быть в той или иной мере защищена. Общество оказывается единственным из рассмотренных нами стейкхолдеров, у которого нет конкретного представителя для выражения публичных интересов в дискуссии о развитии университетов и высшего образования. Именно поэтому в публичной дискуссии важно фиксировать рамочные принципы работы социально-значимых институтов, которые гарантировали бы автономность университетов в вопросе производства знания о государстве и обществе.

Эрозия академической автономии возможна тогда, когда зависимость университетов от ключевых стейкхолдеров становится критической для производства независимого знания. Исследования показывают, что во всем мире университеты попадают в зависимость от бизнеса, студентов и правительства в лице его регуляторов. Одновременно есть исследования, указывающие на большую «эффективность» университетов, обладающих более широкой автономией. А эффективность в исследованиях и образовании отвечает в первую очередь общественному интересу. Поэтому иногда и предпринимаются попытки формализовать оценку университетской автономии. Однако попытки создать формализованные шкалы оценки автономности университетов упираются в объективные ограничения универсальных критериев из-за разницы систем регулирования и финансирования университетов.

Поэтому нам представляется перспективным подход измерения субъективного восприятия утраты университетской автономии и последствий такой утраты для производства знания в интересах общества самими представителями академического сообщества. На это указывает выбранная нами республиканская интерпретативная рамка, поскольку она позволяет связать институциональную автономию в ее внешнем и внутреннем измерениях с пониманием индивида себя и своих действий. Восприятие академической свободы, таким образом, должно коррелировать с формальным автономным статусом академического института. Это направление исследований может быть и *перспективным* в связи с тем, что в академии разделяются ценности автономии вне зависимости от политического контекста, и *продуктивным* в связи с тем, что на данный момент существует не так много подобных исследований, особенно в постсоветском контексте.

Литература

1. *Виньо А., Байков А. А., Калужнова Е.* Имплементация зарубежных норм в российском высшем образовании: проблемы адаптации. Высшее образование в России. 2020. № 8–9 (29). С. 39–54.
2. *Губа К. С., Соколов М. М., Цивинская А. О.* Фиктивная эффективность: что на самом деле оценивал Мониторинг эффективности образовательных организаций. Вопросы образования. 2011, № 1. С. 97–125.
3. *Ендовицкий Д. А., Гайдар К. М.* Университетская наука и образование в контексте искусственного интеллекта. Высшее образование в России. 2021. Т. 30. № 6. С. 121–131.
4. *Кузьминов Я., Юдкевич М.* Академическая свобода и стандарты поведения. Вопросы экономики. 2007. № 6 (6). С. 80–93.
5. *Никольский В.* Университетская автономия и академическая свобода. Высшее образование в России. 2008 (6). С. 147–155.
6. *Aghion P., Dewatripont M., Hoxby C. and others.* The Governance and Performance of Research Universities: Evidence from Europe and the U. S. NBER Working Paper Series. Cambridge, Mass : National Bureau of Economic Research. 2009. No. w14851.
7. *Aberbach J. D., Christensen T.* Academic Autonomy and Freedom under Pressure: Severely Limited, or Alive and Kicking? Public Organiz Rev. 2018. No. 18. P. 487–506.
8. *Badelt C.* Private External Funding of Universities: Blind Alley or New Opening? Review of Managerial Science. 2020. No. 14 (2). P. 447–458.
9. *Beiter K., Karran T., Appiagyei-Atua K.* Measuring the Erosion of Academic Freedom as an International Human Right: A Report on the Legal Protection of Academic Freedom in Europe. Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2016. Vol. 49 (3). P. 597–691.
10. *Berdahl R.* Academic Freedom, Autonomy and Accountability in British Universities. Studies in Higher Education. 1990. Vol. 15 (2). P. 169–180.
11. *Bodenhorn T.* Management and “Administerization” in China’s Higher Education System: A View from the Trenches. The China Quarterly. 2020. No. 244. P. 969–987.
12. *Bowen W. M.* Higher Education, Governance, and Academic Freedom. (Re)Discovering University Autonomy. Ed. by Turcan R. V., Reilly J. E., Bugaian L. New York : Palgrave Macmillan, 2016.
13. *Choi S.* Identifying Indicators of University Autonomy According to Stakeholders’ Interests. Tertiary Education and Management 2019. Vol. 25 (1). P. 17–29.

14. *Christensen T.* University Governance Reforms: Potential Problems of More Autonomy? *Higher Education*. 2011. Vol. 62 (4). P. 503–517.
15. *Cole J.* Defending Academic Freedom and Free Inquiry. *Social Research*. 2009. Vol. 76 (3). P. 811–844.
16. *Collini S.* What Are Universities for? London ; New York : Penguin UK. 2012.
17. *Estermann T., Nokkala T., Steinel M.* University Autonomy in Europe. Brussels : European University Association. 2011.
18. *Gornitzka A., Maassen P., de Boer H.* Change in University Governance Structures in Continental Europe. *Higher Education Quarterly*. 2017. Vol. 71 (3). P. 274–289.
19. *Hancock L.* Commercialization and Corporatization: Academic Freedom and Autonomy under Constraints in Australian Universities Academic Freedom Under Siege: Higher Education in East Asia, the U. S. and Australia. Ed. by Zhidong Hao and Peter Zabielskis. 2020. P. 219–246.
20. *De Boer H., Jongbloed B., Enders J.* and others. Progress in Higher Education Reform across Europe: Governance Reform. 2013. Vol. 1. Executive Summary Main Report.
21. *Dougherty K. J., Natow R. S.* Performance-Based Funding for Higher Education: How Well Does Neoliberal Theory Capture Neoliberal Practice? *Higher Education*. 2020. Vol. 80. P. 457–478.
22. *Henkel M.* Academic Identity and Autonomy in a Changing Policy Environment. *Higher Education*. 2005. Vol. 49 (1). P. 155–176.
23. *Karran T., Mallinson L.* Academic Freedom and World-Class Universities: A Virtuous Circle? *Higher Education Policy*. 2019. Vol. 32 (3). P. 397–417.
24. *Knott J., Payne A. A.* The Impact of State Governance Structures on Management and Performance of Public Organizations: A Study of Higher Education Institutions. *Journal of Policy Analysis and Management*. 2004. Vol. 23 (1). P. 13–30.
25. *Li J.* Autonomy, Governance and the Chinese University 3.0: A Zhong–Yong Model from Comparative, Cultural and Contemporary Perspectives. *The China Quarterly*. 2020. No. 244.
26. *Macheridis N., Paulsson A.* Tracing Accountability in Higher Education. *Research in Education*, 2021 February. doi 10.1177/0034523721993143
27. *Nixon J.* Higher Education and the Public Good: Imagining the University. Bloomsbury Publishing. 2010.
28. *Nokkala T., Bladh A.* Institutional Autonomy and Academic Freedom in the Nordic Context — Similarities and Differences. *Higher Education Policy*. 2014. Vol. 27 (1). P. 1–21.
29. *Sporn B.* Governance and Administration. International handbook of Higher Education. Part One. Altbach P., Forest J. Dordrecht : Springer. 2006. P. 141–157.
30. *Simpson C., Marinov M.* The Global Market Paradox of Stakeholder and Educational Values in Higher Education. (Re) Discovering University Autonom. Ed. by Turcan R. V., Reilly J. E., Bugaian L. New York : Palgrave Macmillan, 2016. P. 73–84.
31. *Pettit P.* Republicanism: A Theory of Freedom and Government. Oxford; New York : Oxford University Press. 1997.
32. *Pettit P.* On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy. Cambridge; New York : Cambridge University Press. 2012.
33. *Schofer E., Meyer J. W.* The Worldwide Expansion of Higher Education in the Twentieth Century. *American Sociological Review*. 2005. Vol. 70 (6). P. 898–920.
34. *Schwartz M., Bowen W.* The Chief Purpose of Universities: Academic Discourse and Diversity of Ideas. Urban Affairs Books. 2010.
35. *Silvernail K. D., Graso M., Salvador R. O* and others. Perceived Fairness of Faculty Governance: A Study of 51 Countries. *Higher Education*, 2021 April.
36. *Skinner Q.* Liberty before Liberalism. Cambridge; New York : Cambridge University Press. 1998.
37. *Skinner Q.* A Third Concept of Liberty. *Proceedings of the British Academy*. 2002. Vol. 117. P. 237–268.
38. *Sulkowski L.* Accountability of University: Transition of Public Higher Education. *Entrepreneurial Business and Economics Review*, Centre for Strategic and International Entrepreneurship at the Cracow University of Economics. 2016. Vol. 4 (1). P. 9–21.
39. *Tilak J. B. G.* Higher Education: A Public Good or a Commodity for Trade? *Prospects*. 2008. Vol. 38 (4). P. 449–466.
40. *Xuesong G., Yongyan Z.* Heavy Mountains' for Chinese Humanities and Social Science Academics in the Quest for World-Class Universities. *Compare: A Journal of Comparative and International Education*. 2020. No. 50:4. P. 554–572.
41. *Zgaga P.* Reconsidering University Autonomy and Governance: From Academic Freedom to Institutional Autonomy. University Governance and Reform: Policy, Fads, and Experience in International Perspective. Ed. by Schuetze H. G., Bruneau W., Grosjean G. International and Development Education. New York : Palgrave Macmillan U S. 2012. P. 11–22.

References

1. Aghion, P., Dewatripont, M., Hoxby, C. and others. The Governance and Performance of Research Universities: Evidence from Europe and the U. S. NBER Working Paper Series. Cambridge, Mass : National Bureau of Economic Research. 2009. No. w14851.

2. Aberbach, J. D., Christensen, T. Academic Autonomy and Freedom under Pressure: Severely Limited, or Alive and Kicking? *Public Organiz Rev.* 2018. No. 18. P. 487–506.
3. Badelt, C. Private External Funding of Universities: Blind Alley or New Opening? *Review of Managerial Science.* 2020. No. 14 (2). P. 447–458.
4. Beiter, K., Karran, T., Appiagyei-Atua, K. Measuring' the Erosion of Academic Freedom as an International Human Right: A Report on the Legal Protection of Academic Freedom in Europe. *Vanderbilt Journal of Transnational Law.* 2016. Vol. 49 (3). P. 597–691.
5. Berdahl, R. Academic Freedom, Autonomy and Accountability in British Universities. *Studies in Higher Education.* 1990. Vol. 15 (2). P. 169–180.
6. Bodenhorn, T. Management and “Administerization” in China’s Higher Education System: A View from the Trenches. *The China Quarterly.* 2020. No. 244. P. 969–987.
7. Bowen, W. M. Higher Education, Governance, and Academic Freedom. (Re)Discovering University Autonomy. Ed. by Turcan, R. V., Reilly, J. E., Bugaian, L. New York : Palgrave Macmillan, 2016.
8. Choi, S. Identifying Indicators of University Autonomy According to Stakeholders’ Interests. *Tertiary Education and Management.* 2019. Vol. 25 (1). P. 17–29.
9. Christensen, T. University Governance Reforms: Potential Problems of More Autonomy? *Higher Education.* 2011. Vol. 62 (4). P. 503–517.
10. Cole, J. Defending Academic Freedom and Free Inquiry. *Social Research.* 2009. Vol. 76 (3). P. 811–844.
11. Collini, S. What Are Universities for? London ; New York : Penguin UK. 2012.
12. Crowley-Vigneau, A., Baykov, A. A., Kalyuzhnova, Y. Implementation of International Norms in Russia: The Case of Higher Education. *Higher Education in Russia [Vysshee obrazovanie v Rossii].* 2020. Vol. 29. No. 8/9. P. 39–54.
13. Estermann, T., Nokkala, T., Steinel, M. University Autonomy in Europe. Brussels : European University Association. 2011.
14. Gornitzka, A., Maassen, P., de Boer, H. Change in University Governance Structures in Continental Europe. *Higher Education Quarterly.* 2017. Vol. 71 (3). P. 274–289.
15. Guba, K., Sokolov, M., Tsivinskaya, A. Fictitious Efficiency: What the Russian Survey of Performance of Higher Education Institutions Actually Assessed [Fiktivnaya ehffektivnost’: chto na samom dele otsenival Monitoring ehffektivnosti obrazovatel’nykh organizatsii]. *Educational Studies Moscow [Voprosy obrazovaniya].* 2011. Vol. 1. P. 97–125. (In Rus.)
16. Hancock, L. Commercialization and Corporatization: Academic Freedom and Autonomy under Constraints in Australian Universities. *Academic Freedom Under Siege: Higher Education in East Asia, the U. S. and Australia.* Ed. by Zhidong, Hao and Peter, Zabielskis. 2020. P. 219–246.
17. De Boer, H., Jongbloed, B., Enders, J. and others. Progress in Higher Education Reform across Europe: Governance Reform. 2013. Vol. 1 Executive Summary Main Report.
18. Dougherty, K. J., Natow, R. S. Performance-Based Funding for Higher Education: How Well Does Neoliberal Theory Capture Neoliberal Practice? *Higher Education.* 2020. Vol. 80. P. 457–478.
19. Endovitskiy, D. A., Gaidar, K. M. University Science and Education in the Context of Artificial Intelligence [Universitetskaya nauka i obrazovanie v kontekste iskusstvennogo intellekta]. *Higher Education in Russia [Vysshee obrazovanie v Rossii].* 2021. Vol. 30, No. 6. P. 121–131. (In Rus.)
20. Henkel, M. Academic Identity and Autonomy in a Changing Policy Environment. *Higher Education.* 2005. Vol. 49 (1). P. 155–176.
21. Karran, T., Mallinson, L. Academic Freedom and World-Class Universities: A Virtuous Circle? *Higher Education Policy.* 2019. Vol. 32 (3). P. 397–417.
22. Knott, J., Payne, A. A. The Impact of State Governance Structures on Management and Performance of Public Organizations: A Study of Higher Education Institutions. *Journal of Policy Analysis and Management.* 2004. Vol. 23 (1). P. 13–30.
23. Kouzminov, Ya., Yudkevich, M. Academic Freedom and the Standards of Behavior [Akademicheskaya svoboda i standarty povedeniya]. *Economic Issues [Voprosy Ekonomiki].* 2007 (6). P. 80–93. (In Rus.)
24. Li, J. Autonomy, Governance and the Chinese University 3.0: A Zhong-Yong Model from Comparative, Cultural and Contemporary Perspectives. *The China Quarterly.* 2020. No. 244.
25. Macheridis, N., Paulsson, A. Tracing Accountability in Higher Education. *Research in Education,* 2021 February. doi 10.1177/0034523721993143
26. Nickolskiy, V. University Autonomy and Academic Freedom [Universitetskaya avtonomiya i akademicheskaya svoboda]. *Higher Education in Russia [Vysshee obrazovanie v Rossii].* 2008 (6). P. 147–155. (In Rus.)
27. Nixon, J. *Higher Education and the Public Good: Imagining the University.* Bloomsbury Publishing. 2010.
28. Nokkala, T., Bladh, A. Institutional Autonomy and Academic Freedom in the Nordic Context — Similarities and Differences. *Higher Education Policy.* 2014. Vol. 27 (1). P. 1–21.
29. Sporn, B. Governance and Administration. *International Handbook of Higher Education. Part One.* Altbach, P., Forest, J. Dordrecht : Springer. 2006. P. 141–157.

30. Simpson, C., Marinov, M. The Global Market Paradox of Stakeholder and Educational Values in Higher Education. (Re) Discovering University Autonomy ed. Turcan, R. V., Reilly, J. E., Bugaian, L. New York : Palgrave Macmillan, 2016. P. 73–84.
31. Pettit, P. Republicanism: A Theory of Freedom and Government. Oxford; New York : Oxford University Press, 1997.
32. Pettit, P. On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy. Cambridge; New York : Cambridge University Press, 2012.
33. Schofer, E., Meyer, J. W. The Worldwide Expansion of Higher Education in the Twentieth Century. *American Sociological Review*. 2005. Vol. 70 (6). P. 898–920.
34. Schwartz, M., Bowen, W. The Chief Purpose of Universities: Academic Discourse and Diversity of Ideas. Urban Affairs Books. 2010.
35. Silvernail, K. D., Graso, M., Salvador, R. O and others. Perceived Fairness of Faculty Governance: A Study of 51 Countries. *Higher Education*, 2021 April.
36. Skinner, Q. Liberty before Liberalism. Cambridge; New York : Cambridge University Press, 1998.
37. Skinner, Q. A Third Concept of Liberty. *Proceedings of the British Academy*. 2002. Vol. 117. P. 237–268.
38. Sulkowski, L. Accountability of University: Transition of Public Higher Education. *Entrepreneurial Business and Economics Review*, Centre for Strategic and International Entrepreneurship at the Cracow University of Economics. 2016. Vol. 4 (1). P. 9–21.
39. Tilak, J. B. G. Higher Education: A Public Good or a Commodity for Trade? *Prospects*. 2008. Vol. 38 (4). P. 449–466.
40. Xuesong, G., Yongyan, Z. Heavy Mountains' for Chinese Humanities and Social Science Academics in the Quest for World-Class Universities. *Compare: A Journal of Comparative and International Education*. 2020. No. 50:4. P. 554–572.
41. Zgaga, P. Reconsidering University Autonomy and Governance: From Academic Freedom to Institutional Autonomy. *University Governance and Reform: Policy, Fads, and Experience in International Perspective*. Ed. by Schuetze, H. G., Bruneau, W., Grosjean, G. International and Development Education. New York : Palgrave Macmillan U S. 2012. P. 11–22.

Невский форум: секция «Кризис доверия в современном правопорядке» (Санкт-Петербург, июнь 2021 г.)

Разуваев Николай Викторович

главный редактор журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», доктор юридических наук, заведующий кафедрой гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация; nrasuvaev@yandex.ru

Шмарко Ирина Константиновна

ответственный редактор журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация; shmarko-ik@ranepa.ru

26 июня 2021 г. в рамках Невского форума на юридическом факультете СЗИУ РАНХиГС была организована секция «Кризис доверия в современном правопорядке: угрозы и пути преодоления». В дискуссии принимали участие российские и зарубежные ученые и юристы-практики, обсуждались такие проблемы, как трансформация принципов правового государства в век постмодерна, политические и юридические угрозы стабильности правопорядка, средства развития диалога государства и личности, инструменты правовой коммуникации в условиях цифровизации.

Модератором секции выступил декан юридического факультета СЗИУ РАНХиГС Сергей Львович Сергеевич. В качестве спикеров на дискуссионной площадке выступили судья Конституционного суда Российской Федерации Александр Кокотов, заведующий кафедрой теории и истории государства и права СПбГУ Владислав Архипов, профессора кафедры теории и истории государства и права СПбГУ Джаневра Луковская, Андрей Поляков, Елена Тимошина, профессор кафедры теории и истории права и государства Воронежского государственного университета Владислав Денисенко, старший научный сотрудник кафедры теории и истории права и государства Волгоградской академии государственной службы Юрий Ветютнев, доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова Никита Малютин, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (филиал в Санкт-Петербурге) Ия Осветимская, директор Центра исследований проблем общественной безопасности и правопорядка при СЗИУ РАНХиГС Константин Мордвинов.

В числе приглашенных экспертов в мероприятии приняли участие профессор Университета Этвёша Лоранда (Венгрия) Иштван Хоффман и декан юридического факультета Университета г. Кель (Германия) Патрик Терри. Особую благодарность хотелось бы выразить профессору кафедры правоведения СЗИУ Людмиле Ескиной и доценту кафедры правоведения Валентине Есеновой, чьи доклады прозвучали на секции. В настоящем обзоре представляем вниманию читателей тезисы выступления некоторых участников.

Кокотов Александр Николаевич¹. Доверие в первом приближении можно определить как социально-психологический настрой людей на восприятие чужих действий как своих собственных, как предсказуемо обеспечивающих наши собственные интересы. Доверие — это готовность людей поддерживать правила общего поведения, обеспечивать взаимодействие. Такое понимание доверия очень важно для сложных изменчивых отношений, глубокого разделения труда, характерного для современного общества. Это и способ преодоления отчуждения в общественных отношениях между разными группами, слоями населения, в том числе с противоположными интересами, это то социальное чувство, которое помогает представителям разных классов, групп терпеть друг друга в обществе, взаимодействовать, несмотря на все противоречия, которые у них существуют, путем достижения консенсуса, который в идеале должен быть демократическим. Доверие — это один из видов социально-правового капитала, без которого невозможен никакой правопорядок.

Доверие в сфере права имеет несколько измерений: с одной стороны, это предмет правового регулирования, в рамках которого выделяют в том числе специальный набор понятий, конструкций в разных отраслях права. Например, наиболее значимый конституционный принцип доверия, который мы извлекаем, например, из преамбулы ст. 15, ст. 1 Конституции России, — принцип, который интерпретируется Конституционным судом РФ как имеющий особую социальную ценность и значимость, играющий роль поддержания доверия к закону и действиям государства, разным

¹ Судья Конституционного суда Российской Федерации, доктор юридических наук.

социальным институтам. В разных позициях Конституционного суда можно найти обращение к этому принципу, где суд показывает, что принцип этот должен приниматься законодателем во внимание.

Конечно доверие выступает значимым базисом правового поведения. Доверие, по мнению Конституционного суда, — это важный критерий в рамках социально-правовой действительности. Здесь принцип доверия выступает как правовой идеал, эталон общеправового и общесоциального значения, через призму которого только и можно осуществлять проверку явлений социально-правовой действительности. В этом необычном, далеком от нас мета-правовом пространстве доверие и недоверие выступает в качестве поведенческого выражения фундаментальных не только для права, но и социума в целом начал, таких как справедливость, свобода, необходимость. Если доверие по определению наличествует в правовом порядке, в чем же проблема и нужно ли говорить о кризисе правового порядка? Важно не только наличие доверия как такового, но и уровень, качество доверия, наличие того консенсуса в обществе, на основе которого такое доверие как основа общественного развития только и может существовать.

Не надо заглядывать в данные социологических опросов по доверию, чтобы констатировать, что кризис доверия в настоящее время существует. Любой кризис — источник для развития, движения вперед, для развития общества. Конечно, кризис доверия в правовом порядке выражается в запредельном уровне недоверия между людьми, принадлежащим разным группам. Например, запредельный разрыв в уровне доходов становится источником кризиса, в том числе и доверия.

Доверие может иметь разные проявления и качества. Одно дело — подлинно доверительные отношения между разными группами, людьми, и другое дело — слепая доверчивость к тому, что делают власти предрешающие. По моему мнению, в нашем обществе слепая доверчивость, как проявление патерналистских начал, представляет проблему, в том числе для современного правового порядка и его развития. В рамках развития правового порядка важно обратить внимание на те локомотивные общественные группы, если они есть в обществе, которые могут его двигать вперед на основе политического консенсуса, верховенства права. Развитие правового порядка возможно только на основе доверительных отношений представителей разных социальных групп. В целом площадки, где могут договариваться между собой представители разных конфессий, классов, групп, существуют. Но насколько они эффективно работают (государственные институты, профсоюзы и т. п.)?

О кризисе доверия говорил Иван Александрович Ильин, когда обращал внимание на то, что взаимное недоверие — сила, разрушающая правовой порядок и государство; взаимное недоверие усиливает и разжигает центробежное тяготение различных классов, и если классовая солидарность не сложилась в душах, не окрепла, не осознанна в достаточной мере, то правовое единение разрешается в гражданскую войну и государство распадается. И. А. Ильин также писал, что государство вообще не может существовать, если оно превращается в систему взаимного недоверия, подозрения, если власть не доверяет гражданам, то это значит, что она ожидает от них дурных и противоправных влияний, она не надеется на их правосознание и потому признает их неблагонадежными, она испытывает их волеуправление как противогосударственное или противоправительственное, усматривает в их действиях крамолу и диверсию и при первом же поводе провозглашает их внутренними или классовыми врагами. Очень давно писал эти строки Ильин, но как будто они написаны вчера. Мне хотелось бы обратить внимание на ст. 2 Конституции России, которая говорит о приоритете прав и свобод граждан.

Только на демократическом консенсусе возможно общеправовое доверие. И одно из слагаемых этого консенсуса — приоритет прав и свобод. Государство, как бы тяжело ни было двигаться в этом направлении, должно обеспечить приоритет прав и свобод — главное условие обеспечения доверия в сфере национального правового порядка. В некоторых решениях Конституционного суда мы можем увидеть косвенную попытку уклонения от этого важного конституционного положения, как мешающего стране защищать свой суверенитет, когда мы от приоритета прав и свобод переходим к приоритету запретов, обязанностей. Но все же права должны иметь приоритет. Например, введение режима ограничительных мер в условиях пандемии Covid-19, оправданных самих по себе, постепенно формирует у публичной власти вкус к использованию ограничительных мер не только в чрезвычайных ситуациях, но и в обычных условиях. Это опасно. И в этих условиях исполнительная власть получает определенный приоритет перед другими ветвями органов власти.

В свете сказанного ранее хотелось бы обратить внимание на две тенденции, которые демонстрируют движение от приоритета прав на приоритет ограничений: наметилась тенденция ограничения прав, в том числе политических прав отдельных категорий лиц, которые лишаются своих прав на бессрочной основе, — например, лишение пассивного избирательного права лиц, имеющих судимость за тяжкие и особо тяжкие преступления, и др. Конституционный суд в своем постановлении подтвердил, что такое ограничение прав возможно. Но не могут же быть такие ограничения бессрочными. Таким образом, если сохранится данная тенденция смещения приоритета с прав на обязанности, то мы рискуем слишком далеко уйти в этом направлении.

Луковская Дженебра Игоревна². Мне бы хотелось рассмотреть вопрос справедливости как условия доверия к праву. Во-первых, я исхожу из понимания справедливости, как коренящейся в природе права, как его имма-

² Доктор юридических наук, заведующая кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

нентной характеристике, а не внешнего начала, оказывающего влияние на право. Во-вторых, я считаю, что в праве заключено стремление к справедливости, правильности. Право, права, справедливость образуют единое идейное смысловое поле. Во-вторых, благодаря присутствию в праве справедливости, оно получает моральное обоснование, и при таком подходе справедливость в ее взаимоотношении со свободой, равенством в свободе вносит в понятие свободы то нравственное постоянство, которое, как утверждал Сократ в его полемике с софистами, препятствует превращению свободы в стихийный произвол, с тем чтобы свобода стала «нравственной и достойной человека».

Доверие к праву в распространенном понимании правовой легитимности предполагает внешнюю оценку законов, всего действующего правопорядка. Как измерить эту оценку? Да, конечно, могут проводиться социологические опросы, но даже такой известный исследователь социологических аспектов легитимности, как И. Л. Честнов, считает количественное измерение трудноразрешимой проблемой. Со своей стороны хотелось бы подчеркнуть, что законы, действующие в социуме, в том числе правовые законы, не подобны природному объекту со стороны наблюдающего субъекта, общества, группы, индивида. Субъект оценивает право как вызывающее или не вызывающее доверие в качестве участника правовой жизни общества. Доверие к праву выражается во взаимно доверительных, уважительных договорных и иных отношениях субъектов, наделенных правами и обязанностями.

Право, как писал Фехнер, поскольку оно включает деятельное подтверждение чужого существования именно в доверительных отношениях желающих свободы субъектов, находит свое наивысшее воплощение, так что все правовое взаимодействие покоится на этом основании, а без него не было бы и общества. Такие доверительные отношения и оказываются основой формирования справедливости как особого правового социального института.

Поляков Андрей Васильевич³. Я попытаюсь рассмотреть связь доверия с правовой коммуникацией, изучением которой я занимаюсь, и наметить еще один возможный теоретический подход к объяснению феномена доверия. В праве доверие проявляется через субъект-субъектные отношения и теснейшим образом связано с поведением. Доверие в этом ракурсе предполагает предсказуемость поведения другого, причем это поведение должно быть воспринято доверителем как оправданное, т. е. имеющее право на существование, следовательно, признаваемое таким доверителем.

Доверие, таким образом, появляется при условии соблюдения всеми коммуникантами определенных правил, имеющих для них ценностное значение (которые легитимируются в правосознании общества).

Кому не доверяют? Тому, от кого можно ждать непредсказуемых действий. Доверие несовместимо с опасностью, исходящей от другого. Доверие предполагает безопасность таких отношений. Примерно в таком духе высказываются о доверии те, кто исследовал этот феномен. Например, Александр Николаевич Кокотов в одной из своих работ определяет доверие как «полагание на чужие действия, восприятие их как собственных... Доверие выражается в готовности людей вырабатывать, соблюдать и крепить общие правила поведения в ожидании того, что и другие будут действовать так же»⁴.

Похожие идеи можно найти и у польского социолога Петра Штомпки. Штомпка определяет доверие через «парадигмальную триаду», которая включает в себя: а) ожидание добросовестного и договорного поведения других людей по отношению к вам; б) ваше обязательство не нарушать ожидания других в отношении ваших действий; в) ограничение своих интересов в пользу тех, кому вы доверяете, т. е. солидарность⁵. Аналогичные высказывания встречаются в работах и других авторов.

Для того чтобы свести все эти мысли воедино, необходимо обратиться к человеческому поведению и его мотивам. Мне представляется, что основы формирования доверия следует искать в теории рационального поведения и рационального выбора. Поведение человека в большей своей части, и особенно применительно к праву, по преимуществу рационально. Этому не противоречит то обстоятельство, что человеческая личность и ее поведение формируются и зависят от многих факторов: биологических, социальных, психических (включая подсознание), культурных. Они влияют на рациональный выбор, но не могут подменить его полностью, не могут отменить свободу человеческого выбора.

Если бы это произошло, то и права бы не было, поскольку из него тогда пропала бы ответственность за совершенный человеком выбор. А нормы права из правил должного поведения превратились бы в причинно-следственные отношения, что убило бы идею права на корню. Отношение к объективированным формам права также является результатом рационального выбора. Это означает, что, решая вопрос признания или непризнания существующих правовых предписаний, человек принимает решение на основе своего сознательного, но непременно ценностного выбора. Этот выбор предполагает взвешивание (ранжирование) выгод (благ) и убытков (негативных последствий) в случае совершения тех или иных действий, включая невыгодные последствия применения санкций к нарушителям предписаний.

Любой человек, в силу рациональности своей природы, стремится максимизировать (увеличить) свое благосостояние, т. е. приобщиться к наибольшему количеству ценностей (благ и выгод) и избежать по возможности невыгод, убытков, трат, негативных последствий. Уточню сразу, что духовные блага также являются необходимой частью

³ Доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права СПбГУ.

⁴ Кокотов А. Н. Доверие. Недоверие. Право. М. : Юрист, 2004. С. 14.

⁵ См.: Штомпка П. Доверие — основа общества. Изд. 2-е. М. : Логос, 2012. С. 14.

благополучия и даже могут превалировать в чем-то сознании. Стремление к добру (добродетелям) и стремление избегать зла (пороков, грехов) — это также стремление к максимизации благополучия. (Стяжание Духа Святого — тому пример. Стяжательство может быть святым делом!)

Отсюда и проистекает предварительный вывод о том, что доверие человек может испытывать только к таким отношениям, вещам, институтам и т. д., которые способствуют увеличению (максимизации) его благополучия (служат ему во благо). И хотя ценности у людей могут быть весьма разными, доверие, как превалирующее общественное состояние (например, доверие к правопорядку), возможно только в том случае, если сами объективированные формы нормативных предписаний отражают именно общие и основные для всех ценности, т. е. ценности высшего ранга.

Если постараться объединить озвученные мною идеи, то можно сказать, что доверие — отношение к другому и к его возможным действиям как к действиям легитимным (правомерным), предсказуемым, учитывающим ожидания другого. Доверие означает, что доверяющий не ожидает от доверителя поведения, которое носило бы противоправный характер (т. е. посягающее на его права и тем самым отрицающее взаимность).

В этих констатациях, таким образом, неизменно присутствует то, что можно назвать взаимностью или реципрокностью. Также в представлениях о доверии неизменно присутствует (зачастую имплицитно) то, что можно назвать признанием. Личностное признание в правовом смысле — это восприятие другого человека как коммуникативной личности, т. е. личности, наделенной когнитивными способностями и психическими эмоциями, позволяющими ему быть субъектом прав и обязанностей. От личностного, субъект-субъектного признания следует отличать субъект-объектное признание. Например, признание (легитимацию) существующих законов.

Доверие с этих позиций — это следствие реализации в человеческих отношениях принципа взаимного признания правосубъектности. Данный принцип не придуман теоретиками, а открыт через опыт и анализ человеческих коммуникаций.

Если человек способен познать ценность своего «я», то он способен признать и ценность другого «я», такого же, но другого. Только через такое признание ценность его собственного «я» получает признание со стороны другого, и только таким образом, через взаимное признание, возникает сама возможность существования права. Отражение этого принципа можно найти как в религиозных текстах (возлюби ближнего своего как самого себя и др.), так и в общечеловеческих образцах морали — например, в «золотом правиле» (относись к другому так, как ты хотел бы, чтобы относились к тебе). Не обошли этот принцип и философы. Достаточно вспомнить И. Канта с его категорическим императивом. Не остались в стороне ни И. Г. Фихте, ни Г. В. Ф. Гегель, не говоря уж о современных мыслителях (Ф. Фукуяма, П. Рикёр, А. Хоннет, М. Энафф и др.).

По сути, этот принцип означает признание человека и его прав высшей ценностью. Но также он означает признание разумной человеческой свободы (свободы воли и социальной свободы) как основы человеческой личности, признание формального равенства всех в наделенности основными правами и обязанностями, признание взаимной ответственности всех за собственное поведение, собственный выбор. Он означает также признание равного достоинства людей и солидарности в отношениях через реализацию взаимных прав и обязанностей. Из этих основ выводятся все иные права и свободы, признанные сегодня и составляющие правовой фундамент для развития доверия в праве.

Основанием для такого заявления служит тот факт, что именно означенные ценности и являются максимально общими и максимально значимыми для всех людей, гарантируя им свободное развитие и безопасность. Поэтому я бы сказал так: правовое доверие есть там, где есть взаимное уважение к правам и обязанностям граждан и взаимное признание прав и обязанностей государства (которые носят подчиненный характер). Правовое доверие есть там, где достоинство человека оберегается как зеница ока. Такого рода взаимное признание правосубъектности означает и справедливость подобных отношений. Справедливость самого права и способов его реализации также являются основаниями для доверия граждан к праву и государству.

Укрепляя и развивая принцип взаимного признания, т. е. коммуникативные права и обязанности субъектов, мы будем тем самым укреплять и доверие между ними и государством. Ничто так не укрепляет правовое доверие, как взаимное признание и соблюдение солидарных и суверенных прав и обязанностей как граждан, так и государства. Такие права имеют и индивидуальный, и коллективный характер, включают в себя и социальные права, но реализуются они наилучшим образом в условиях социальной и правовой государственности, в условиях делиберативной демократии.

Действия власти, которые подрывают доверие, даже в случае декларируемого взаимного признания, — это их возможная нечестность и несправедливость. Нечестность проявляется в неисполнении тех ожиданий, которые вытекают из декларируемых обязательств. Несправедливость — это действия власти вопреки установленным и признанным правам и свободам.

От *правового* доверия как диалогической коммуникации следует отличать *неправовое* доверие как монологическую коммуникацию. В правовой коммуникации доверие строится на взаимном обмене правами и обязанностями. В неправовой коммуникации (монологической) имеет место доверие как «вручение себя» власти (по Ю. Лотману)⁶.

⁶ См.: Лотман Ю. М. «Договор» и «вручение себя» как архетипические модели культуры. Избранные статьи: в 3 т. Т. 3. Таллин : Александра, 1993. С. 345–355.

В этом случае отсутствуют взаимные права и обязанности, т. е. имеет место отказ от собственных прав в пользу бесправного служения власти (сервиллизм). Такое служение предполагает, что власть может в одностороннем порядке распоряжаться человеком по своему усмотрению (не по праву), вплоть до лишения его жизни. Здесь доверие (вернее, преданность) выступает, скорее, как добровольное жертвоприношение государству, что имело место как в древних деспотиях и теократиях, так отчасти и в известных тоталитарных государствах.

И в этой связи нельзя не вспомнить предостережение И. А. Ильина, которого трудно заподозрить в излишнем либерализме, против неправового восприятия доверия. «Именно уважение к себе как духу, — писал Ильин, — лежит в основании жизненной борьбы за субъективное право. Чувство собственного достоинства устанавливает в этой борьбе... грань, от которой начинается невозможность поступать своими правами, — таковы все права личной свободы...» Отсутствие свободы личности губительно для государства. «Напрасно... сторонники деспотизма, — писал Ильин, — ...пытаются утвердить правопорядок и государственность вне автономного субъекта прав... Человек, совершенно лишенный прав на внешнее самоопределение, никогда не станет гражданином...» Поэтому «режим, подавляющий автономию духа, воспитывает в гражданах безмолвие и пассивность... Такой человек является не гражданином, а подданным, несущим в душе своей уклад ленивого холопа»⁷.

Нет сомнений в том, что ленивый холоп сможет и обязательно будет прислуживать власти, но он никогда не сможет ей доверять в правовом смысле! Поэтому в возможно полной реализации на практике мыслей И. А. Ильина об автономном субъекте права — гражданине и заключается, на мой взгляд, основное средство поддержания доверия общества к правопорядку и государству.

Тимошина Елена Владимировна⁸. Я бы хотела рассмотреть, возможно, частный вопрос теории юридического толкования, который я бы обозначила как вопрос доверия судьбы к законодателю и его замыслу, выраженному в тексте закона. Я имею в виду не реальных судью и законодателя, а то, как отношения между ними представляются в современных доктринах толкования. Любая теория толкования предполагает определенную этику толкования, элементом которой является и вопрос доверия к тексту и его автору.

Теории толкования мы можем типизировать в зависимости от того, как в их рамках выстраиваются отношения в треугольнике автор — текст — интерпретатор, применительно к теории юридического толкования это отношения в треугольнике законодатель — текст закона — судья-интерпретатор. Соответственно, можно выделить автороцентричный подход с характерной для него позицией интерпретационного реализма — реализма в смысле позиции, отстаивающей реальность автора и его замысла. На смену ему пришли релятивистские стратегии толкования, которые фокусировали внимание сначала на тексте без автора, изолировав текст от автора, и в этом смысле мы можем говорить о текстоцентричных концепциях толкования, а затем — уже исключительно на фигуре интерпретатора, освободив его от обязанности познания смысла текста и ответственности за «неправильную» интерпретацию.

Классическая автороцентричная теория толкования имела своим основанием безусловное доверие к автору текста и убеждение в возможности познания его истинного смысла. С учетом логоцентричных оснований теорий толкования «смерть Бога» (Ф. Ницше) и последовавшая за ней «смерть Автора» (Р. Барт) могут быть осмыслены как культурные события, обусловившие радикальные трансформации в теории юридической интерпретации. В постмодернистских концепциях интерпретации автор был дискредитирован, а смыслопорождающей фигурой дискурса стал интерпретатор. В теориях юридической интерпретации это обусловило доминирование фигуры судьи в треугольнике «законодатель — закон — судья». Соответственно, мы можем говорить о «смерти» законодателя в смысле утраты доверия к нему как источнику смысла. В современных теориях юридического толкования, исходящих из позиции герменевтического агностицизма, отстаивается тезис о том, что нормы в качестве смысла текста волюнтаристски, *ex nihilo*, устанавливаются судьей-интерпретатором (в том числе и нормы конституции, определяющие его полномочия) и не существуют в правовом порядке до акта судебного «толкования». Разрушение связи между автором, текстом и смыслом в современных доктринах толкования права коррелятивно лозунгу Р. Барта о смерти автора и смысла, открывающему возможность ничем не стесненного смыслопорождения, что имеет отголоски в современных доктринах «эволютивного толкования», «живого конституционализма» и «подразумеваемых прав».

Стратегия толкования, отрицающая существование автора и независимого от интерпретатора смысла, в конечном счете отрицает и самого интерпретатора. Возможности преодоления последствий деконструкции смысла просматриваются на пути обоснования позиции интерпретационного реализма.

Архипов Владислав Владимирович⁹. Состояние общества, в котором происходит утрата доверия к институтам, ранее обладавшим монополией на производство достоверной общественно значимой информации, называется «постправдой», которое стало «словом года», по версии Oxford Dictionaries в 2016 г. Считается, что в таком значении оно впервые было использовано в 1992 г. в эссе Стива Тесича под названием „A Government of Lies“, опубликованном в журнале The Nation¹⁰.

⁷ Ильин И. А. О сущности правосознания. М.: Рарог, 1993. С. 351.

⁸ Доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права СПбГУ.

⁹ Доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

¹⁰ Tesich S. A Government of Lies. The Nation. 1992. January 6/13. P. 12–13.

Например, позиция Дж. Харсина заключается в представлении, что концепция «постправды» соотносится с идеей К. Маркса о том, что людям становится известно о классовых противоречиях в капитализме через широкие культурные формы (юридические, политические, эстетические или философские), тогда как эти формы — продукт «великих иллюзионистов»¹¹. Общей идеей, стоящей за термином «постправда», по мнению Дж. Харсина, является «не то, что обычные граждане видят мир с искажением, обусловленным идеологией мыслителей правящего класса, но что «популярные» концепции реальности стали запутанными или подозрительными из-за пресыщенности репрезентации реальности играми, относящимися к экспертно-исполненному стратегическому обману».

Как писала С. В. Тихонова, «...в литературе постправда трактуется как самостоятельный концепт медиадискурса, обладающий отрицательными коннотациями и подчеркивающий влияние интерпретаций по сравнению с фактографией. Однако суть постправды сводится к вере, для которой принципиально личностно-эмоциональное отношение к предмету сообщения. Постправда совмещает глобальное с приватным, разоблачение секретов и раздувание скандалов создает близких и понятных героев в условиях дефрагментации жизненного пространства личности»¹².

«Настоящее» в условиях постправды — это объект отношений, обладающий социально-валютой ценностью (и реален он именно в том смысле, в котором он имеет ценность). Остальное — симулякры. В результате происходит разрушение традиционной, составляющей часть социальной реальности повседневности, монополии на производство правды централизованными институтами; институты, осуществляющие в социологическом смысле «производство» знания, которое считается достоверным (концепция Интернета в целом), становятся децентрализованными. Осуществляется переход от Web 1.0 к Web 2.0 с его пользовательским контентом, а затем появляется информационное пространство, монополизированное несколькими крупными интернет-корпорациями, использующими алгоритмы.

В этих условиях возникает вопрос: сохраняет ли право свою роль как коммуникация? Постановка такого вопроса правомерна в рамках концепций, включающих как минимум отдельные элементы коммуникативной методологии. Если считать, что право как система в качестве структурного элемента включает «происходящие в сознании субъектов социально обусловленные процессы интерпретации и легитимации правовых текстов», при том что в рамках механизма действия права правовые нормы конституируются в сознании субъектов в результате информационного и ценностного воздействия, то закономерным будет вывод о том, что манипуляции с таким информационным воздействием могут повлиять на действие права¹³.

Что же представляет собой принцип добросовестности в этой реальности? С одной стороны, «...начало доброй совести, введенное в надлежащие рамки, означает не что иное, как *честность в отношениях между людьми*. Оно означает, что каждый должен оправдать то доверие, без которого невозможно совершение гражданских сделок... Начало доброй совести означает *борьбу с прямым или косвенным обманом, с использованием чужого заблуждения или непонимания*»¹⁴. С другой стороны, ключевой составляющей условий постправды является своего рода тотальная взаимная утрата доверия или даже иллюзии доверия на фоне или при доминировании недостоверной информации либо утраты определенности в том, чем же она отличается от достоверной. Право в рамках прежней парадигмы отношений строилось на основе принципа взаимного доверия. Сейчас же можно наблюдать фактический переход к «взаимному гарантированному недоверию» (по аналогии с принципом «взаимного гарантированного уничтожения» как *sui generis* гарантии мира). В этих условиях очевидно, что право находится в кризисе и необходимо искать из него выход, которым может стать технология, создающая доверительную среду вне принципа добросовестности посредством использования технологических алгоритмов, в частности, блокчейна.

Иштван Хоффман¹⁵. Пандемия COVID-19 оказала значительное влияние на административную систему разных государств, в том числе и Венгрии. Пандемии можно интерпретировать как «стресс-тест устойчивости» административных систем и как вызов доверию к этим системам. Во время пандемии административно-процессуальное право в Венгрии было частично преобразовано. Прежде всего были введены так называемые «подтвержденные уведомления», посредством которых была преобразована разрешительная деятельность административных органов и в какой-то мере заменены положения Закона CL 2016 г. о Кодексе общего административного судопроизводства

¹¹ Harsin J. Post-Truth and Critical Communication (2018) [Электронный ресурс]. Oxford Research Encyclopedia of Communication. ResearchGate. URL: https://www.researchgate.net/publication/272752872_Regimes_of_Post-truth_Post-politics_and_Attention_Economies (дата обращения: 10.05.2021).

¹² Тихонова С. В. Конкуренция науки и лженауки в эпоху постправды. Известия Саратовского ун-та. Нов. сер. Сер.: Философия. Психология. Педагогика. 2018. Т. 18. Вып. 3. С. 289.

¹³ См.: Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права. Изд. 3-е, испр. и доп. СПб.: Изд. СПбГУ, 2017. С. 103, 275.

¹⁴ Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве. Известия Академии наук СССР. 1946. № 6. С. 432.

¹⁵ Доктор юридических наук, профессор кафедры административного права юридического факультета Университета Eötvös Loránd, Будапешт, Венгрия; старший научный сотрудник Центра социальных наук Института исследований в области права, Будапешт, Венгрия; профессор кафедры права и управления факультета публичного международного права Университета им. Мари Кюри-Складовской, Люблин, Польша (Lublin, Poland, Faculty of Law and Administration, Department of Public International Law).

(далее CGAP)¹⁶. Изменился и статус органов местного самоуправления. Финансовая автономия муниципалитетов была ограничена, во-первых, переводом нескольких местных налогов на уровень государственных налогов и изменением размера их ставок и, во-вторых, созданием особых экономических зон. Также были внесены изменения в процедуры принятия решений в муниципалитетах. Несмотря на то, что после третьей волны острое ощущение опасности развития пандемии уменьшилось, введенные ранее ограничения были сохранены. Поэтому можно подчеркнуть, что положения, которые в результате изменений остались в рамках венгерского права, лишь косвенно связаны с эпидемиологическими мерами. Эти реформы повлияли на доверие к венгерской административной системе, и устойчивость венгерской системы была поставлена под сомнение.

Если мы обратимся к Основному закону Венгрии от 25 апреля 2011 г. (далее: Основной закон), то увидим, что п. 1 ст. 53 Основного закона гласит, что состояние чрезвычайной ситуации (*veszélyhelyzet*) может быть объявлено «в случае стихийного бедствия или промышленной аварии, угрожающей жизни и имуществу». Таким образом, эпидемическая ситуация не является в соответствии с Основным законом одной из возможных причин, при которых могло бы вводиться особое правовое регулирование. Детальное регулирование порядка установления и введения чрезвычайной ситуации в качестве особого правового порядка регулируется Законом СХХVIII 2011 г. о борьбе со стихийными бедствиями (далее: Закон о борьбе со стихийными бедствиями). Нормы Основного закона получают широкое толкование с позиции положений, предусмотренных подп. (с) ст. 44 Закона о борьбе со стихийными бедствиями. В законе установлено, что «заболевания человека, вызывающие массовые болезни и эпидемии животных», являются оправданной причиной объявления чрезвычайной ситуации. В случае введения чрезвычайного положения в соответствии с Основным законом большинство мер, определенных гл. 21–24 Закона о борьбе со стихийными бедствиями, могут быть введены правительством, которое может издавать указы, противоречащие актам парламента, на переходный период продолжительностью 15 дней. В дополнение к чрезвычайным правительственным постановлениям ограниченное число министров, таких как министр, отвечающий за образование и профессиональную подготовку, или министр, отвечающий за национальную собственность, могут также принимать решения, которые представляют собой индивидуальные акты.

Приведенные выше положения закона показывают, что в рамках пандемии COVID-19 конституционное право, как основа государственного управления не только в Венгрии, но и других европейских государствах, оказалось под угрозой¹⁷. В рамках венгерской системы управления не были предусмотрены положения, устанавливающие порядок действия в условиях чрезвычайной ситуации в системе здравоохранения. Чрезвычайное положение изначально было объявлено Постановлением правительства № 40/2020 от 11 марта 2020 г.¹⁸ На основании конституционного регулирования и положений Закона о борьбе со стихийными бедствиями правительство имело возможность приостанавливать применение актов парламента своими (чрезвычайными) декретами, принимать положения, отклоняющиеся от некоторых законодательных положений, и принимать иные чрезвычайные меры. На основании п. 3 ст. 53 Основного закона эти декреты остаются в силе в течение 15 дней по общему правилу, если только сфера действия этих (чрезвычайных) декретов не будет продлена Парламентом. Поскольку эпидемиологический риск и его урегулирование может занять более 15 дней, парламент, приняв законопроект, представленный правительством, решил расширить сферу действия чрезвычайных указов с помощью общего разрешения посредством принятия Закона XII 2020 г. Однако закон не вступил в силу в течение 15 дней с момента принятия первых чрезвычайных постановлений правительства, и для сохранения ранее установленных правительством мер государственный главный врач принял специальное решение, которое трудно интерпретировать в рамках существующей системы нормативных актов Венгрии. С одной стороны, главный государственный врач не уполномочен п. 1 ст. 23 Закона СХХХ 2010 г. о законодательных актах принимать такое нормативное решение. С другой стороны, решение не соответствует нормам Закона CLIV 1997 г. о здравоохранении.

Выявленные недостатки правового регулирования были устранены посредством принятия Закона LVIII от 2020 г. о переходных правилах, связанных с прекращением чрезвычайной ситуации и о чрезвычайной эпидемиологической ситуации (далее: Переходный закон), которым был введен новый институт эпидемиологической чрезвычайной ситуации.

Закон XII 2020 г., который расширил сферу действия чрезвычайных постановлений правительства, был отменен Законом LVII от 2020 г. о прекращении чрезвычайного положения. Применение специальных правил, введенных на период чрезвычайного положения, было продлено Переходным законом в целом до 31 августа 2020 г. В рамках пандемии принималось значительное количество различных актов, что привело к возникновению ряда правовых

¹⁶ Fazekas M. (2020) Az Ákr. hatálya. Az Ákr. tárgyi hatálya: a hatósági ügy, in: Fazekas, M. (ed.) Közigazgatási jog. Általános rész III (Budapest: ELTE Eötvös). P. 89–96.

¹⁷ Horvat M., Piątek W., Potěšil L. & Rozsnyai K. F. (2021) Public Administration's Adaptation to COVID-19 Pandemic — Czech, Hungarian, Polish and Slovak Experience. Central European Public Administration Review 19(10) 147–148. doi: <https://doi.org/10.17573/sepap.2021.1.06>

¹⁸ В Венгрии после перехода к демократии чрезвычайная ситуация объявлялась несколько раз, хотя, как правило, в отношении части территории страны. Так, например, правительство объявило чрезвычайное положение во время наводнения на Дунае в 2002 г. (Постановление правительства № 176/2002 от 15 августа 2002 г.) и после промышленной катастрофы в Девексере (Постановление правительства № 245/2010 от 6 октября 2010 г.).

вопросов. В итоге в Основном законе появилась Девятая поправка, в соответствии с которой было изменено правовое регулирование о введении чрезвычайных ситуаций, а в течение 2021 г. были внесены соответствующие изменения в законодательные акты.

На доверие к административным органам и административным системам существенно влияет прозрачность их процедур принятия решений¹⁹. Изменение порядка принятия решений муниципальными органами власти также может оказать значительное влияние на доверие к венгерской местной и региональной административной системе. Чрезвычайными положениями в венгерском публичном праве был введен особый режим принятия муниципальных решений, когда все полномочия по их принятию были переданы от муниципального совета мэру. Таким образом мэры получили полномочия в определенных условиях принимать нормативные акты, которые будут оставаться в силе и после окончания соответствующего чрезвычайного положения. Позднее, еще в условиях действия чрезвычайной ситуации, полномочия представительных органов и комитетов были восстановлены Постановлением правительства № 307/2021 от 5 июня 2021 г.

Как видим, кризисные ситуации стимулируют централизацию принятия решений и властных полномочий. В то же время во время первой волны пандемии муниципалитетам были фактически переданы полномочия принимать самые непопулярные решения, например, о часах работы и времени покупок для пожилых людей на местных рынках, о местном комендантском часе, об условиях ношения масок и т. п. В то же время на муниципальном уровне в зависимости от размера и доходов муниципалитеты могли предоставлять различные услуги, как, например, взятие ПЦР-тестов, предоставление пособий. Но, учитывая централизацию отдельных налогов, возникает вопрос, смогут ли быть сохранены эти услуги на муниципальном уровне.

Таким образом, пандемия COVID-19 привела к изменению правовой (и административной) системы Венгрии и оказывает существенное влияние на доверие к венгерской системе регулирования и управления. Некоторые новые положения лишь частично были связаны непосредственно с пандемией, были внесены в законодательство, и, если бы пандемии не было, к таким изменениям было бы приковано значительно больше общественного и политического внимания.

Малютин Никита Сергеевич²⁰. Вопросы правовой регламентации отношений доверия между властью и гражданами в значительной степени были разрешены Конституционным судом Российской Федерации. В частности, последний в рамках своей практики сформулировал крайне важный для правовой оценки проводимой государством политики принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства (Постановления 8-П/2001, 16-П/2018, 24-П/2021 и др.). При этом, несмотря на столь масштабное конституционное обоснование (ст. 1, ст. 2, ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 17, ст. 18 и др. Конституции РФ), основной фокус внимания правоприменителя при использовании названного принципа направлен исключительно на законотворческую его составляющую. Проще говоря, фактическая сфера действия принципа на практике сужается исключительно до поддержания доверия граждан к законодательству. В то же время, как представляется, наиболее чувствительная сфера, требующая поддержки и одобрения населения, — деятельность государства в целом — остается без какой-либо предметной конкретизации.

Анализ практики Конституционного суда подтверждает сделанный вывод. В частности, говоря о содержании названного принципа, орган конституционного контроля нередко раскрывает его через «необходимость разумной стабильности правового регулирования», «предсказуемость законодательной политики», «недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм», «формирование правового регулирования, адекватного ожиданиям субъектов правоотношений» (Постановление 9-П/2004), «уверенность субъектов правоотношений в устойчивости формируемого законодательством правового статуса» (Постановление 34-П/2018), а также «законные ожидания граждан, что приобретенные ими права будут уважаться властями» (Постановление 8-П/2001) и др.

К чему приводит подобное сужение трактовки конституционного принципа на практике? В настоящее время все большее регулятивное значение приобретают экстраординарные правовые акты, зачастую порождающие весьма серьезные правовые последствия для субъектов правоотношений, в то же время не имеющие никакого отношения к традиционным результатам законотворчества (постановления Главного государственного санитарного врача и др.). Кроме того, нередки случаи наделения регулятивными полномочиями (публичными полномочиями) негосударственных субъектов, решения и действия которых также существенным образом затрагивают права и свободы человека. Как представляется, подобные ситуации могли бы стать предметом оценки с точки зрения соответствия конституционному принципу поддержания доверия граждан к *действиям государства*.

Именно такой широкий подход к интерпретации принципа, непосредственно вытекающий из самой его формулировки, а также конституционных положений, формирующих его основу, с одной стороны, не исключает возможности государства осуществлять необходимое оперативное регулирование общественных отношений как через традиционное нормирование отношений, так и путем формирования конкретной правоприменительной практики, а с другой — расширяет сферу публичного контроля подобной деятельности государства и его агентов (в том числе

¹⁹ Grimmelikhuijsen S. G. (2010) Transparency of Public Decision-Making: Towards Trust in Local Government? Policy & Internet 2(1). P. 7–9. doi: <https://doi.org/10.2202/1944-2866.1024>

²⁰ Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова.

посредством конституционного правосудия), выступает своего рода превентивным инструментом, предохраняющим государство от столь желанных, однако не разделяемых обществом шагов.

Осветимская Ия Ильинична²¹. Я хотела бы проанализировать модели демократии в ракурсе дискуссии между немецким философом Ю. Хабермасом и бельгийской исследовательницей политики Ш. Муфф. Для Ю. Хабермаса характерно стремление к достижению не простого согласия, а рационального консенсуса, именно он выступает основанием либеральной демократии, гарантирует соответствие властных механизмов демократическим ценностям. Ш. Муфф критикует делиберативную модель по следующим направлениям. Она ставит под сомнение возможность именно рационального консенсуса. Коммуникация между властью и обществом далеко не всегда носит рациональный (аргументированный) характер. Тяготение к ценностям демократии и либерализма, скорее, основывается не на рациональной аргументации, а на «страстном выборе системы ориентации». Она отмечает процедуральный характер достижения консенсуса и считает ошибочным предполагать, что «процедурное» может стоять особняком от «субстанциального», а правила, подлежащие применению в каждом частном случае, могут быть сформулированы в виде общих принципов в отрыве от условий, которые формируют эти самые частные случаи.

В части возможности и необходимости достижения консенсуса в целом Ш. Муфф подвергает деконструкции делиберативную модель, обнажая заложенное внутри нее угнетение консенсусом плюрализма. Абсолютный консенсус, по мнению сторонников диссенсуальной модели, невозможен, отсутствие соперничества во властных отношениях, беспристрастный и нейтральный характер протекающих дискуссий рано или поздно приведет к ощущению недостаточной личностной вовлеченности в политическую деятельность, что может послужить причиной упадка заинтересованности в демократическом управлении государством, поверхностного отношения к рассматриваемым вопросам, а в дальнейшем — к кризису политической идентичности, само существование которого в условиях демократии подрывает общественное устройство.

Разуваев Николай Викторович²². Характерной особенностью ситуации «новой реальности» является качественное преобразование правового порядка и политической системы, появление новых сфер регулирования, а также отношений, не имевших аналогов ранее. Речь идет, в частности, о цифровизации большинства сфер жизни общества (экономической, политической, правовой) и о внедрении виртуальных объектов в качестве необходимого атрибута повседневной жизни²³.

Под влиянием указанных факторов социальные взаимодействия охватывают все более широкий круг субъектов, причем те отношения, которые требовали непосредственного участия (например, трудовые отношения, гражданские договоры и т. п.), теперь переносятся в виртуальную сферу. Одновременно распадаются межличностные контакты, ранее составлявшие фундамент общественного порядка. Взаимодействия, в том числе политические и правовые, становятся обезличенными, что, в свою очередь, создает неопределенность, обусловленную отсутствием обратной связи субъектов социального общения. В таких условиях последствиями формирования «новой реальности» становятся нарастание нестабильности, перманентность чрезвычайных ситуаций, в которых девиантное поведение приобретает широкое распространение, создавая угрозу выживанию общества²⁴.

В середине прошлого века по итогам двух мировых войн сложился своеобразный идейный консенсус, цель которого состояла в том, чтобы предотвратить возможность возрождения тоталитарных диктатур, приведших человечество к катастрофе. Суть данного консенсуса заключалась в признании субъектности как человека, так и государства. Человек в юридических документах, принятых после Второй мировой войны (прежде всего, во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. и ряде принятых на ее основе международно-правовых актов), рассматривался не в качестве члена сообществ, но как автономная личность, обладающая свободной волей, самостоятельностью и неотчуждаемыми правами.

В свою очередь, и государство как структура политической власти, обладая свойствами субъектности, включая правосубъектность, взаимодействовало с индивидами как участник политического и правового общения. Именно на признании субъектности личности и государства основывалась их взаимная ответственность. Трансформация социальных связей, а также деперсонификация указанных субъектов в эпоху постмодерна породили их отчуждение и дефицит обоюдного доверия. Задача (в том числе научного познания) состоит, следовательно, в возрождении доверия на новой основе и налаживании диалога государства и личности.

Цифровизация средств коммуникации в информационном обществе открывает новые перспективы для достижения консенсуса и создания эффективных механизмов принятия решения, базирующихся на учете мнения и соблюдения прав каждого из субъектов. Несовершенство средств образования и выражения воли индивидов в рамках

²¹ Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (филиал в Санкт-Петербурге); доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация.

²² Заведующий кафедрой гражданского и трудового права СЗИУ РАНХиГС, доктор юридических наук.

²³ См.: Яковлева-Чернышева А. Ю., Дружинина А. В. Правовое регулирование процессов цифровизации в России: гражданско-правовой аспект. Юридические исследования. 2021. № 8. С. 51.

²⁴ См. подробнее: Бек У. Общество риска. На пути к другому модерну. М.: Прогресс-Традиция, 2000; Агамбен Дж. Homo sacer. Чрезвычайное положение. М.: Европа, 2011.

коллективных образований (будь то частное сообщество, юридическое лицо, муниципальное образование или государство) являлось сложной и трудно разрешимой проблемой политических и правовых систем — от античности до эпохи Нового времени. Данная проблематика находилась в центре внимания политических философов прошлого (Аристотеля, Руссо), а также современных авторов (прежде всего, таких как Юрген Хабермас).

Развитие цифровых средств связи, достоинства и недостатки которых особенно наглядно проявили себя в условиях пандемии Sars-CoV-2, способствует выработке новых способов и форм правовой коммуникации, вовлекающей все более широкий круг субъектов. Становление институтов электронной демократии, а также цифровизация взаимодействий (договорных, судебных и т. п.) в сфере частного права, с одной стороны, позволяют вовлечь в сферу принятия решений каждого члена общества, способного внятно выразить свою волю. С другой стороны, появляются новые способы манипуляции общественной и индивидуальной волей, инструменты противодействия которым на данный момент не апробированы. Данная проблема приобретает особую актуальность и служит предметом дискуссии.

Следствием социальной неопределенности эпохи постмодерна стал релятивизм, проистекающий из контекстуальной обусловленности правовых и политических понятий (в том числе таких фундаментальных для современного общества, как демократия, свобода, права человека и проч.). Сторонники правового релятивизма выдвигают лозунг неуниверсальности данных понятий, которые в различных обществах реализуются различным, принципиально неоднозначным образом. Отсюда следует вывод о том, что правовые универсалии представляют собой не что иное, как абстракции, которые, в зависимости от контекста, наполняются неодинаковым и даже неоднозначным содержанием. Господствующие в ту или иную эпоху представления о праве являются итогом консенсуса, согласования позиций членов общества по принципиальным мировоззренческим проблемам.

Такой подход, с одной стороны, представляется продуктивным, поскольку способствует признанию равноценности любых точек зрения и стимулирует диалог по вопросам, имеющим принципиальное значение для правопорядка. С другой же стороны, отрицание универсальных ценностей и базовых закономерностей правового и социального развития контрпродуктивно с научной точки зрения и создает угрозы в практическом плане, лишая общество ориентиров устойчивого развития. Задача познания состоит, следовательно, в выявлении пределов контекстуальной обусловленности политико-правовой коммуникации и описании системы универсальных категорий, значимых в любых конкретных социально-исторических условиях.

Мордвинов Константин Владимирович²⁵. Как известно, имидж правоохранительных органов — это эмоционально окрашенный образ силового ведомства, целенаправленно создаваемый и оказывающий психологическое воздействие на различные социальные группы.

Анализ оценок населением института правоохранительных органов демонстрирует положительную динамику по ряду направлений.

- Возрос индекс одобрения правоохранительных органов (с –14 до +22).
- На 60% сократилось количество обвиняемых в коррупции сотрудников правоохранительных органов в 2019 г.
- Отмечается рост уровня доверия к полиции, (с –26 до 23).
- Также наблюдается позитивный рост уровня оценки защищенности населения (с 38,4 до 51,1).

В целом можно наблюдать существенный позитивный сдвиг в отношении населения к правоохранительной сфере. Вместе с тем, несмотря на позитивные сдвиги, абсолютные показатели доверия к правоохранительным органам являются сравнительно невысокими.

Это демонстрирует также невысокий индекс одобрения деятельности общественных институтов, данные для подсчета которого собирают коллеги из ВЦИОМа. По последним данным, больше всего население одобряет действия российской армии, а оценка работы правоохранительных органов и судебной системы заметно ниже.

Возьмем для примера США, где международное аналитическое и консалтинговое агентство Gallup ежегодно проводит опрос среди населения Америки о том, какие профессии оно считает наиболее этичными и честными. Имидж полиции достаточно высок — полицейские входят в ТОП-5 профессий, хотя с 2016 г. по 2020 г. доверие к ним колеблется в пределах 50–60%. Как видим, полицейским доверяют меньше, чем врачам и медсестрам, но больше, чем священникам. В целом репутация полиции в Америке с каждым годом растет: мы видим тенденцию роста доверия населения к полицейским с 1977 г. по 2020 г., хотя с 2020 г. и по настоящее время ситуация в США кардинально изменилась, в том числе из-за общественного движения Black Lives Matter (BLM; «Жизни черных важны»), которое призывает к борьбе с насилием правоохранительных органов.

Такой неуклонный рост репутации правоохранительных органов обеспечивается целым комплексом мер со стороны государства, среди которых, например, ежегодный опрос общественного мнения среди местных жителей, чтобы оценить степень их удовлетворенности местной полицией и иными правоохранительными органами, и запрос предложений о том, как местный департамент может обеспечить более высокий уровень обслуживания и более позитивное восприятие и связь с сообществом. Руководители правоохранительных органов часто появляются на пу-

²⁵ Директор Центра исследований проблем общественной безопасности и правопорядка при СЗИУ РАНХиГС.

блике, посещают общественные мероприятия. Осуществляется продвижение новых сотрудников правоохранительных органов в местных средствах массовой информации, чтобы жители знали их в лицо, их уровень образования и подготовки, а также какие личные качества новые офицеры привносят в работу и общество. Проводится повышение квалификации служащих, например, по вербальной и невербальной коммуникации, по кризисному вмешательству, обучению деэскалации и снижению стресса, а также по эффективному обращению с людьми, страдающими эмоциональными расстройствами. Основной акцент такого комплекса мер — на «очеловечивании» сотрудника правоохранительных органов, а также на развенчании мифов о том, как работает полиция, что происходит за тюремными стенами, что работает на повышение прозрачности работы сотрудников и руководителей правоохранительных органов. В частности, этому посвящены книги „Doing Prison Work“ Элани Кроули и автобиография „The Crime Fighter“ Джека Мейпла и Криса Митчелла.

В Эстонии Министерство юстиции в 2008 г. утвердило Кодекс этики тюремных служащих, в котором очень подробно описаны различные стороны работы сотрудников уголовно-исполнительной системы. В нем содержится подробное описание того, какое поведение можно считать коррупционным, некорректным в общении с коллегами и заключенными, недопустимым при взаимодействии со СМИ и в Интернете, а также правила поведения во внерабочее время.

Кроме того, с 2005 г. в Эстонии реализуют программу «Электронная полиция». В каждой патрульной машине установлен комплекс технических средств, который позволяет полицейским получать доступ ко всей необходимой информации. Штаб-квартира в режиме реального времени координирует перемещение и местоположение каждого сотрудника. Также любой гражданин на официальном сайте полиции может оставлять официальные запросы, следить за разбирательством своего дела, оплачивать пошлины. Хочу отметить, что часть подобного функционала (официальные запросы, оплата пошлин) доступна и в нашей системе Госуслуг, которая является элементом электронного правительства. Как результат, Эстония заявила о том, что у них значительно сократилось количество убийств, а доверие к полиции колоссально возросло.

Интересная практика существует и в Великобритании. Например, Центр знаний по проблемам сексуальной эксплуатации детей и деятельности полиции создал пособие для сотрудников правоохранительных органов о принципах общения полицейских с детьми и молодежью так, чтобы установить с ними доверительный контакт и максимально эффективно оказать помощь.

В России также существуют успешные практики, способствующие положительному влиянию на имидж правоохранительных органов. Например, транслируются новости об успехе сотрудников правоохранительных органов в предотвращении преступлений и поимке преступников (заголовки со словами: «спасли», «помогли», «вернули хозяину», «поблагодарили», «отличная работа»); распространяется информация о мероприятиях, проводимых внутри структуры правоохранительных органов для информирования населения об их работе (заголовки со словами: «наградили», «провели хорошую работу», «улучшили статистические показатели», «оздоровили обстановку»). В целом важно отметить, что доступность, информативность и понятность для граждан официальных ресурсов правоохранительных органов — важный фактор повышения доверия к ним.

Имидж правоохранительных органов поддерживается также освещением событий официальными ведомствами в социальных сетях («Одноклассники», «Вконтакте», Instagram, Twitter, Facebook и т. п), в которых очень важно отвечать на вопросы и комментарии граждан, быть с ними в прямом контакте.

Мощным каналом формирования образов и моделей сотрудников правоохранительных органов в целях повышения доверия к ним являются тематические фильмы и сериалы.

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2021. № 4 (10)

Директор
издательско-полиграфического центра
Е. Ю. КНЯЗЕВ

Ответственный редактор
И. К. ШМАРКО

Корректор
Е. А. ЛЫСУНЕЦ

Верстка
А. Л. СЕРГЕЕНОК

УЧРЕДИТЕЛЬ

Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации

ИЗДАТЕЛЬ

Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте Российской Федерации

Свидетельство Роскомнадзора о регистрации СМИ
ЭЛ № ФС 77-77212 от 08.11.2019

Журнал распространяется бесплатно.

Точка зрения редакции может не совпадать с мнением авторов статей.

При перепечатке ссылка на журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» обязательна.

АДРЕС РЕДАКЦИИ:

199004, Санкт-Петербург, В. О., 8-я линия, д. 61.
Тел.: (812) 335-94-72, 335-42-10. E-mail: shmarko-ik@ranepa.ru

Подписано к публикации 26.12.2021.
Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов.
Сайт журнала <https://www.taljournal.ru>
Объем данных 2,0 Мб.
Тираж (количество носителей) 60 шт.

Макет подготовлен издательско-полиграфическим центром Северо-Западного института управления
Российской академии народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации
199004, Санкт-Петербург, 8-я линия В. О., д. 61
Тел. (812) 335-94-97