



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Шлаг П. (перевод с англ. А. М. Хмелевского
и Е. Г. Самохиной)

**Формализм и реализм в руинах
(обозначение логики коллапса)**

Гафурзода А. Д., Зоир Дж. М.

**Динамика конституционного обеспечения
суверенитета государств на постсоветском
пространстве: опыт Таджикистана**

Kende D. C., Permadi I., Herlindah

**Legal Issues When Buying
and Selling Customary Land in Papua**

Лаптева А. М.

**Правовая теория
инвестиционных режимов**

2024 № **4(22)**

ISSN 3034-2813

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

КОМАРОВА Валентина Викторовна, профессор, доктор юридических наук, Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина, Москва

КНЯЗЕВ Сергей Дмитриевич, профессор, доктор юридических наук, профессор кафедры административного и финансового права, судья Конституционного Суда РФ, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

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

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

ПОПОНДОПУЛО Владимир Федорович, 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, Мадрид, Испания

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, Мадрид

Киммо НУОТИО, профессор уголовного права, Университет Хельсинки, Финляндия

Бьярн МЕЛКЕВИК, профессор Университета Лавалья, Квебек, Канада

© Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2024

© Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2024

© Все права защищены.

Содержание

ОТ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

Разуваев Н. В. Юридическая деятельность и художественное творчество	4
---	---

СТАТЬИ

Kende D. C., Permadi I., Herlindah Legal Issues When Buying and Selling Customary Land in Papua	8
Шлаг П. (перевод с англ. А. М. Хмелевского и Е. Г. Самохиной) Формализм и реализм в руинах (обозначение логики коллапса)	18
Рыбин А. И., Чашухин Е. О. Искусственный интеллект и социальное неравенство: философско-правовой аспект.....	56
Федосов И. В. Концепция правового эгалитаризма в гетерогенных и культурно однородных обществах	68
Гафурзода А. Д., Зоир Дж. М. Динамика конституционного обеспечения суверенитета государств на постсоветском пространстве: опыт Таджикистана	78
Евстафьев А. И. Злоупотребление правом в конституционном праве: постановка проблемы	88
Киреева А. В. Целеполагание в обзорах бюджетных расходов: сравнительный анализ российской и зарубежной практик.....	102
Лаптева А. М. Правовая теория инвестиционных режимов	113
Дегтярев М. А. Специальные экономические меры как форма ограничения свободы экономической деятельности в Российской Федерации	128
Саляхутдинов Э. Ш. Особенности налогового контроля цен в неконтролируемых сделках	140



Николай Викторович Разуваев, главный редактор журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», заведующий кафедрой гражданского и трудового права СЗИУ РАНХиГС, доктор юридических наук

Юридическая деятельность и художественное творчество

Размышляя над содержанием очередного номера журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», можно с глубоким удовлетворением сделать вывод о том, что он вышел на новый качественный уровень, чему имеется целый ряд убедительных доказательств. Прежде всего, на страницах журнала регулярно публикуются работы зарубежных авторов, посвященные актуальным вопросам правовой науки и юридической практики, безусловно, представляющим значительный интерес для российского читателя. Продолжением этой тенденции стала статья индонезийских исследователей, тема которой, особенности законодательного регулирования купли-продажи общинных земель в Папуа (Индонезия), как в фокусе, сосредоточила в себе вопросы, имеющие не только прикладную, как покажется на первый взгляд, но и теоретическую значимость.

В самом деле, современное общество до самого недавнего времени казалось миром, где традиция и всё, что с ней связано, всё более оттеснялось на периферию исторического развития, уступая место процессам глобализации, движимым инновациями, стано-

вающимися более активными в любых правовых порядках. Именно модернизация, по мнению многих ученых, становилась той силой, которая сближала национальные правовые системы, заставляя их объединяться в рамках универсального мирового правового порядка. Естественно, что в подобной ситуации оплотом традиций оставались лишь некоторые экзотические места, подобные Экваториальной Африке, Океании, долине реки Амазонки и т. п., где всё еще сохранялись аграрные общины, чьи земли, права на которые охранялись законом, активно национализировались с целью их вовлечения в коммерческий оборот.

Данная практика не только порождала серьезные социальные противоречия, с трудом поддающиеся урегулированию правовыми средствами, но и приводила к постепенному исчезновению самих этих традиционных аграрных общин, чьи правовые институты (в том числе общинная собственность на землю) являются не пережитком прошлого, но частью того культурного достояния, утрата которого значительна и непоправима для будущих поколений. Сказанное представляется отнюдь не случайным. Ведь любая традиция, и правовая в том числе, может рассматриваться как «чувство преемственности между прошлым и будущим, партнерство... поколений, взгляд потомков на предков в поисках вдохновения для движения вперед»¹. Проблемы, возникающие в ходе столкновения современных правовых порядков с традиционными правовыми укладами, а также пути и способы преодоления данных проблем стали предметом глубокого и всестороннего рассмотрения в статье индонезийских ученых, которая, будем надеяться, привлечет к себе заслуженное внимание российского читателя.

Далее особенностью настоящего номера является сочетание «высокой теории» с исследованием прикладных проблем, которые находят свое решение на основе общетеоретических предпосылок. К числу, бесспорно, важных и актуальных вопросов, рассматриваемых на страницах журнала, относятся: вклад Республики Таджикистан в конституционное обеспечение государственного суверенитета на постсоветском пространстве (А. Д. Гафурзода, Дж. М. Зоир); конституционно-правовые аспекты категории злоупотре-

¹ Berman H. J. (2000) The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future. Louisiana Law Review, no. 60, p. 740. Available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss3/3>

требления правом (А. И. Евстафьев); правовая теория инвестиционных режимов (А. М. Лаптева); специальные экономические меры как форма ограничения экономической деятельности (М. А. Дегтярев); регулирование бюджетных и налоговых отношений (А. В. Киреева, Э. Ш. Саляхутдинов).

Вызывают существенный интерес статьи, посвященные одной из наиболее важных правовых категорий, а именно категории равенства, лежащей в основе правового регулирования как такового — будь то регулирование в публичной или частной сферах². Причем эта категория может рассматриваться в двух диаметрально противоположных, но взаимно дополняющих друг друга ипостасях, а именно в контексте фактического социального неравенства с одной стороны и формального юридического равенства — с другой стороны. Первому из этих аспектов посвящена статья А. И. Рыбина и Е. О. Чашухина, рассматривающих трансформацию социального неравенства под воздействием искусственного интеллекта. Второй аспект исследуется в статье И. В. Федосова, посвященной концепции правового эгалитаризма в гетерогенных и культурно однородных обществах.

Наконец, центральное место в настоящем номере по праву занимает статья американского теоретика Пьера Шлага «Формализм и реализм в руинах» в переводе Е. Г. Самохиной и А. М. Хмелевского. Работа П. Шлага посвящена тому мировоззренческому и методологическому тупику, в котором находятся теория и философия права с конца минувшего столетия, то есть с того самого момента, когда было констатировано наступление эпохи постмодерна, ознаменовавшейся утратой четких различий между основными типами правопонимания и сделавшей юридическую теорию принципиально непоследовательной и эклектичной. Как поясняет И. Л. Честнов, «принцип релятивизма, сформулированный в постмодернистской юриспруденции, означает антиуниверсализм, а также исторический и социокультурный контекстуализм. Антиуниверсализм — это отказ от претензий юридической науки на поиск окончательных ответов на вопрос о сущности права... Контекстуализм права — взаимообусловленность его историей, культурой-цивилизацией: восприятием права элитой и населением»³.

В публикуемой статье П. Шлаг убедительно демонстрирует, что теория права, долгое время успешно двигавшаяся вперед между Сциллой формализма и Харибдой тотального реализма, отдавая неизбежную дань как той, так и другой крайностям юридического мышления, сейчас оказалась в методологическом тупике. Дело в том, что и сами эти два полюса притяжения / отталкивания правовой мысли не просто утратили свою былую притягательность, но полностью лишились смысла для современной правовой теории, нуждающейся в принципиально новом мировоззренческом основании для конструируемой ею картины юридической действительности. Следуя логике П. Шлага, можно вести речь о несостоятельности претензий юридической теории на исследование неких эмпирических данностей, подобно тому как физика изучает данность природных объектов, а социальная теория — данность общественных взаимодействий. В сравнении с указанными областями научного знания теория права (и юридическая наука в целом) оказывается поразительно лишенной собственного предмета, что вовсе не снижает ее интеллектуальной и, более того, духовной ценности.

Представляется, что функция правовой теории — это функция особого рода, которую нельзя сравнивать с познанием, реализуемым естественными или даже социальными науками. Обращаясь к другой работе П. Шлага, можно говорить об особой эстетике права и правовой доктрины, ставящей юридическую теорию вровень с художественным, в частности с литературным, творчеством⁴. В этой связи нельзя не согласиться с утверждением американского теоретика о том, что право — явление в первую очередь эстетическое⁵, а следовательно, постижение права, его восприятие, преломление сквозь призму сознания и, наконец, реализация в поведении участников правовой коммуникации должны осуществляться особыми, эстетическими средствами⁶.

² См. подробнее: *Дождев Д. В.* *Ars boni et aequi* в определении Цельса: право между искусством и наукой // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2016. № 4. С. 61–73. EDN: WHMENH

³ *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2012. С. 74.

⁴ См.: *Шлаг П.* Эстетики американского права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 110–180.

⁵ См.: Там же. С. 112.

⁶ См. подробнее об этом: *Глухарева Л. И.* Догма права в эстетической интерпретации // Вестник Академии права и управления. 2017. № 1 (46). С. 40 и след. EDN: YIEDOL

Указанному обстоятельству отнюдь не противоречит то, что право является регулятором человеческого поведения и, следовательно, нуждается, на первый взгляд, не столько в эмоционально-чувственных, сколько в рациональных инструментах познания. Представляется, однако, что способность оказывать воздействие на человеческое поведение является еще одним доказательством эстетической природы права. Подобно художественным произведениям, право (и юридическая доктрина как неотъемлемая составная часть правовой реальности) оказывает мощное суггестивное воздействие на эмоционально-психологическую сферу сознания и тем самым на поведение членов общества. Не обладая право этой способностью психологического воздействия, присущей и художественным произведениям, реализация регулятивной функции оказалась бы значительно менее эффективной и, разумеется, постоянно нуждалась в пресловутом государственном принуждении, относительно вторичности которого так много правильных и нужных слов сказано было в специальной литературе последних десятилетий.

Собственно, тот акт взаимного признания индивидами друг друга в качестве автономных и равных участников правового общения, с которого начинается это последнее, имеет важную эстетическую составляющую, а точнее говоря, неразрывно соединяет в себе как эстетический, так и этический компонент. По справедливому замечанию А. В. Полякова, взаимное признание индивидов имеет своей необходимой предпосылкой их обоюдную любовь, в которой, как известно, эстетическое и этическое начала достигают своего наиболее полного выражения⁷. Таким образом, право представляет собой прежде всего эстетический феномен, близкий по своим функциям художественной литературе, на что неоднократно обращалось внимание российскими и зарубежными исследователями⁸.

Подобно тому как писатель творит *ex nihilo* реальность художественного текста, используя в качестве инструментов чистые образы, точно так же и правотворец конструирует юридическую действительность, используя чистые понятия, ожидающие своего воплощения в той реальности, которую с их помощью еще предстоит создать⁹. Естественно, и в акте правотворчества, и в акте художественного творчества присутствует значительная доля воображения, являющегося важным подспорьем в профессии юриста. Без воображения не обходится ни собственно правотворчество, ни правоприменительная, ни судебная практика, что позволяет сделать вывод о том, что все перечисленные направления юридической деятельности следует считать видами художественного творчества со всеми присущими последнему особенностями. И, безусловно, наивысшим проявлением творческого начала в праве является юридическая наука, прежде всего — теория права. Подобно любому теоретику, теоретик-юрист менее всего связан эмпирическим материалом, что представляется нам верным не только для общей теории права, но и для любой отраслевой теории. Основная его задача, как уже было отмечено, состоит в том, чтобы сконструировать с помощью чистых понятий тот фундамент правовой реальности, на котором конструируются феномены, составляющие предметы отраслевых наук, а также прикладной юридической деятельности.

Уже сам генезис правовой теории, возникшей в процессе трансформации ассоциативно-образного мышления в мышление понятийное, свидетельствует о значительной роли художественного воображения в создании теоретических конструкций уже в античную эпоху. В частности, сочинения римских юристов были генетически связаны с античной поэзией, драматургией, риторикой и иными видами литературной словесности. Весь арсенал образных средств был задействован в римских юридических текстах и использовался в них на любых уровнях, а именно на фонетическом, лексическом, синтаксическом и стилистическом. Всё это позволяет рассматривать развитие римской юриспруденции в контексте истории античной литературы наряду с другими жанрами словесного творчества¹⁰.

⁷ См.: Поляков А. В. Постклассическая юриспруденция, эволюционная теория и нейронауки (исповедь коммуникативиста) // Постклассические исследования права: перспективы научно-практической программы / отв. ред. И. Л. Честнов, Е. Н. Тонков. СПб.: Алетея, 2023. С. 141–143.

⁸ См., напр.: White J. B. (1973) *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expressions*. Little, Brown & Co.; Ward I. (1995) *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*. Cambridge University Press; Хижняк Ю. В. Язык права и язык художественной литературы: аспекты взаимосвязи // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 1 (312). С. 12–23. EDN: SNKMJR; Завада О. В. К вопросу о специфике юридических текстов // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. 2019. Т. 2. № 2. С. 25–31. EDN: MBWLFU

⁹ См.: Бахтин М. М. Проблема содержания, материала и формы в словесном художественном творчестве // Бахтин М. М. Вопросы литературы и эстетики. Исследования разных лет. М.: Художественная литература, 1975. С. 66. EDN: PMINHI

¹⁰ См.: Альбрехт М. фон. История римской литературы: от Андроника до Бозция и ее влияние на позднейшие эпохи. Т. III. М.: Греко-Латинский кабинет Ю. А. Шичалина, 2005. С. 1642–1665. EDN: QQQFJR

Эстетическое начало, в частности разнообразные риторические приемы, широко представлено в произведениях классиков юридической литературы Нового времени и делает эти произведения шедеврами не только политико-правовой мысли, но и художественной литературы. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к таким широко известным произведениям, как «Государь» Н. Макиавелли, «О праве войны и мира» Г. Гроция, «Левиафан» Т. Гоббса и др. Невозможно не оценить эстетического совершенства и выразительности следующего фрагмента, завершающего труд Гроция: «Да внушит это Господь — единственно могущий это сотворить — сердцам тех, в руках коих находится судьба христиан; и да внушит им разумение права божеского и человеческого и помышление о том, что ум их избран на служение правлению людьми, любезнейшими Богу живыми существами»¹¹. И еще один фрагмент: «Это всё, что я намерен был сказать относительно учения о политике. И этот мой трактат по предварительном его просмотре я охотно представляю на суд моей страны»¹².

Этими отрывочными соображениями, разумеется, не исчерпывается всё многообразие взаимосвязей теоретико-правового и литературно-художественного творчества. Эстетическая ценность научных текстов может обнаруживаться на уровне как внешней языковой формы, так и внутреннего идейного содержания любой правовой теории, чья способность к воздействию на представителей юридического сообщества в числе прочего определяется такими критериями, как красота, художественная выразительность, новизна и оригинальность содержания и т. п. Именно здесь, на наш взгляд, кроется ответ на вопрос, почему одни теории передаются из поколения в поколение, завоевывая себе всё новых сторонников (ярким примером чему служит, в частности, коммуникативная теория права А. В. Полякова), а другие умирают значительно раньше своих создателей. И такой механизм «естественного отбора» юридических доктрин (в котором важную, если не ведущую, роль играют эстетические факторы) требует углубленного рассмотрения с позиций постклассической теории права, так как его изучение способно пролить свет на некоторые закономерности знаковой коммуникации и конструирования правовой реальности.

¹¹ Гроций Г. О праве войны и мира. М.: Ладомир, 1994. С. 825.

¹² Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. М.: Мысль, 2001. С. 462.

Legal Issues When Buying and Selling Customary Land in Papua

Kende D. C.^{1,*}, Permadi I.^{1,**}, Herlindah^{1,***}

¹ Brawijaya University (Malang, Indonesia)

* e-mail: dindaclara13@student.ub.ac.id

** e-mail: iwan_permadi@ub.ac.id

*** e-mail: herlindah@ub.ac.id

Abstract

This study examines the legal issues surrounding the sale and purchase of customary land (*ulayat land*) in Yoka Village, Papua, through the mechanism of the customary release letter. The background of this research focuses on the conflict between customary law and national law in land transactions. Using a socio-legal approach and legal anthropology, this study analyzes the mechanisms of land sales in Yoka Village and the legal uncertainty caused by the incompatibility between customary practices and formal national law. The findings reveal that the lack of legal harmonization creates significant risks for both buyers and the indigenous community. The study concludes that formal recognition of the customary release letter and clear procedures for registering *ulayat* land are essential to protect the rights of all parties involved.

Keywords: customary land, *ulayat* land, legal uncertainty, customary law, land transactions.

For citation: Kende, D. C., Permadi, I., Herlindah (2024) Legal Issues When Buying and Selling Customary Land in Papua. *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 8–17. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-8-17

Правовые проблемы при купле-продаже традиционных земель в Папуа

Аннотация

В статье рассматриваются правовые проблемы, возникающие при купле-продаже традиционных общинных земель (*ulayat land*) в деревне Йока (город Джаяпура, Папуа) с помощью письма-разрешения об использовании земли. Основной проблемой является часто возникающее противоречие между законодательством (национальным правом) и общинным правом на землю. В исследовании использован социально-правовой подход, проведен анализ механизмов продажи земли в деревне Йоки и сделан вывод о существовании правовой неопределенности, вызванной несовместимостью традиционного общинного и формального национального права. Такая ситуация влечет за собой значительные риски как для покупателей, так и для коренного населения. Авторы приходят к выводу, что в рамках индонезийского законодательства необходимо разработать более четкие процедуры применения письма-разрешения об использовании земли определить правовые последствия выдачи таких писем-разрешений, это поможет защитить права всех вовлеченных в сделки сторон.

Ключевые слова: традиционная земля, общинная земля, правовая неопределенность, обычное право, земельное право Индонезии.

Для цитирования: Правовые проблемы при купле-продаже традиционных земель в Папуа // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 8–17. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-8-17. EDN: YWUCOO

Introduction. Land plays a vital role in human life, not only as a natural resource but also as a key support for various economic, social, and cultural activities. In Indonesia, land is not only used as residential space but also as a productive asset that supports agricultural activities, which dominate the country's economy. As an agrarian country, the majority of Indonesia's population relies on land for farming, plantations, and livestock. However, as time progresses, the increasing population and the need for development have expanded the role of land beyond being a basis for agrarian activities. Land has now become a strategic component for infrastructure development, housing, industry, and various other economic projects that drive the nation's growth. This has made land a highly sought-after commodity, triggering a significant increase in demand across various regions in Indonesia.

The growing demand for land occurs not only in urban areas but also in rural regions that have traditionally been regarded as agrarian zones. According to research conducted by Surya, urbanization and industrialization in Indonesia have caused significant changes in land use, where much agricultural land has now been converted into industrial, residential, and infrastructure land. This phenomenon is not only happening in Java, the center of Indonesia's economic activities, but is also spreading to other regions like Papua, Sulawesi, and Sumatra, which have now become national development priorities. Large-scale infrastructure projects such as highways, airports, and ports in these areas are also driving the conversion of land previously used for agrarian purposes into non-agricultural land¹.

On the other hand, land also holds important social and cultural dimensions, especially in regions inhabited by indigenous communities. In Papua, for instance, communal (*ulayat*) land is a crucial asset collectively owned by indigenous people and managed according to customary laws passed down through generations. According to Gandharum, communal land functions not only as an economic asset but also as part of the identity and sovereignty of indigenous communities². Managing communal land based on customary law often presents challenges in the modern context, particularly when it encounters national laws that regulate land ownership. This raises the need for harmonization between customary laws and national regulations, so land can be properly managed for the benefit of indigenous communities without neglecting the increasing need for national development.

In customary law, communal land refers to land collectively controlled by indigenous communities, where the rights of control and management are regulated according to customary laws passed down through generations. This land is not owned by individuals but by the community as a whole, and its use must be approved by the customary leader, such as the Ondoafi in Papua. The primary characteristics of communal land include collective ownership, its inalienability, and the central role of customary law in its management³.

For indigenous communities in Papua, communal land is not merely an economic asset but also an integral part of their cultural identity and sovereignty. This land carries a high symbolic value as it binds the community collectively and serves as a part of their ancestral heritage that must be preserved. As noted, communal land

¹ Surya, B., Ahmad, D. N. A., Sakti, H. H., Sahban, H. (2020) Land Use Change, Spatial Interaction, and Sustainable Development in the Metropolitan Urban Areas, South Sulawesi Province, Indonesia. *Land*, no. 9 (3), p. 95. DOI: <https://doi.org/10.3390/land9030095>

² Gandharum, L., Hartono, D. M., Karsidi, A., Ahmad, M., Prihanto, Y., Mulyono, S., Sadmono, H., Sanjaya, H., Sumargana, L., Alhasanah, F. (2024) Past and future land use change dynamics: Assessing the impact of urban development on agricultural land in the Pantura Jabar region, Indonesia. *Environmental Monitoring and Assessment*, no. 196 (7), p. 646. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10661-024-12819-4>

³ Wicaksana Prakasa, S. U., R. S. Rakia, A. S., Wook, I. (2023) Protecting the Land Tenure Rights of Papuan Indigenous Peoples After New Autonomy Region. *Indonesia Law Reform Journal*, no. 3 (3), p. 288. DOI: <https://doi.org/10.22219/ilrej.v3i3.31352>

plays a crucial role in sustaining indigenous communities, as they rely on it to meet daily needs such as farming, hunting, and gathering natural resources. Therefore, managing communal land is essential in maintaining the social and cultural balance of indigenous communities in Papua, while facing the challenges of modernization and government regulations that often do not align with customary norms⁴.

In Jayapura City, most of the land is communal land controlled by local indigenous communities. The presence of communal land is a distinctive feature of land tenure in Papua, where indigenous people, led by customary leaders such as the Ondoafi, hold full control over the land. However, the development of infrastructure and government projects in eastern Indonesia, including Papua, has affected the dynamics of land control in Jayapura City. Large-scale development projects, such as highways, subsidized housing, and new government offices, require large amounts of land, resulting in transactions involving the sale of communal land through the customary release mechanism⁵. Although this provides opportunities for indigenous communities to gain economic benefits, conflicts often arise regarding legal certainty in the release of communal land, which still clashes with national law.

Government Regulation Number 18 of 2021 concerning Management Rights, Land Ownership, Housing Units, and Land Registration provides a legal framework for land management in Indonesia, including communal land owned by indigenous communities. This regulation stipulates that management rights can be granted to indigenous communities for communal land, as outlined in Article 5, paragraph (2), which emphasizes that communal land can only be managed by indigenous communities. This strengthens the position of customary law in managing communal land, but with strict limitations on land release or status changes. The management rights of communal land can only be relinquished for public purposes, as explained in Article 12, which imposes restrictions on the release of communal land for national development programs. This regulation attempts to balance the protection of indigenous people's rights with the national development needs, though its implementation is often marked by disagreements between indigenous communities and the government, especially regarding commercial interests.

Although Government Regulation Number 18 of 2021 provides a legal framework for managing communal land, the practice of buying and selling communal land in Jayapura City remains fraught with legal issues. One of the main issues is the legal uncertainty arising from the gap between customary law and national law. The indigenous communities in Jayapura, who continue to uphold the tradition of land release through customary release letters, often do not comply with national legal procedures, which require an authentic deed as the legal basis for land sale⁶. The customary release letter, which is not formally recognized as an authentic deed, poses risks for buyers as it does not provide legal certainty over land ownership rights. This gap creates legal uncertainty, which often leads to land disputes between indigenous communities and those purchasing communal land for personal or commercial purposes. This situation highlights the need for better harmonization between customary law and national law to ensure the protection of all parties involved.

Method and Research. This study employs a socio-legal method aimed at examining the practice of buying and selling communal land (ulayat) through customary release letters in the Indigenous Law Community of Yoka Village, Jayapura City. The socio-legal method was chosen because it allows the researcher to understand the relationship between formal legal norms and the actual legal practices within the indigenous community. This study prioritizes the collection of primary data through in-depth interviews and field observations, using Legal Anthropology, Legislation, and Conceptual approaches as its main foundations. The legal anthropology approach is employed to explore the customary legal norms and how they are applied in daily practices, particularly in the buying and selling of communal land in Yoka⁷. Through this approach, the researcher will map how the system of values and customary traditions shapes the community's legal behavior, as well as how the indigenous community faces challenges from modern law.

⁴ Chand, S. (2017) Registration and release of customary-land for private enterprise: Lessons from Papua New Guinea. *Land Use Policy*, no. 61, p. 414. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2016.11.039>

⁵ Mulyadi, T., Kamsi, K., Surwandono, S., & Raharjo, T. (2019). The Legitimacy of Ondoafi in Conflict Settlement of Customary Land Tenure in Sentani, Papua. *Jurnal Media Hukum*, no. 26 (1), p. 112. DOI: <https://doi.org/10.18196/jmh.20190127>

⁶ Fahmi (Acehnese), C. (2024) The application of international cultural rights in protecting Indigenous peoples' land property in Indonesia. *AlterNative: An International Journal of Indigenous Peoples*, no. 20 (1), p. 158. DOI: <https://doi.org/10.1177/11771801241235261>

⁷ Tobin, B. (2014) Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights—Why Living Law Matters. *Routledge*, p. 327. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315778792>

The Legal Anthropology Approach is used to examine the customary legal norms governing communal land transactions and their application in daily life. Through this approach, the study explores how the system of values and customary traditions influences the community's legal behavior and how the indigenous community faces challenges arising from interactions with modern law. This anthropological perspective provides an in-depth understanding of the social and cultural factors that shape the practice of communal land transactions in Yoka Village. Next, the Legislative Approach is applied by conducting an in-depth review of various relevant regulations, such as Government Regulation Number 18 of 2021 and the Special Regional Regulation of Papua Province regarding communal land rights. This approach plays an important role in analyzing the extent to which formal legal provisions align or conflict with customary practices and provides a legal basis to assess the legitimacy and validity of using customary release letters in formal transactions. Finally, the Conceptual Approach is used to examine fundamental legal concepts such as communal land rights and land management rights. Through this approach, the study analyzes the doctrines and basic principles underlying the differences between national and customary law. This conceptual approach provides a theoretical framework that helps explain the legal challenges and ambiguities that arise in the context of communal land transactions.

By integrating these three approaches, this study aims to provide a detailed and systematic overview of the compatibility or incompatibility between the national legal framework and customary legal practices in communal land transactions. The applied methodological structure is expected to uncover legal uncertainties and challenges faced by indigenous communities, as well as offer insights into potential pathways to achieve legal certainty and harmony between the national and customary legal systems.

Result and Discussion (Background of Customary Land in Yoka Village). Yoka Village, located at the eastern end of Lake Sentani, is part of the administrative region of Heram District in Jayapura City, Papua Province. The village was established on January 2, 1956, and has the following boundaries: to the north, it borders Nafri Subdistrict; to the south, it borders Itakiwa Village; to the west, it borders Ayapo Village; and to the east, it borders Waena Subdistrict. With an area of 10.12 square kilometers, Yoka Village is home to approximately 3,575 inhabitants.

As one of the villages situated in the Sentani customary area, the people of Yoka Village have a social and cultural structure closely tied to the customary legal system. Communal land (ulayat land) is one of the most important assets for the indigenous community in the village, managed through generations based on the applicable customary norms and laws. The existence of communal land is not only significant in social and cultural contexts, but it has also become a crucial issue in the development of Papua. Amid rapid infrastructure development and increasing land demand for construction projects, Yoka Village faces challenges in maintaining a balance between modern economic interests and the preservation of the customary rights passed down from their ancestors. The issue of buying and selling communal land through customary release letters has become one of the main focuses in land management dynamics in this area, which often intersects with national laws governing land ownership rights.

1. Structure of the Customary Government of Yoka Village

Yoka Village has a customary government structure consisting of several key positions that govern social, cultural, and communal land management. This structure includes:

- Ondofolo (Supreme Leader of the Village):

Ondofolo is the supreme leader of Yoka Village, responsible for overseeing the customary government. Ondofolo holds rights over land and water as a legacy from the ancestors. He has the authority to lead, manage peace, declare war, and appoint or replace clan chiefs within the village. Ondofolo also plays a social role, such as paying bride wealth for the first male descendant of the village's clans.

- Yo Noro (Ondofolo's Right and Left Hands):

Yo Noro is Ondofolo's trusted aide who serves as both protector and assistant in carrying out customary duties. Additionally, Yo Noro acts as a secretary for administrative matters and supports Ondofolo in various tasks related to customary governance.

- Abhu Afaa (Supreme Customary Council):

Abhu Afaa is the supreme customary council in Yoka Village, composed of influential traditional leaders. This council has the responsibility to select and propose candidates for Ondofolo's successor, advise and guide Ondofolo, and ensure the well-being of the community. Abhu Afaa also holds the secrets of blessings and curses believed to influence the life of the village.

- Yo Khote (Tribal Chief)

Yo Khote serves as the tribal chief, acting as an extension of Ondofolo in coordinating each of the tribes in Yoka Village. Within Yoka's customary leadership system (keondoafian), there are five tribal chiefs representing five major clans: Mebri, Makuba, Tukayo, Olua, and Ohee. Each of these tribal chiefs plays a critical role in managing their respective clans and ensuring that customary laws are upheld.

2. The Importance of Communal Land for the Indigenous Law Community of Yoka Village

a. Social Structure

Communal land in Yoka Village plays a crucial role in the social context of the community. It serves as the foundation of the local community's social identity. The ownership of communal land is not only viewed as a material right but also holds a strong symbolic value. The land is regarded as an ancestral heritage that strengthens social bonds within the community. Through the ownership of communal land, social status within the community is also established, reflecting the close relationships among community members.

The social structure of Yoka Village is governed by a kinship and customary system that regulates the distribution of land and access rights. In this context, customary leaders play a central role in making decisions regarding land management, which are always carried out with the consensus of the entire community. This system maintains harmony and equality among community members, ensuring that the use of communal land always reflects the collective interest.

In addition, communal land serves as an important venue for various social activities. Many traditional ceremonies and community gatherings are often held on communal land, which not only serves spiritual purposes but also strengthens social cohesion and solidarity among community members. The interactions that occur through these activities reinforce familial ties and preserve the traditional bonds passed down from generation to generation.

b. Culture

In a cultural context, communal land in Yoka Village holds deep historical and cultural value. Each part of the communal land is often associated with folklore, myths, and traditions passed down through generations. The land bears witness to the community's historical journey and plays an important role in preserving the collective memory and cultural identity of the Yoka people. For them, communal land is not merely a physical space, but also a representation of their relationship with the past and their ancestors.

Additionally, communal land serves as the center for various rituals and traditional ceremonies that hold spiritual significance. These ceremonies, such as the welcoming of guests or harvest celebrations, are conducted on communal land, reinforcing the community's connection to their ancestors and preserving their traditional beliefs. Through these rituals, the Yoka community continues to maintain their relationship with the spiritual world and honor the ancestors they believe help safeguard their lives.

Communal land also plays a role in the cultural expression of the Yoka people, such as in traditional dances and music. These arts often reflect the community's spiritual connection to the land and their ancestors. Through arts and music, the community expresses their customary values and cultural heritage, while also conveying important messages about their relationship with the land that forms the foundation of their lives. These cultural activities serve as a means of preserving tradition while educating younger generations about the importance of communal land in their customary way of life.

c. Economic Context

In an economic context, communal land in Yoka Village serves as the main source of livelihood for the local community. This land provides various natural resources that support activities such as agriculture, fishing, and hunting, which are integral parts of the community's daily life. The wise management of communal land is crucial to ensuring food availability and maintaining the economic well-being of the community.

Additionally, certain areas of communal land have the potential for valuable natural resources, such as timber or minerals. The utilization of these resources is carefully managed by the indigenous community to ensure environmental sustainability and prevent exploitation that would harm them. The management of natural resources is carried out collectively, where decisions regarding their use are made together to ensure sustainability and protect the rights of the indigenous community.

Communal land also has significant potential for modern economic development, such as cultural and nature-based tourism. The natural beauty and cultural richness of Yoka Village can be an attraction for tourists. However, land management for economic purposes must be conducted with consideration for the preservation of local culture and ensuring the fair distribution of benefits for the indigenous community. In this way, the indigenous community can gain economic benefits without sacrificing their cultural heritage and the environmental balance they have preserved for generations.

3. The Process of Buying and Selling Customary Land According to Customary Law in Yoka Village

In Yoka Village, the practice of buying and selling customary (ulayat) land follows a long-established customary legal system deeply rooted in the lives of the indigenous community. One of the main instruments in land transactions is the customary release letter, issued by local customary leaders, such as the Ondofolo. This letter is an important document that states the indigenous community's consent to relinquish their collective rights to the land to external parties, whether individuals or companies, typically in relation to economic activities or infrastructure development in the area⁸. This process not only involves individuals who wish to purchase the land but also requires the approval of the entire indigenous community, usually represented by customary leaders and local customary institutions.

The customary release letter plays a crucial role in legitimizing the social aspects of customary land transactions. In the context of customary law, a transaction without a customary release letter is considered invalid by the indigenous community because it does not follow the procedures established by customary norms and laws. For the indigenous people of Yoka Village, customary land holds more than just economic value. The land is part of their cultural identity and ancestral heritage that must be preserved. The decision to relinquish customary land is not taken lightly and must be accompanied by deliberation involving all elements of the community. The customary release letter serves as proof that the land transfer is made through collective agreement, rather than an individual decision⁹.

Although the customary release letter carries strong legitimacy among the indigenous community, it is often not formally recognized by Indonesia's national legal system. The customary release letter does not meet the requirements of an authentic deed, which is legally recognized under national law. As a result, buyers who possess only a customary release letter may face legal uncertainty regarding the ownership status of the purchased land. In some cases, buyers may encounter difficulties when attempting to register the land under the national legal system or when seeking to convert customary land rights into state-recognized ownership¹⁰.

This issue of legal uncertainty has become a critical problem in the management of customary land, particularly in Papua. The discrepancy between customary law and national law often creates space for conflict, especially when there are differing perceptions regarding land ownership and management rights. Buyers of customary land who do not fully understand the differences between a customary release letter and an authentic deed may face problems in the future, particularly if another party challenges the legitimacy of land ownership under national law.

Moreover, in many cases, the process of buying and selling customary land that involves only a customary release letter is often conducted without the assistance of a notary or official land authorities, which exacerbates the legal uncertainty. According to recent research by Steffens and von Benda-Beckmann, one of the biggest challenges in managing customary land in Indonesia is harmonizing the community-based customary legal

⁸ Odendaal, W., Hebinck, P. (2021) A Socio-legal Analysis of the Complexity of Litigating Ancestral Land Rights. In: H. Chitonge, R. Harvey (Eds.) Land Tenure Challenges in Africa. *Springer International Publishing*, p. 247. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-030-82852-3_12

⁹ Mensah, L. (2021) Legal pluralism in practice: Critical reflections on the formalisation of artisanal and small-scale mining (ASM) and customary land tenure in Ghana. *The Extractive Industries and Society*, no. 8 (4), 100973. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.exis.2021.100973>

¹⁰ Pelupessy, E. (2017) The Land Rights of Indigenous Peoples: Revaluation of Papua Special Autonomy. *Hasanuddin Law Review*, no. 3(1), p. 77. DOI: <https://doi.org/10.20956/halrev.v3i1.1047>

system with the more centralized and formal national legal system. The lack of formal recognition of the customary release letter creates tension between the interests of indigenous communities who seek to preserve their traditions and the need to comply with the national legal framework¹¹.

However, for the indigenous community of Yoka Village, the customary release letter remains a legitimate and highly respected instrument. This mechanism allows the community to maintain control over their customary land, even when the land is transferred to external parties. With the customary release letter, the indigenous community feels that they retain sovereignty in deciding the fate of their land and ensure that the land transfer is carried out in accordance with the values and norms they uphold.

In the context of growing development in Papua, including in the Jayapura area, the customary release letter mechanism often acts as a bridge between the customary world and the modern world. Despite facing legal challenges at the national level, this mechanism enables indigenous communities to participate in larger economic transactions without fully sacrificing their identity and sovereignty over customary land. However, to achieve better legal certainty, efforts are needed to harmonize customary legal practices with national law, as well as to provide formal recognition for mechanisms such as the customary release letter in customary land transactions.

Government Regulation No. 18 of 2021, which governs management rights and land ownership, including customary land, aims to create uniformity in land management across Indonesia. One of its provisions states that management rights for customary land can only be granted to indigenous law communities, while for public purposes, customary land can be released through certain mechanisms specified by law¹². However, this regulation often does not fully align with customary legal practices in Yoka Village.

One aspect of this misalignment is the use of the customary release letter, which, while recognized in the customary context, is not considered a formal legal document under national regulations. This creates a gap between customary law and national law, where national regulations require that customary land transactions be validated through an authentic deed made by a notary or land officer. As a result, indigenous communities often face difficulties in converting the status of their customary land ownership into legally recognized ownership under national law. This inconsistency highlights the need for revision and harmonization between government regulations and customary legal practices to ensure legal certainty and protect the rights of indigenous law communities.

The main legal issue in the practice of buying and selling customary land in Yoka Village relates to the incompatibility between the customary legal system and the national legal system. Under customary law, customary land transactions conducted through a customary release letter are considered valid if approved by the customary leader (Ondofolo) and the local community. In this system, the process of relinquishing land rights based on custom has strong social legitimacy and is accepted as a valid transaction within the indigenous community. However, Indonesia's national legal system requires that all land transactions, including customary land, be conducted through an authentic deed made and certified by a notary or land official. The discrepancy between the two legal systems creates legal uncertainty for buyers of customary land, particularly when the customary release letter is not formally recognized by national law.

Conflicts between customary law and national law often lead to various issues, both within the indigenous community and between the indigenous community and external parties purchasing the land. One common conflict arises when buyers of customary land who possess a customary release letter face difficulties in registering the land under the national legal system. Land offices require an authentic deed made by a notary as a prerequisite for land registration. In some cases, although the transaction is considered valid under customary law, the buyer may be unable to obtain formal ownership of the land because the customary release letter is not recognized by national law. This creates uncertainty for the buyer and often leads to prolonged land disputes.

The legal arguments surrounding the validity of customary release letters in communal land transactions require an in-depth analysis to fully explain the issues and broader legal implications. Customary release

¹¹ Inguanzo, I. (2014) Indigenous Peoples' Rights in Southeast Asia. *Asian Journal of Political Science*, no. 22 (1), p. 46. DOI: <https://doi.org/10.1080/02185377.2014.895911>

¹² Government Regulation. No. 18, 2021. URL: <https://iglolaw.com/regulations/government-no-18-of-2021/>

letters, often used by indigenous communities as proof of transfer of communal (ulayat) land rights, lack the same legal strength as formal documents in Indonesia's national legal system, such as land certificates or official deeds of sale. In the context of customary law, release letters are recognized as legitimate and serve as a form of collective agreement reflecting the community's consensus regarding the transfer of usage rights over communal land. However, in the national legal system, these documents are not considered valid proof of ownership or as legally binding instruments for transferring ownership, which creates significant legal uncertainties for the parties involved.

The ambiguous legal status of customary release letters has direct implications for the certainty and security of land transactions. For buyers, the lack of clear legal recognition means that ownership over land acquired through a customary release letter carries the risk of future disputes. This uncertainty could result in a situation where ownership rights cannot be enforced under national law, and buyers lose their investment without adequate legal protection. This situation can lead to economic losses and erode trust in the legal system, especially among investors or parties interested in land transactions in indigenous areas. Furthermore, this lack of formal legal basis creates opportunities for external parties to exploit regulatory weaknesses, allowing them to take advantage of legal loopholes to acquire communal land unilaterally or at unfair prices, ultimately disadvantaging indigenous communities.

On the other hand, the legal impact of this uncertainty also affects indigenous communities themselves. Without formal legal recognition of customary release letters, indigenous communities risk losing control over their land. Land transfers conducted through release letters are not protected within the national legal system, meaning that the land can easily be controlled by outside parties without a fair mechanism for restitution for indigenous communities. Additionally, indigenous communities lose bargaining power in defending their rights to communal land, as their position is not recognized by national law. This situation raises concerns about the sustainability of indigenous land ownership and the potential erosion of their identity and cultural rights.

This condition highlights the urgent need for harmonization between customary law and national law. Formally recognizing customary release letters as valid documents within the national legal system would benefit all parties involved. For buyers, this recognition would provide the legal certainty necessary for secure investments or ownership of communal land. For indigenous communities, formal recognition would protect their rights to communal land and ensure that any transfer of rights is conducted with community consent and acknowledged by the state. Thus, the state can play a role in balancing the interests of indigenous communities with the need for legal certainty in land transactions.

Concrete steps can be taken by the government to achieve this harmonization. First, specific regulations should be established to address the legal status of customary release letters, recognizing them as valid instruments for transferring rights within the context of communal land. This regulation should also outline clear mechanisms for verification and registration, allowing release letters to be officially registered with agencies like the Land Office, ensuring they are legally valid and protected. Second, the state must involve indigenous communities in the legislative process to ensure that their rights and cultural values are respected and accommodated in the new regulations. This process will not only lend legitimacy to the regulations but also build trust between indigenous communities and the government.

With clear regulations and active participation from indigenous communities, land transactions using customary release letters can proceed in a more orderly and secure manner. Formal recognition of customary release letters would help reduce legal conflicts and promote justice in the management of communal land. It would also strengthen the position of indigenous communities in preserving and protecting their land while providing legal certainty for all parties involved in communal land transactions. This harmonization is a crucial step towards creating a legal system that is inclusive, fair, and responsive to the needs of indigenous communities as well as the development of the national legal framework in Indonesia.

The potential for land disputes becomes more complex because land ownership claims under customary law do not always align with claims under national law. This situation opens the door to future conflicts of interest, where other parties with claims under national law may seek to reclaim land previously sold through customary mechanisms. This legal uncertainty not only threatens the rights of buyers but also weakens the legal

protection of indigenous communities involved in the sale of customary land. Indigenous communities, who rely on their traditional legal system, often lack adequate access to understand or navigate the complexities of national law¹³.

This conflict highlights the need for further efforts to harmonize the two legal systems. Without clear synchronization between customary law and national law, the issue of legal uncertainty will continue to arise, endangering the rights of indigenous communities and land buyers. A mechanism that allows for formal recognition of the customary release letter, accompanied by clearer regulations on the registration of customary land, could be one of the solutions to address this problem.

Conclusion. The practice of buying and selling customary land in Yoka Village reflects the complexity of interactions between customary law and national law in Indonesia. Although the customary release letter has long been a legitimate and respected mechanism for land transactions by indigenous communities, this document is not formally recognized by national law, which requires the use of an authentic deed. The inconsistency between these two legal systems creates legal uncertainty for buyers and often leads to land disputes. This conflict is further exacerbated by the lack of harmonization between customary law and national law, which leaves the rights of customary land buyers, as well as the rights of the indigenous communities themselves, in a vulnerable position.

The legal uncertainty arising from this discrepancy not only affects the legality of the transactions but also impacts the social and economic well-being of indigenous communities. The sale of customary land can alter the social structure within the indigenous community, while the economic benefits obtained are often disproportionate to the true value of the land being sold. Therefore, steps need to be taken to harmonize these two legal systems, ensuring legal certainty without neglecting the rights of the indigenous communities that they have long upheld. Formal recognition of the customary release letter and clearer procedures for registering customary land could be important steps toward balancing tradition and modern law in Indonesia.

References

1. Chand, S. (2017) Registration and release of customary-land for private enterprise: Lessons from Papua New Guinea. *Land Use Policy*, no. 61, pp. 413–419. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2016.11.039>
2. Fahmi (Acehnese), C. (2024) The application of international cultural rights in protecting Indigenous peoples' land property in Indonesia. *AlterNative: An International Journal of Indigenous Peoples*, no. 20 (1), pp. 157–166. DOI: <https://doi.org/10.1177/11771801241235261>
3. Gandharum, L., Hartono, D. M., Karsidi, A., Ahmad, M., Prihanto, Y., Mulyono, S., Sadmono, H., Sanjaya, H., Sumargana, L., Alhasanah, F. (2024) Past and future land use change dynamics: Assessing the impact of urban development on agricultural land in the Pantura Jabar region, Indonesia. *Environmental Monitoring and Assessment*, no. 196 (7), 645 p. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10661-024-12819-4>
4. Inguanzo, I. (2014) Indigenous Peoples' Rights in Southeast Asia. *Asian Journal of Political Science*, no. 22 (1), pp. 45–70. DOI: <https://doi.org/10.1080/02185377.2014.895911>
5. Mensah, L. (2021) Legal pluralism in practice: Critical reflections on the formalisation of artisanal and small-scale mining (ASM) and customary land tenure in Ghana. *The Extractive Industries and Society*, no. 8 (4), 100973. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.exis.2021.100973>
6. Mulyadi, T., Kamsi, K., Surwandono, S., & Raharjo, T. (2019). The Legitimacy of Ondoafi in Conflict Settlement of Customary Land Tenure in Sentani, Papua. *Jurnal Media Hukum*, no. 26 (1). DOI: <https://doi.org/10.18196/jmh.20190127>
7. Odendaal, W., Hebinck, P. (2021) A Socio-legal Analysis of the Complexity of Litigating Ancestral Land Rights. In: H. Chitonge, R. Harvey (Eds.) *Land Tenure Challenges in Africa* (pp. 247–265). *Springer International Publishing*. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-030-82852-3_12
8. Pelupessy, E. (2017) The Land Rights of Indigenous Peoples: Revaluation of Papua Special Autonomy. *Hasanuddin Law Review*, no. 3(1), p. 77. DOI: <https://doi.org/10.20956/halrev.v3i1.1047>

¹³ Prill-Brett, J. (2007) Contested Domains: The Indigenous Peoples Rights Act (IPRA) and Legal Pluralism in the Northern Philippines. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, no. 39 (55), p. 12. DOI: <https://doi.org/10.1080/07329113.2007.10756606>

9. Prill-Brett, J. (2007) Contested Domains: The Indigenous Peoples Rights Act (IPRA) and Legal Pluralism in the Northern Philippines. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, no. 39 (55), pp. 11–36. DOI: <https://doi.org/10.1080/07329113.2007.10756606>
10. Surya, B., Ahmad, D. N. A., Sakti, H. H., Sahban, H. (2020) Land Use Change, Spatial Interaction, and Sustainable Development in the Metropolitan Urban Areas, South Sulawesi Province, Indonesia. *Land*, no. 9 (3), p. 95. DOI: <https://doi.org/10.3390/land9030095>
11. Tobin, B. (2014) Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights — Why Living Law Matters. *Routledge*. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315778792>
12. Wicaksana Prakasa, S. U., R. S. Rakia, A. S., Wook, I. (2023) Protecting the Land Tenure Rights of Papuan Indigenous Peoples After New Autonomy Region. *Indonesia Law Reform Journal*, no. 3 (3), pp. 287–303. DOI: <https://doi.org/10.22219/ilrej.v3i3.31352>

About the authors:

Iwan Permadi, Doctor of Science (Jurisprudence), Faculty of Law, Brawijaya University (Malang, Indonesia);
e-mail: iwan_permadi@ub.ac.id

Herlindah, Doctor of Science (Jurisprudence), Faculty of Law, Brawijaya University (Malang, Indonesia);
e-mail: herlindah@ub.ac.id

Dinda Clara Kende, the student of the Faculty of Law, Brawijaya University (Malang, Indonesia);
e-mail: dindaclara13@student.ub.ac.id

Формализм и реализм в руинах (обозначение логики коллапса)¹

Пьер Шлаг²

Профессор юридического факультета Университета Колорадо (Колорадо, США)

Аннотация

После изложения общепринятого подхода к спору между формализмом и реализмом в статье утверждается, что формализм и реализм невозможны, и укоренены в правовой мысли. Сказать об их невозможности означает сказать, что они неверно заявлены и не могут предоставить обещанные блага. Сказать об их укорененности означает сказать, что эти мыслительные традиции закрепляются в качестве идеи и практики во всей империи права. Мы живем, таким образом, среди руин формализма и реализма. Споры между этими великими детерминантами американской правовой мысли продолжаются по сей день, но обычно в более локализованной или ограниченной форме. Мы видим версии споров, например, в стилистических разногласиях по поводу желаемой формы судебных доктрин (нормы против стандартов), или наилучшей трактовки ключевых политических ценностей, таких как равенство (формальное против фактического), или надлежащего способа судебного толкования (текстуальный против телеологического). Даже аргументы, составляющие локализованные варианты спора, остаются неубедительными. Автор завершает статью описанием «логики коллапса» — в частности, некоторых критических ходов, которые подрывают риторическую и интеллектуальную силу споров о формализме и реализме и их локализованных вариантов. Целей здесь несколько. Во-первых, способность применять критические ходы помогает в анализе. Прежде всего, это помогает показать, как строятся аргументы и насколько они опровергнуты с риторической и интеллектуальной точек зрения. Во-вторых, вместе с этим критические ходы позволяют нам не поддаваться аргументам спора формализма и реализма и их локализованным вариантам. В-третьих, цель в том, чтобы показать, как нашу формалистическую и реалистическую аргументацию уже превзошла юридическая «логика», которая подрывает убедительность этой аргументации.

Ключевые слова: формализм в праве, реализм в праве, Пьер Шлаг.

Для цитирования: Шлаг П. Формализм и реализм в руинах (обозначение логики коллапса) / пер. с англ. А. М. Хмелевского, под ред. Е. Г. Самохиной. Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 18–55. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-18-55. EDN: YYIJNT

Abstract

After laying out a conventional account of the formalism vs. realism debates, this Article argues that formalism and realism are at once impossible and entrenched. To say they are impossible is to say that they are not as represented — that they cannot deliver their promised goods. To say that they are entrenched is to say that these forms of thought are sedimented as thought and practice throughout law's empire. We live thus amidst the ruins of formalism and realism. The disputes between these two great determinations of American law continue today, but usually in more localized or circumscribed forms. We see versions

¹ Schlag P. Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse). Iowa Law Review, 2009. Vol. 95. No. 195. Перевод А. М. Хмелевского (студент юридического факультета НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург, исследователь научно-учебной группы «Государство, церковь и право»; редактор — Е. Г. Самохина, канд. юрид. наук, доцент НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург).

² Теоретик права и профессор юридической Школы имени Байрона Р. Уайта в Университете Колорадо. Данная статья была представлена на семинарах в Школе права Университета Колорадо, в Юридическом центре Джорджтаунского университета и юридическом колледже Университета Талсы. Автор выражает благодарность участникам семинаров за их комментарии и критику, а также Джастину Десаутельсу-Стейну, Дереку Хантли Кирнан-Джонсону и Ахмеду Уайту за их предложения.

of the disputes, for instance, in the stylized disagreements over the desired form of judicial doctrines (rules vs. standards); or the best rendition of key political values like equality (formal vs. substantive); or the proper mode of judicial interpretation (textual vs. purposive). Here too, the arguments that comprise the localized variants of the dispute remain inconclusive. The Article concludes by mapping “the logics of collapse” — specifically, some critical moves that undermine the rhetorical and intellectual force of the formalism vs. realism disputes and their localized variants. The aims here are several. First, the ability to deploy the critical moves helps with analysis. The critical moves help show how the arguments are constructed in the first place and how they are rhetorically and intellectually compromised. Second, and relatedly, the critical moves allow us to avoid being taken in by the formalism vs. realism arguments and their localized variants. Third, the aim is to show how our formalist and realist argumentation has already been surpassed by a legal “logic” that undermines the cogency of that argumentation.

Keywords: legal formalism, legal realism, P. Schlag.

For citation: Schlag, P. Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse). *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 18–55. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-18-55

I. ВВЕДЕНИЕ³

Из всех великих споров, которые когда-либо существовали в американском праве, спор формализма и реализма вполне может считаться одним из наиболее широкомасштабных и значимых. Отчасти это объясняется тем, что формализм и реализм присущи самой форме, самой идентичности американского права. Сегодня теоретическая версия борьбы между этими двумя великими взглядами кажется бездействующей, но повсюду мы замечаем остаточные стычки. Повсюду мы обнаруживаем «локализованные варианты» эпической борьбы: нормы против стандартов, текстуальное толкование против телеологического, фактические ценности против формальных (и многое другое)⁴. И по мере того как мы переходим из одного «предметного» поля в другое, мы снова и снова сталкиваемся с одними и теми же аргументативными формами: точная семантика может меняться, но грамматика остается прежней. Мы видим один и тот же спор о формализме и реализме в любой предметной области: свобода слова⁵, судебная практика⁶, федерализм⁷, толкование права⁸, толкование закона⁹, положение об изъятии¹⁰ и прочих.

³ Эта работа — продолжение усилий по развитию юриспруденции форм. См. другие статьи: *Шлаг П.* Эстетики американского права / перев.: Е. Г. Самохина. Российский ежегодник теории права. 2010. No. 3. С. 112–180; *Schlag P.* Cannibal Moves: An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction. *Stanford Law Review*, 1988. Vol. XL. No. 4. Pp. 929–972; *Schlag P.* Rules and Standards. *UCLA Law Review*, 1985. Vol. XXXIII. Pp. 379–430. См. также: *Schlag P.* The De-differentiation Problem. *Continental Philosophy Review*, 2009. Vol. XLI. No. 1. Pp. 35–62.

⁴ См. часть IV (изложение локализованных вариантов спора формализма и реализма).

⁵ Ср.: *Frantz L. B.* Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson. *California Law Review*, 1963. Vol. LI. No. 4. Pp. 729, 732. (Автор утверждает, что суды не должны использовать балансировку во всех делах, связанных с первой поправкой, а должны попытаться выработать норму или принцип.); *Frantz L. B.* The First Amendment in the Balance. *Yale Law Journal*, 1962. Vol. LXXI. Pp. 1424, 1425. (Автор доказывает на основании текста и истории Конституции, что суд должен использовать балансировку в делах, связанных с Первой поправкой.); *Mendelson W.* On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance. *California Law Review*, 1962. Vol. L. Pp. 821, 823–825. (Автор на основании текста и истории Конституции утверждает, что суд должен использовать балансировку в делах, связанных с Первой поправкой.); *Mendelson W.* The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz. *Vanderbilt Law Review*, 1964. Vol. XVII. Pp. 479, 481–483 (то же самое).

⁶ См. часть II (критика формализма и реализма).

⁷ Ср.: *Allison H.* Eid, Federalism and Formalism. *The William and Mary Bill of Rights Journal*, 2003. Vol. XI. No. 3. Pp. 1191, 1195 («Доза формализма необходима для адекватной защиты ценностей федерализма»); *Chemerinsky E.* Formalism and Functionalism in Federalism Analysis. *Georgia State University Law Review*, 1997. Vol. XIII. Pp. 959, 960 («Формалистический подход к федерализму ошибочен»).

⁸ Ср.: *Scalia A.* A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton: Princeton University Press, 1997. 159 p. («Законы означают то, что в них написано, а не то, что хотели сказать законодатели»); *Дворкин Р.* Империя права М.: Издательство Института Гайдара, 2021. 592 с. (Автор приходит к выводу о том, что право — это отношение, которое должно быть распространено в обычной жизни, если мы хотим, чтобы оно хорошо служило нам даже в суде.)

⁹ Ср.: *Esckridge W. N.* Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, 1987. Vol. CXXXV. P. 1479 («Однако законы, как и Конституция и общее право, должны толковаться “динамически”», то есть «в свете их современного общественного, политического и правового контекста») с *Manning J. F.* Textualism as a Nondelegation Doctrine. *Columbia Law Review*. Vol. 97. Pp. 673, 675 («Текстуализм призван сохранить целостность законодательного процесса, лишив представителей Конгресса права разрешать неясные и двусмысленные тексты, созданные самим Конгрессом») и *Manning J. F.* Constitutional Structure and Statutory Formalism. *University of Chicago Law Review*, 1999. Vol. 66. Pp. 685, 708. («Современный академический консенсус против текстуализма опирается на самый шаткий эмпирический фундамент».)

¹⁰ Речь идет о Пятой поправке к Конституции США (taking clause) (*Прим. пер.*). В качестве спора сторонников формализма против сторонников реализма, ср.: *Epstein R. A.* The Harms and Benefits of Nollan and Dolan. *Northern Illinois Law Review*, 1995. Vol. XV. P. 479; *Fenster M.* Takings Formalism and Regulatory Formulas: Exaction and the Consequences of Clarity. *California Law Review*, 2004. Vol. XCII. P. 609.

Повсюду дебаты столь же интенсивны и запутанны, сколь слабы и неубедительны. И, кажется, повсюду мы сталкиваемся с людьми, руководствующимися вполне благими намерениями, — такими, как я (а теперь и такими, как вы) — которых притягивает к этим спорам, как мотыльков на свет.

Так зачем же мы это делаем? На каком-то уровне мы знаем, что формализм и реализм находятся в упадке, и всё же, когда кто-то начинает спор о нормах и стандартах, мы встаем на чью-то сторону. Это относится и к интерпретационному варианту спора — текстуальное толкование против телеологического. Это же относится и к определению ценностной формы — формальной или фактической. Нас как будто захватывает какая-то чудесная или адская машина.

Как мы пришли к этому? Я расскажу об этом в части II, где опишу формализм и реализм как два великих формальных детерминанта американской правовой мысли. Я также представлю их соответствующие стандартные критические замечания. Цель этого раздела — наметить позиции, риторику и опасные места таким образом, чтобы мы могли распознать в статье (и в других местах) наличие множества споров о формализме и реализме в их локализованных вариантах.

В части III я покажу, что формализм и реализм невозможны, но укоренены в правовой мысли. Сказать об их невозможности означает сказать, что они неверно заявлены и не могут предоставить обещанные блага. Сказать об их укорененности означает сказать, что эти мыслительные традиции закрепляются в качестве идеи и практики во всей империи права. Следует также отметить, что критические замечания, при всех их концептуальных достоинствах, оказались недостаточными для вытеснения споров между формализмом и реализмом.

Мы живем, таким образом, среди руин формализма и реализма. Споры продолжаются, но в более локализованных или ограниченных формах. В части IV я освещаю варианты споров в виде стилизованных разногласий по поводу желаемой формы судебных доктрин (нормы против стандартов), наилучшего изложения ключевых политических ценностей, таких как равенство (формальное против фактического), и надлежащего способа судебного толкования (текстуального против телеологического). Даже аргументы, составляющие локализованные варианты спора, остаются неубедительными. А что касается многочисленных усилий, направленных на разрешение и урегулирование споров, то они не только терпят неудачу, но, по иронии судьбы, преуспевают в усилении плюрализации (следовательно, еще больше усиливают ауру нерешительности).

Что мы должны думать, что делать? В части V я опишу логику коллапса — в частности, некоторые критические ходы, которые подрывают риторическую силу споров о формализме и реализме и их вариантов. Целей здесь несколько. Во-первых, на базовом уровне способность активировать критические ходы помогает в анализе — нет смысла покупать на аргументы в пользу формализма или реализма, если они скомпрометированы. Критические ходы помогают увидеть в первую очередь то, как строятся аргументы и насколько они интеллектуально скомпрометированы. Во-вторых, из вышесказанного вытекает, что критические ходы позволяют нам не поддаваться аргументам спора формализма и реализма, как и аргументам его локализованных вариантов. Идея состоит в том, чтобы вернуть себе немного контроля над ситуацией (ведь мы же законники), поскольку мы имеем дело с уже опровергнутыми аргументами, которые тем не менее продолжают формировать наш образ мышления. Идея в том, чтобы показать, как мы можем выйти за рамки автоматизма этих юридических аргументов. В-третьих, цель в том, чтобы показать, как нашу формалистическую и реалистическую аргументацию уже превзошла юридическая «логика», подрывающая ее убедительность.

II. ОБЩЕПРИНЯТЫЙ ПОДХОД: ФОРМАЛИЗМ ПРОТИВ РЕАЛИЗМА

В американском праве существует традиционный нарратив о формализме и его крахе. По мере того как он воспроизводится снова и снова, накапливаются возражения против его исторической достоверности¹¹. Хотя вопрос достоверности нарратива явно имеет значение (и очень большое), важен и вопрос

¹¹ См., напр.: *Tamanaha B. Z. The Realism of the "Formalist" Age*. St. John's Legal Studies Research Paper. No. 06-0073. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985083 (дата обращения: 01.01.2009) (Автор критикует стандартный нарратив об эпохе формализма.)

его фактичности. Нарратив о формализме оказал значительное влияние на то, как мы стали относиться к нашему собственному праву. В его изложении есть некоторые разночтения, но в целом он выглядит примерно следующим образом.

В конце XIX в. во взглядах американских юридических школ доминировал теоретически не сформулированный, хотя и институционально закрепленный подход к праву. Согласно этой точке зрения, негласно изложенной в трактатах и статьях для юридических журналов, право представляло собой последовательную, беспробельную, автономную и всеобъемлющую систему концептуальных предложений. Этот взгляд на право, описанный Томасом Греем как «всеобъемлющий» формализм, подвергся резкой критике со стороны реалистов в 1920-х и 1930-х гг.¹²

Как только работа по критическому анализу завершилась, всеобъемлющий формализм был, по крайней мере частично, вытеснен рабочим подходом к праву — назовем его «реализмом», который настаивал на инструментальном, практическом, контекстуальном, сконструированном и адаптивном характере права¹³. Этот негласный рабочий подход, задуманный в зачаточной форме некоторыми реалистами, применялся на протяжении большей части XX века. Он сосуществовал бок о бок с остатками всеобъемлющего формализма.

В качестве интеллектуальной истории нарратив о формализме, вероятно, страдает определенными недостатками. Он слишком прост; временная упорядоченность слишком четкая и однонаправленная; мифы о происхождении вырисовываются слишком масштабно, а повествование (как и большая часть юридической мысли в целом) слишком пропитано философским идеализмом. Но даже в таком виде нарратив оказал влияние на многие поколения американских правоведов. Об этом говорилось много раз. Так, он повлиял как на то, что мыслители идентифицируют и признают как формализм и реализм, так и на их характерные добродетели и пороки.

Здесь, за одним существенным исключением, я стараюсь как можно точнее придерживаться общепринятого нарратива¹⁴. Соответственно, я не предъявляю серьезных претензий к точности того, во что «на самом деле» верили реальные исторические субъекты, которых называют формалистами или реалистами¹⁵. Я выдвигаю два утверждения. Одно из них заключается в подчеркивании важности общепринятого нарратива о развитии американского права — нарратива, который всё еще широко распространен и по-прежнему имеет основополагающее значение для современного правосознания. Я также утверждаю, что способы мышления, описанные здесь как формализм и реализм, узнаваемы в более или менее искаженных формах в сознании современных юристов и философов права¹⁶.

¹² Grey T. C. The New Formalism. Stanford Law Sch. Pub. Law & Legal Series, 1999. Working Paper No. 4. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=200732 (дата обращения: 01.01.2009); Grey T. C. Langdell's Orthodoxy. University of Pittsburgh Law Review, 1983. Vol. XLV. Pp. 33–39. (Автор рассуждает о развитии формализма во времени.)

¹³ Терминология — всегда сложная вещь. Я надеюсь, что мое описание будет узнаваемо читателем как современный и распространенный рабочий подход в американском праве, и что ярлык «реализм» отражает его характер. Реализм в том виде, в каком он здесь описан, имеет некоторое отношение к позитивистским теориям права, выдвигаемым некоторыми правовыми реалистами. Но для данной работы важнее всего, чтобы реализм был признан рабочим подходом к праву, используемым многими современными юристами и правовыми мыслителями при работе с правовой материей.

При этом реализм, который я здесь описываю, очень точно соответствует описанию Робертом Саммерсом «прагматического инструментализма» — полезной теоретизации позитивистского видения права, отстаиваемого многими правовыми реалистами и юристами социологических школ в начале двадцатого века. См.: Summers R. S. Instrumentalism and American Legal Theory. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1982. 295 p.; Summers R. S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. Cornell Law Review, 1981. Vol. LXVI. No. 864. Pp. 861–948.

¹⁴ Исключением является то, что я не представляю формализм и реализм как симметричные альтернативы. См. далее часть II, пункт С (представление реализма как чего-то иного, чем зеркальное отражение формализма).

¹⁵ Что касается формализма, то историческая достоверность этого нарратива вызывает особые сомнения. Как отмечает Дэвид Лайонс, «юридический формализм трудно определить, поскольку, насколько я могу судить, никто никогда не разрабатывал и не отстаивал систематизированный свод доктрин, который отвечал бы этому названию. У нас нет четкого представления о том, какие философские идеи могли бы лежать в основе этой концепции права». Lyons D. Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study. Cornell Law Review, 1981. Vol. LXVI. Pp. 949, 950. Действительно, здесь мы сталкиваемся не только с проблемой отсутствующего референта (т.е. о ком или о чем идет речь?), но и с очень серьезным вопросом о том, был ли этот мнимый референт настолько важен или распространен, как утверждает история.

¹⁶ Рассмотрим, например, различные стилизации формализма и реализма (или их аналогов) в различных областях империи права:

Изложение заключений: формальный стиль и Гранд-стиль: «Гранд-стиль» и «формальный стиль» — это два стиля изложения судебных решений, которые, по мнению Ллевеллина, характерны, соответственно, довоенному периоду и концу XIX века. В Гранд-стиле прецедент рассматривается в свете репутации судьи, а принцип — как источник смысла, порядка и политики. В формальном стиле, напротив, нормы разрешают дела,

А. Всеобъемлющий формализм

Всеобъемлющий формализм представляет собой целостное видение права — притязание на то, что есть право и чем должно быть право в широком смысле. Ряд мыслителей, в том числе хорошо известных (Эрнест Вайнриб¹⁷, Дэвид Лайонс¹⁸, Томас Грей¹⁹, Пол Кокс²⁰, Дункан Кеннеди²¹ и Лоуренс Солум²²), описали многие аспекты всеобъемлющего формализма. Хотя они не всегда предлагали одно и то же описание или не всегда исследовали одни и те же объекты, тем не менее в их описаниях присутствует значительная степень совпадения. Здесь важно признать, что, как и многое другое в юриспруденции, формализм сам по себе остается не полностью формализованным. Не существует единой согласованной концептуализации формализма, а кроме того, несколько существующих версий видения сами по себе не определены до конца. Действительно, некоторые концептуализации формализма являются (и это не критическое замечание) откровенно импрессионистскими²³.

Как правило, формализм (и здесь я отталкиваюсь от упомянутых выше теоретиков) рассматривает право с точки зрения ряда взаимосвязанных черт — в частности, концептуализма, согласованности, беспробельности, автономии и полноты. Ниже я кратко опишу эти черты и выделю курсивом те теоретические обязательства, которые они исключают.

Концептуализм: право содержит понятия (например, «собственность»), которые являются достаточно богатыми и определенными, чтобы допускать «основанную на значении» разработку правовой системы²⁴. Другими словами, можно размышлять о понятиях права так, что они будут достаточными для выдвижения определенных выводов (без какой-либо внешней помощи)²⁵.

Это исключает рассмотрение права в инструментальных, логических или политических смыслах. Концептуализм делает любое изучение социальных/экономических/политических последствий права неуместным для надлежащего принятия юридических решений. Специальный анализ политики,

политика остается за законодателем, а принцип используется для отсеивания ошибочных прецедентов. *Llewellyn K.* The Common Law Tradition: Deciding Appeals. Aspen: Aspen Law & Business. 1960. Pp. 36–38.

Моральное обоснование: имманентная моральная рациональность против инструментализма. См. в общем: *Weinrib E. J.* Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. *Yale Law Journal*, 1988. Vol. XCIV. P. 949. (Автор противопоставляет формалистическое видение права как разумного имманентного порядка инструменталистскому видению права как направленного на достижение внешних целей.)

Глобализации: классическая правовая мысль против социальной. См.: *Kennedy D.* Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*. Cambridge University Press, 2006. Pp. 19–73. (Автор противопоставляет «классическую правовую мысль» как способ мышления, озабоченный сохранением сфер автономии государственных и частных субъектов, и «социальную» мысль как способ мышления, озабоченный целенаправленным использованием права в качестве механизма регулирования.)

Теория права: гранд-теория против прагматизма. Ср.: *Farber D., Sherry S.* Desperately Seeking Certainty: the misguided quest for constitutional foundations. *Chicago: University of Chicago Press*, 2002. 222 p. (Автор высмеивает гранд-теорию); *Bork R.* Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, 1971. Vol. XLVII. (Автор радикализирует подход «нейтральных принципов» Векслера к конституционному судопроизводству.)

Внутренняя архитектура права: систематичность и последствия. Ср.: *Waldron J.* Transcendental Nonsense and System in the Law. *Columbia Law Review*, 2000. Vol. C. No. 16. Pp. 47–52. (Автор утверждает, что «системность» — концептуальная терминология и согласованность права — необходима и должна «вмещать» политические инициативы.); *Cohen F. S.* Field Theory and Judicial Logic. *Yale Law Journal*. 1950. Vol. LIX. (Автор отстаивает глобально-консеквенциалистскую форму рассуждения.)

Правовые добродетели: верховенство права и инструментализм. См. в общем: *Tamanaha B. Z.* The Realism of the “Formalist” Age. (Автор разграничивает верховенство права с инструменталистскими моделями права и правовой мысли.)

¹⁷ *Weinrib E. J.* Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. Pp. 961–962.

¹⁸ *Lyons D.* Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study. Pp. 950–952.

¹⁹ *Grey T. C.* Judicial Review and Legal Pragmatism. *Wake Forest Law Review*, 2003. Vol. XXVIII. P. 473.

²⁰ *Cox P.* An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism. *Indiana Law Review*, 2003. Vol. XXXVI. P. 57.

²¹ *Kennedy D.* Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought America. *Research in Law and Sociology*, 1980. Vol. III. Pp. 3–24. Кеннеди теоретизирует не о конструкции, называемой «формализм», а о конструкции, называемой «классическая юридическая мысль». Это не просто вопрос разной терминологии. Конструкция Кеннеди преодолевает любое мнимое разделение на форму и содержание, в то время как те, кто теоретизирует «формализм» (в том числе и я), сосредоточены на том, что они (мы) называют формой. Разница важна, но между этими двумя подходами есть и очевидное совпадение.

²² *Solum L. B.* The Aretaic Turn in Constitutional Theory. *Brooklyn Law Review*, 2004–2005. Vol. LXX. No. 475. Pp. 475–532.

²³ *Ibid.*

²⁴ Термин «основанный на значении» предложен Дунканом Кеннеди. *Kennedy D.* Legal Formalism. *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. New York: Elsevier, 2001. Pp. 8634, 8635–8636. Термин Кеннеди полезен тем, что он так хорошо отражает это: попытка извлечь смысл из одних только базовых понятий, в отрыве от истории, психологии, политики и культуры. См. также: *Grey T. C.* Langdell’s Orthodoxy («Можно аналитически вывести сами правила из принципов»).

²⁵ *Weinrib E. J.* Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. Pp. 961–962.

логарифмы эффективности и утилитарные расчеты — всё это исключается. Действительно, любое рассмотрение последствий применения права в качестве основы для принятия решений рассматривается по меньшей мере как подозрительное, если не полностью незаконное.

Согласованность/систематичность: право как система является единым целым²⁶. Другими словами, система права (в целом и в идеале) свободна от дискурсивных затруднений, таких как разобщение (дизъюнкция), противоречие, двусмысленность, коллизии, «адхоковость» (*ad hocery*) и т. п.

Здесь исключаются партикуляристские, плюралистические и катахрестические трактовки права и взгляды на право как на нечто существенно зависящее от контекста.

Беспробельность: право рассматривает и разрешает каждый юридический вопрос, который может возникнуть. В праве нет «дыр» — и, следовательно, ни у одного суда нет повода искать или создавать какой-либо внеправовой источник принятия решений²⁷. Беспробельность, наряду с согласованностью, также способствует утверждению идеи того, что на каждый юридический вопрос существует правильный ответ и что право объективно.

Беспробельность исключает представление о том, что право может быть изобретено или сотворено заново. Поскольку право не имеет пробелов, суду никогда не нужно изобретать или создавать право. Действительно, для суда создание права само по себе было бы неправовым актом.

Автономия: право развивается в соответствии со своей собственной внутренней логикой. Интеллектуальная репутация права существует сама по себе и не нуждается в дополнительной поддержке со стороны других дисциплин, таких как экономика или социология²⁸. Конечно, можно иметь экономическое, социологическое или иное понимание права. Однако это не является ни необходимым, ни достаточным для того, чтобы действительно понять право или сказать, что это такое.

Автономия исключает представление о том, что мы должны или можем прибегнуть к экстра- или междисциплинарным знаниям или моральным/политическим принципам, чтобы понять право или сказать, что оно собой представляет или должно представлять.

Полнота/завершенность: право не только не содержит пробелов (никаких пробелов внутри его отдельных областей), но и занимает только ту область, которая должным образом подпадает под действие права²⁹.

Идея здесь заключается в том, что существуют определенные пределы права, и юридизация не должна выходить за эти пределы. Исключено представление о том, что закон может быть распространен на вопросы, которые еще не подпадают под его действие.

Формалистические теории права обычно подтверждают все эти утверждения или их комбинацию. Очевидно, что всё большее ослабление или отказ от каждой черты будет приводить к тому, что теория будет казаться всё менее заслуживающей названия «формалистической».

В своей наиболее чистой форме всеобъемлющий формализм выдвигается как описательная и нормативистская теория права. Связь между этими характеристиками обеспечивается настойчивым требованием верности праву (в частности, формалистической версии права)³⁰. Всеобъемлющий формализм не терпит компромиссов. Если всеобъемлющий формализм кажется догматичным или витающим

²⁶ См.: Summers R. S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use («Последовательность, аналогия, согласованность, гармония и симметрия были их основными тестами на обоснованность»).

²⁷ См.: Grey T. C. Langdell's Orthodoxy («Для полноты системы было крайне важно, чтобы она была концептуально упорядоченной, а ее фундаментальные принципы и составляющие их понятия были достаточно абстрактными, чтобы охватить весь спектр возможных случаев.»); Lyons D. Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study («Закон содержит достаточную базу для принятия решения по любому возникающему делу. В законе нет пробелов, и по каждому делу можно принять только одно обоснованное правовое решение»). (Внутренние кавычки пропущены.)

²⁸ Grey T. C. Langdell's Orthodoxy («Классическая ортодоксия представляла собой особый вид правовой теории — набор идей, которые должны быть реализованы изнутри теми, кто управляет правовыми институтами, а не набор идей об этих институтах, отражающих внешнюю точку зрения, будь то социологическое, историческое или экономическое объяснение правовых явлений.»)

²⁹ Ibid, p. 11. (Грей заявил: «Когда возникает новый случай, к которому не применима ни одна из существующих норм, его можно классифицировать и вывести верную норму для него, используя общие концепции и принципы; затем эту норму можно применить к фактам, чтобы продиктовать уникальное правильное решение по делу.»)

³⁰ Разумеется, перед формалистами возникают всевозможные трудности, связанные с тем, что делать, когда декларируемое позитивное право само по себе не соответствует формально-юридическому идеалу. Вопрос заключается в том, стоит ли следовать закону, который не соответствует

в облаках, пусть будет так. Идея в том, что право есть право, и мир должен приспосабливаться к нему, а не наоборот³¹.

В. Критика формализма

На протяжении большей части XX века всеобъемлющий формализм решительно отвергался в американской юридической школе — фактически его просто игнорировали. Сегодня трудно найти нечто большее, чем небольшую группу правоведов, приверженных всеобъемлющему формализму. Однако это не означает, что формализм был вытеснен с юридической сцены. Формализм остается и процветает в различных уголках империи права, даже несмотря на то, что его полномасштабное теоретическое выражение было решительно отвергнуто.

Интеллектуальное разрушение всеобъемлющего формализма обычно приписывается реалистам 1920-х и 1930-х гг. Аналитические направления их атак, как правило, носили инфраструктурный характер. Иными словами, сторонники правового реализма, как правило, пытались ударить по правовому формализму в определенных слабых местах, а не теоретизировать его с какой-либо всеобъемлющей точки зрения³². Насмешка и сарказм были преобладающими риторическими инструментами таких атак — скепсис и возмущение задавали основной тон. Всеобъемлющий формализм потерпел крах, став жертвой не столько философских смертельных ударов, сколько, скорее, тысячи юридических недоразумений³³.

1. Произвол

Одним из наиболее серьезных критических замечаний реалистов было замечание о смене сферы применения. В то время как формалисты могли довольствоваться тем, что «правильно излагали законы» в книгах и позволяли миру приспосабливаться к ним, реалисты утверждали, что право должно принимать во внимание императивы социальной и экономической жизни и отвечать на них³⁴. Проверка обоснованности закона больше не ограничивалась соблюдением формалистических добродетелей. Вместо этого закон должен был отвечать за то, насколько хорошо или плохо он регулирует социальную и экономическую жизнь. Для всеобъемлющего формализма такой переход в области применения не был радужной перспективой. Праву не только пришлось бы отказаться от своей хваленой автономии, но, что, возможно, еще хуже, оно должно было бы следовать конфигурациям и требованиям социальной и экономической жизни, которые вряд ли будут регулироваться инвариативной, всеохватывающей и последовательной логикой. Как следствие, формализм привел бы к бессмыслице и произволу.

2. Неэффективность

Для сторонников всеобъемлющего формализма истоки права кроются в его концептуальном упорядочивании. Это означает, среди прочего, что, когда суды отходят от концептуального порядка, они в широком смысле вообще не занимаются юриспруденцией. Реалисты перевернули эту точку зрения с ног на голову. Джером Фрэнк, например, высмеивал то, что он называл «формальным правом» и «правом в дискурсе», утверждая, что на самом деле правом является то, что делают суды³⁵. Ссылаясь на теорию «плохого человека» Холмса и связанную с ним теорию предсказания права (*prediction theory of law*), Фрэнк отметил, что «плохому человеку» наплевать на научные разработки формалистической

процедуре установления, во имя верности формалистическому процессу или, напротив, отвергать его из-за несоответствия формалистической форме?

³¹ Cox P. An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism. (Автор описывает формализм как отказ от реагирования на «социальные потребности».)

³² Главный опус Арнольда Турмана — пожалуй, самое очевидное исключение. См.: Thurman W. A. The Symbols of Government. New Haven: Yale University Press, 1935. 278 p.

³³ По словам Мортон Хорвица, правовой реализм был «скорее интеллектуальным настроением, чем четким сводом догматов»: Horwitz M. The Transformation of American Law, 1870–1960: the Crisis of Legal Orthodoxy. New York: Oxford University Press, 1992. 361 p.

³⁴ Cohen F. S. Field Theory and Judicial Logic. P. 251. («Мы можем отказаться от старой идеи о том, что конкретные нормы прецедентов заполняют абсолютное правовое пространство».)

³⁵ См.: Frank J. What Courts Do in Fact. Illinois Law Review, 1932. Vol. XXVI. P. 645. (Объяснение того, что действия судов зависят не столько от «фактов», сколько от того, какими считают эти факты различные субъекты, такие как судьи, присяжные и свидетели.)

юридической науки³⁶. Он заботится только о последствиях, которые настигнут его по решению суда. Опять же, это было не столько опровержением формализма, сколько пересмотром его постулатов — в данном случае пересмотром источника права с понятий на судебную практику³⁷. И не судов в целом, а названных, конкретных, социально ориентированных судов. При таком пересмотре источников права всеобъемлющий формализм был бы неспособен реализовать (воплотить в жизнь) свои мнимые достоинства.

3. Догматизм

В то время как формалисты рассматривали право как набор «норм, доктрин и принципов» — короче говоря, набор положений, реалисты стремились вновь придать праву социальный характер. Это означало не просто, что те, кто формирует право, должны учитывать его социальные последствия, но и нечто гораздо более радикальное. Для многих реалистов само право (идентичность права) имело социальное измерение, решающее значение для его надлежащей разработки. Ллевеллин, например, отверг представление о праве как о системе положений и вместо этого стремился рассматривать право как «действие» (*a doing*) — деятельность³⁸. Феликс Коэн, описавший юридический формализм как своего рода «трансцендентальную бессмыслицу»³⁹, рассматривал судебные решения как социальные события, которые должны быть поняты в терминах социальных предпосылок и последствий⁴⁰. И в рамках инструментализма, общего для многих мыслителей той эпохи — Коэна, Паунда, Холмса и др., право рассматривалось и использовалось как инструмент⁴¹.

Как только человек признает, что право — это действие, событие, инструмент и средство социального действия, формализм становится гораздо более сложным, если не невозможным, проектом. Причина проста: будучи формалистом, можно правдоподобно утверждать о наличии некоторого рода концептуального порядка в праве только в случае, если воспринимать его как систему пропозиций, организованных в соответствии с логикой. В этом случае можно полагаться на предположение, что концептуальное значение нормы или доктрины определяет ее идентичность (и надлежащую сферу применения). Но если идентичность нормы или доктрины заключается в социальном использовании, то утверждение о том, что концептуальное значение определяет их идентичность, становится своего рода догматизмом — и более того, неправдоподобным догматизмом. Неправдоподобным, потому что нет абсолютно никаких оснований верить в совпадение между концептуальным значением и социальным использованием — особенно в обстановке политической и финансовой напряженности, например, судебных разбирательств.

4. Непоследовательность

Другой формой, которую приняла критика формализма, было обрушение концептуальных противоположностей в результате перестановки кадров. Здесь ключевыми фигурами являются Роберт Хейл и его предшественник Уэсли Хофельд⁴². Хейл утверждал, что предоставление права собственности частной стороне фактически лишает другие стороны возможности использовать охраняемый ресурс⁴³. Соответственно, каждое предоставление частного права является также ущемлением прав других лиц. Одно из следствий этой идеи заключалось в том, что предоставление законного права не обязательно

³⁶ Ibid. P. 645.

³⁷ Ibid.

³⁸ *Llewellyn K. N. On What Is Wrong with So-Called Legal Education. Columbia Law Review, 1935. Vol. XXXV. No. 5. Pp. 651, 668.* (Автор описывает право как «действие» (*a doing*).)

³⁹ *Cohen F. S. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. Columbia Law Review. 1935. Vol. XXXV. No. 6. P. 809.*

⁴⁰ Ibid. P. 834.

⁴¹ *Riles A. A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities. Buffalo Law Review, 2005. Vol. LIII. No. 3. Pp. 973, 980.* (Отмечается, что «главная идея реализма заключалась в том, что право лучше всего представлять себе метафорически, как инструмент».)

⁴² *Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State. Political Science Quarterly, 1923. Vol. XXXVIII. Pp. 470–494; Hohfeld W. N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. Yale Law Journal, 1913. Vol. XXIII. Pp. 19–59.* (Хофельда обычно называют не реалистом, а скорее важным предшественником реализма.)

⁴³ *Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State. P. 471.*

повышало уровень свободы — оно просто повышало уровень чьей-то свободы путем принудительного ущемления свободы кого-то другого⁴⁴. Вывод Хейла состоял в том, что решение о том, как распределять юридические права, не может быть выведено из разработки широкомасштабных юридических понятий, таких как «свобода» или «права» или их аналогов⁴⁵.

Конкретные аргументы Хейла были значительно более изощренными и подрывными, чем следует из этого краткого пересказа⁴⁶. Но что здесь важно, так это обобщающая форма его критики. Если социальная или экономическая жизнь действительно настолько неустанно конфликтна, а право является одновременно интроекцией и прародителем этого конфликта, то юридические выводы о том, как определять права, вытекающие из разработки широкомасштабных правовых понятий или правовых различий, вызывают подозрения. Они особенно подозрительны — более того, непоследовательны — если рассматривать только одну сторону уравнения и только одну сторону спора.

Этим эпистемологическим недостаткам был придан нормативный оттенок. Формализм не только привел к «трансцендентальной бессмыслице», по запоминающемуся выражению Феликса Коэна, но и свел на нет те виды этических и политических исследований, которые, по мнению реалистов, должны проводить судьи⁴⁷. Суды выносили решения, обходя то, что многие реалисты считали существенным, а именно социальные и экономические последствия.

Большинство критических замечаний в адрес формализма основаны на этих характеристиках. По мнению его критиков, формализм, по-видимому, оторван как от нормативных, так и от политических ценностей, а также от очевидных реалий в социальной и экономической сфере. Соответственно, формализм обычно описывается как механический, деревянный, жесткий, авторитарный и, как правило, оторванный от реальности.

С. Реализм

Прежде чем приступить к исследованию реализма, необходимо сделать одну оговорку. В дискуссиях о формализме и реализме (или их аналогах) авторы часто представляют их симметрично, как соперников, играющих на одном поле. Нарратив немного иной: всеобъемлющий формализм и реализм, представленные здесь, делают разные ставки и стремятся к разным целям. Если использовать смехотворную метафору, то было бы уместно сказать, что формалисты и реалисты хотят играть в разные игры на разных полях.

Мы не должны просто предполагать, что формализм и реализм являются зеркально противоположными отражениями друг друга. Это не так. Различия бросаются в глаза. Формализм и реализм придерживаются разных взглядов на мир, в котором они действуют, и на свои собственные возможности в области права. Поэтому они играют разные роли.

Следовательно:

Всеобъемлющий формализм

Исключительный
Идеальный
Всеобъемлющий
Первосортный
Модель права

Реализм

Компромиссный
Приземленный
Частичный
Второсортный
Подход к праву

В американском праве реализм возник в зачаточной форме в некоторых работах юристов-реалистов 1920-х и 1930-х годов⁴⁸. Он оставался, наряду с остатками формализма, устойчивым молчаливым

⁴⁴ Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State. P. 489. («Часто бывает так, что для сохранения одной ценности... необходимо сократить другую...»)

⁴⁵ Ibid. Автор заявляет, что было бы «невозможно» защитить все «права... от умаления ценности».

⁴⁶ Более подробно см.: Kennedy D. Sexy Dressing, etc. Harvard: Harvard University Press, 1993. 258 p. (Сравнение Хейла с Фуко.)

⁴⁷ См.: Cohen F. S. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. (Введение понятия трансцендентальной бессмыслицы.)

⁴⁸ Summers R. S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. P. 864.

пониманием права на протяжении всего XX века. Можно увидеть элементы реализма в школе юридического процесса (например, аргументированная разработка), праве и экономике (например, инструментализм), критическом мышлении (например, контекстуализм) и, конечно, в неопрагматизме 1990-х годов (например, практицизм).

Как и в случае со всеобъемлющим формализмом, реализм состоит из ряда черт, которые кажутся взаимосвязанными и образуют единое целое. Однако, в отличие от формализма, реализм не может быть всеобъемлющим. Напротив, реализм обязательно паразитирует на существующей архитектуре (которая в американском контексте оказывается формалистической). Как правило, реализм основывается на следующих чертах: инструментализм, практичность, контекстуализм, конструктивизм и адаптивность. Ниже я кратко опишу эти черты и выделю курсивом те теоретические обязательства, которые они исключают.

Инструментализм: в отличие от концептуалистских производных формализма, для реализма характерна логика средств/целей того, что по-разному называется инструментализмом, консеквенциализмом, функционализмом, телеологическим обоснованием, политическим анализом или политикой. Право — это средство достижения цели. Цели — это задачи, которые должны быть реализованы (претворены в жизнь) в социальной, экономической или политической сфере⁴⁹. Короче говоря, право выполняет определенную миссию. На самом деле, даже множество миссий: это экономическая эффективность, максимизация полезности, прогрессивные правовые изменения, специальные политические цели и многое другое. Закон является оправданным или неоправданным в силу успеха в достижении такой цели (не приводящей к слишком большим непреднамеренным последствиям где-либо еще).

Здесь исключается возможность рассмотрения права как самоцели — как выражения общественных устремлений и ценностей, посредством которых общество конституирует и познает себя. Также исключается представление о том, что право должно следовать своим собственным принципам правильной работы (за исключением случаев, когда они оправданы инструментально).

Практичность: право должно быть приспособлено к своей конкретной области, объектам регулирования и обслуживающему персоналу. Важно, чтобы законы были приспособлены к социальным, экономическим и политическим областям, в которых они применяются. В своих более поздних и изощренных версиях практичность включает в себя набор понятий, которые помогают описать взаимодействие права и области его применения — такие понятия, как петли обратной связи, опрокидывание, неделимость, порочные эффекты и тому подобное. В своих менее изощренных версиях практичность означает здравый смысл и обоснованные ситуационные суждения.

Здесь исключается возможность элегантного и систематического описания согласованности права, за исключением самого высокого уровня абстракции (например, эффективности или утилитарного анализа).

Контекстуализм: целесообразность любого права (или правовой системы вообще) зависит от различных контекстов⁵⁰. Соответственно, следует ли регулировать какой-либо класс людей и каким образом, если следует, зависит от соответствующих контекстов. В свою очередь, значение закона зависит от контекста, в котором он издается, анализируется и применяется. В своих изощренных версиях контекстуализм предполагает постхофельдовскую, постхейловскую, посткоузовскую точку зрения, согласно которой для каждого конкретного права, созданного в рамках одного вида деятельности или одной стороны, существует соответствующее обременение, налагаемое на какой-либо другой вид деятельности или на другую сторону отношений⁵¹.

Здесь исключаются грубые представления о том, что законы обладают дискретной и стабильной идентичностью независимо от различных контекстов. Аналогичным образом исключается точка

⁴⁹ Это видение права было точно теоретизировано Робертом Саммерсом. Ibid — исследование прагматического инструментализма.

⁵⁰ Ibid. P. 864. Описание реализма как акцента на «времени, месте, обстоятельствах и конкретных желаниях и интересах, а не на идеологии, абстрактной теории, принципе и априорном нормативном взгляде на природу вещей» (внутренние кавычки опущены).

⁵¹ Все трое настаивают на конфликтном характере создания прав. См.: Coase R. The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics, 1960. Vol. III. Pp. 1–44; Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State; Hohfeld W. N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.

зрения о том, что право в некотором нетривиальном смысле объективно. Аналогичным образом исключается тезис о правильном ответе⁵².

Конструктивизм: право — это социальная и интеллектуальная конструкция. Право во многих важных отношениях является порождением эволюционирующих социальных норм и общепринятой практики. Право во многих важных отношениях является производным или конститутивным от внешних по отношению к нему сил. Например, рыночных сил, языковых паттернов, когнитивных привычек, культурных норм, политической борьбы... А право, в свою очередь, конституирует их (отношения могут быть описаны более или менее сложными способами⁵³). Авторитет права — его нормативная привлекательность и интеллектуальная обоснованность — будет зависеть от привлечения специалистов из других областей, помимо права: экономики, моральной философии, социологии и т. д. В учебных заведениях зависимость права всё больше осознается через профессионализацию персонала (требуется доктора наук) и междисциплинарное обучение.

Здесь исключается понятие дискретной логики (формы рассуждения или толкования), специфичной для права. Исключается также представление о том, что право обладает описательной или нормативной самостоятельностью. Право — это просто одна из форм координации или управления среди других, которая находится в конкуренции с ними.

Адаптивность: реализм представляет право как податливое по существу. Реализм предлагает некое понимание случайности человеческих и юридических механизмов, ощущение того, что «всё могло бы быть иначе». В принципе, для реалистов каждый аспект жизни подлежит юридическому оформлению. Отчасти это объясняется тем, что право не подчиняется строгим формальным определениям — оно податливо⁵⁴. И отчасти это происходит из-за инструменталистской ориентации, которая, в отсутствие ограничивающей структуры, не знает пределов⁵⁵.

Здесь исключается представление о том, что у права есть вневременная или трансконтекстуальная сущность.

При объединении всех этих черт — инструментализма, практичности, контекстуализма, конструктивизма и адаптивности — становятся очевидными несколько вещей.

Во-первых, как и в случае со всеобъемлющим формализмом, существует определенный смысл, в котором различные черты реализма сочетаются друг с другом. Можно видеть, что приверженность некоторым из этих черт может легко привести с эстетической точки зрения к приверженности другим чертам.

Во-вторых, если рассматривать все эти черты вместе, то они, по-видимому, описывают узнаваемый и широко распространенный взгляд на право. Другими словами, реализм, описанный здесь, — это не просто модель размышлений о праве, но модель, которую мы видим в действии в различных юридических и юридико-академических кругах. Это очень сильно отличается от всеобъемлющего формализма, представляющего собой чистую форму, редко встречающуюся в чьих-либо работах. Для этого есть несколько причин, но здесь следует особо отметить одну. Всеобъемлющий формалист — это «правовой утопист» — тот, кто верит, что идеалу права (именно формалистическому идеалу) необходимо следовать во что бы то ни стало. Он абсолютист. Реалист, напротив, — это тот, кто понимает, что право всегда находится в процессе переговоров с миром. Таким образом, юриспруденция почти всегда является второсортным (*second-best*) предприятием, действующим во второсортном (*second-best*) мире. Реалистическое видение уже включает в себя понятия компромиссов. В результате реализм гораздо более распространен, чем всеобъемлющий формализм, в контексте живого действия права (например,

⁵² Согласно тезису о правильном ответе (right-answer thesis), предложенному Р. Дворкиным в научной полемике с Г. Л. А. Хартом, судьи могут дать единственно верный ответ на правовые вопросы, даже если они сталкиваются с трудными делами. (Прим. пер.)

⁵³ Для более подробного описания см.: Schlag P. The Dedifferentiation Problem.

⁵⁴ См.: Summers R. S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. P. 922. (Автор характеризует некоторых правовых реалистов как сторонников взгляда на право как на весьма податливое.)

⁵⁵ Не стоит недооценивать, насколько привлекательность реализма среди ученых-юристов может быть объяснена корыстными или групповыми интересами. Несомненно, реализм позволяет расширить научную повестку, особенно по сравнению со строгой научной рентабельностью формализма. См.: Schlag P. Спамовая юриспруденция, право из воздуха и беспокойство о рейтингах в связи с тем, что ничего не происходит // Правоведение, 2017. № 1 (330). (Обсуждение состояния современной юридической науки.)

в юридической практике). Существует странный смысл, в котором реализму не нужно соотносить свое видение права с живым действием права: реализм уже является этим компромиссом. Напротив, в той мере, в какой мы наблюдаем всеобъемлющий формализм в действии, он проявляется только в промежуточных ритуализованных моментах — как правило, далеких от контекста живого действия права.

В-третьих, и это очень важно, реализм не является полным самостоятельным объяснением права. Вместо этого, как упоминалось ранее, он представляет собой *протестантскую традицию* (курсив мой. — Прим. пер.). Он паразитирует на предшествующей правовой архитектуре. Таким образом, реализм уже риторически обязан формализму. Полный триумф над формализмом был бы разрушителен и для реализма.

Д. Критика реализма

В отличие от формализма, реализму не характерна высокая степень структурированности. Напротив, он претендует на отрицание жестко структурированного и концептуализированного мира формализма. Неудивительно, что наиболее популярные позиции критики реализма, как правило, демонстрируют те же черты, что и их мишень — своего рода структурную недоопределенность. Критика реализма по этой причине не становится менее страстной или убедительной.

1. Структурная пустота

Рассматриваемый критически, реализм характеризуется определенной юридической вседозволенностью и своего рода структурной пустотой. Если компромисс между законом и миром, концепцией и практикой сам по себе является частью «структуры» реализма, то в его основе лежит большая доля отдачи и игры. Реализм не делает никаких предложений, которые не готов обсуждать.

2. Неверность праву

Критикам реализм может легко показаться поразительной противоположностью (по крайней мере, в его конвенционалистских и контекстуалистских аспектах) верховенству права⁵⁶. Действительно, можно обратиться к данным Лоном Фуллером описаниям таких требований к верховенству права, как гласность, публичность, запрет на законы *ex post facto*, — и возразить, что реалистическое видение права, возможно, нарушает почти все из них⁵⁷.

В реализме правит не право. Напротив, конструктивизм подразумевает, что право не (всегда) является авторитетным источником для выносимых юридических решений. Вместо этого оно является (по крайней мере, иногда) производным от социальных сил, политической конкуренции, рыночного поведения, множества инструментов или в целом экономики. Существует, по крайней мере, большое взаимодействие между правовым и социальным, включающее в себя петли обратной связи (*feedback loops*), взаимную причинно-следственную связь и так далее. Грубо говоря, закон здесь не самый главный.

3. Бесконечная отсрочка

В силу торжества контекстуализма и практики, недоверия к нерефлексивному формализму, а также своей структурной пустоты реализм фактически откладывает и переносит выбор на какое-то будущее решение или лицо, принимающее решение. Реализму практически нечего сказать *a priori*, кроме того, что нужно опасаться *a prioris*. В итоге, и в этом есть своя ирония, эта форма мышления, стремящаяся быть практичной, вечно избегает принятия трудных решений⁵⁸. Большая часть того, чему реализм учит нас

⁵⁶ Tamanaha B. Z. Law as a Means to an End. Cambridge University Press, 2006. Pp. 227–245. (Автор исследует конвенционализм как губительный для верховенства права.)

⁵⁷ См.: Фуллер Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. 308 с. (Рассуждение о том, как мораль противодействует типичным неудачам, связанным с созданием законов. Конечно, есть и другие варианты. Один из них заключается в том, что добродетели верховенства права — предсказуемость, гласность и т. д. — удовлетворяются, поскольку граждане уже знают, что правовой режим является инструменталистским и адаптивным. Такой ответ, без дополнительных пояснений, выглядит несколько шаблонным. Другим вариантом может быть идея о том, что реализм фактически отдает предпочтение социальным и экономическим нормам, которые хорошо известны гражданам (иногда лучше, чем само право).)

⁵⁸ Без пьянящей порции экзистенциалистской ангажированности трудно понять, как реалист вообще может принять решение.

в отношении принятия решений, — это советы ждать, откладывать, избегать, не допускать момента принятия решения. Кажется, что всегда есть более конкретное, более контекстуальное и менее формальное будущее, в котором можно принять решение. А когда решение принято, реализм подсказывает, что его можно пересмотреть, проверить и переписать.

4. Дефицит авторитета

Реализм не только исключает возможность верховенства права, как было предложено выше, но и не ставит (и не может ставить) себя на место права. Он не является завершенной теорией права. Он не является ни полным, ни оформленным теоретически. Некоторые мыслители превозносят реализм именно потому, что он отказывается от полноты и статуса теории. Действительно, можно утверждать, что это и есть ключевые достоинства реализма. В то же время эти добродетели в контексте права можно рассматривать и как пороки. Реализм всегда занят тем, что полагается на другие источники авторитета: политику, социальные нормы, экономические силы и так далее⁵⁹.

Е. Соотношение формализма и реализма

Как уже отмечалось, всеобъемлющий формализм и реализм имеют разную основу и не претендуют на одну и ту же роль. Всеобъемлющий формализм может выступать как самостоятельная теория (хотя для получения результатов может потребоваться «обман»). Реализм, напротив, зависит от существующей правовой архитектуры (которую реалисты могут поддерживать только в том случае, если они мыслят и действуют совсем не как реалисты).

Всеобъемлющий формализм требует «обмана» в том смысле, что все формальные нормы не могут быть выведены из закона, а должны основываться на неюридическом понимании социальной и экономической практики. Когда всеобъемлющий формализм не в состоянии включить такое социальное понимание, его использование приводит к результатам, которые явно глупы (что неоднократно пытались показать многие реалисты).

Реализм между тем зависит от некоторой ранее существовавшей архитектуры правовых понятий. Это, конечно, может оправдать создание таких понятий и, возможно, даже породить их. Но ему нужно будет получить эту архитектуру, позаимствовав ее откуда-то еще: инструментализм не дает нам ни конечных, ни отправных точек⁶⁰. Практичность ничего не говорит о том, с чем следует быть практичным. Контекстуализм не позволяет выбрать подходящий текст. Конструктивизм лишен императивов и нормативных ценностей. А что касается адаптации... К чему адаптироваться? Более того, реализм не может (при отсутствии привнесения некоторых очень нереалистичных способов мышления) обрабатывать юридические понятия автоматическим, нерелексивным, неинструменталистским способом, необходимым для поддержания архитектуры.

Как всеобъемлющий формализм, так и реализм будут обвинять друг друга в том, что юриспруденция является такой, какой она на самом деле пытается быть. Для реалиста всеобъемлющая модель любого рода (формалистическая или нет) неуместна. Это уже (формалистическое или нет) неправильное понимание того, как устроен мир и каковы возможности права. Между тем для формалиста то, что называет себя просто «подходом» и признает свой компромиссный характер, неправильно понимает природу самого права и, следовательно, роль права в мире.

Различные представления о собственной идентичности всеобъемлющего формализма и реализма помогают объяснить их особые слабости и уязвимые места. Практически никто сегодня не верит в возможность создания целостной глобальной модели права. Это делает всеобъемлющий формализм

⁵⁹ Действительно, Томас Грей справедливо в несколько ином контексте полагает, что прагматизм представляет собой уважаемую интеллектуальную позицию, которая избавляет от необходимости «иметь теорию». По его словам, «прагматизм — это свобода от теоретической вины». Grey T. C. Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory. Southern California Law Review, 1990. Vol. LXIII. Pp. 1576–1577.

⁶⁰ Как старательно демонстрирует Саммерс, нельзя проводить анализ средств-целей в вакууме: необходимо иметь архитектуру, определяющую идентичность и институциональные параметры, в рамках которых субъекты права могут проводить расчеты средств-целей. См.: Summers R. S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought.

просто невозможным, за исключением какой-либо его сильно смягченной или избирательной формы. Между тем тот факт, что реализм является всего лишь подходом, при этом частичным, означает, что он не властен над своей судьбой. Реализм никогда не может быть чистым и всегда подвержен колонизации каким-нибудь формализмом, от которого он, по иронии судьбы, зависит.

III. РУИНЫ-ПАРАДИГМЫ НЕВОЗМОЖНЫ, А КРИТИКА ПРЕРВАНА

Современное правосознание сталкивается с интересным затруднением. На каком-то уровне мы все осознаем интеллектуальную несостоятельность всеобъемлющего формализма и неадекватность реализма⁶¹. Приведенных выше критических замечаний, как и многих других, в этом отношении достаточно. В то же время остатки формализма и реализма укоренились. Характерные для него формы мышления, привычки, соображения и методы можно найти по всей империи права.

И формализм, и реализм невозможны. Действительно, независимо от того, теория перед нами (формализм) или подход (реализм), они не являются адекватными для описания того, как юристы, судьи или правоведы рассуждают, разрабатывают законы или интерпретируют их. Они не подходят для описания идентичности и характера наших обязательств, вытекающих из контракта или прецедента. Более того, хотя можно было бы надеяться, что добродетели одного могут компенсировать пороки другого, эта перспектива остается недоказанной.

Сегодня, конечно, можно заявить о формалистическом или реалистическом подходе к существующему праву, но для этого придется занять одну из следующих непривлекательных позиций:

(1) Кардинальное и неправдоподобное сокращение сферы применения того, что общепризнано как позитивное право. Другими словами, сфера права переопределяется весьма избирательными способами (интеллектуальный джерримендеринг⁶²) таким образом, что его формалистическое или реалистическое представление об этом праве фактически становится истинным⁶³.

(2) Кардинальное и своеобразное переосмысление того, что значит быть формалистом или реалистом. Обычно оно достигается путем привнесения в одно (например, формализм) больших доз другого (например, реализма)⁶⁴.

(3) Предполагать, что факта чьего-либо самоопределения как всеобъемлющего формалиста или реалиста вполне достаточно, чтобы сделать его таковым. Как правило, человек придерживается любого из этих подходов и ожидает от других, что его реальные интеллектуальные практики будут *ipse dixit* соответствовать его самопровозглашению.

A. Формализм (невозможный и укоренившийся)

Всеобъемлющий формализм в настоящее время неправдоподобен как широко распространенная теория права. И неправдоподобен он не столько потому, что поддался какому-то убийственному аргументу, сколько из-за чего-то гораздо более серьезного: всеобъемлющий формализм и его описания идентичности и роли права просто больше не вызывают доверия⁶⁵. Дело не в том, что все мы теперь «реалисты» (безусловно, это не так), но все мы достаточно реалистичны, чтобы понимать, что наше право и культура сильно приправлены практиками и институтами, противоположными всеобъемлющему фор-

⁶¹ Я раскрываю этот вопрос в тексте, сопровождающий примечания 31–46, 53–58, где приводится критика как всеобъемлющего формализма, так и реализма.

⁶² В контексте социальных наук термин “gerrymandering” (буквальный перевод — махинации) используется для обозначения произвольной демаркации избирательных округов с целью искусственного изменения соотношения политических сил в них и, как следствие, в целом на территории проведения выборов. (Прим. пер.)

⁶³ Или отчасти истинно.

⁶⁴ Ларри Солум, например, сдерживает свой формализм большой долей реализма. *Solum L. B. The Aretaic Turn in Constitutional Theory*. Brooklyn Law Review. Pp. 520–522.

⁶⁵ С этим могут согласиться даже те, кто симпатизирует формализму. Пол Кокс, например, говорит: «Я не могу защищать формализм в его первозданном, классическом понимании... Он просто не является точным изображением права в его нынешнем виде, даже если, что сомнительно, он когда-то был таким изображением. Я был бы виновен в недобросовестной работе, если бы описывал наше право в классически формалистических терминах и если бы преподавал его в этих терминах...» (Cox P. An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism. P. 61).

мализму: инструментализмом, социальной инженерией, бюрократическим управлением и так далее. Таким образом, объявить себя сегодня всеобъемлющим формалистом — это всё равно что объявить себя монархистом. Это просто неубедительная система верований в современных правовых и социальных условиях.

К числу социальных и интеллектуальных условий, делающих всеобъемлющий формализм устаревшим, относятся:

- Негерметичность и проницаемость права и политики.
- Значительное присутствие инструменталистских взглядов как в правовой, так и в социальной сфере.
- Бюрократизация законодательства как в государственном, так и в частном секторах.
- Появление в позитивном праве анализа затрат и выгод, балансировки и проверки совокупности обстоятельств.
- Широкое использование экспертов, не являющихся юристами (социальных работников, психологов, экономистов и т. д.), для формулирования законов и их применения.
- Внедрение в область права экономических, социологических и эмпирических знаний через экспертов и администрацию.
- Почти экстатическое распространение противоречивых, но, возможно, авторитетных юридических текстов. (Можно продолжать.)

Учитывая такое развитие событий, если бы кто-то захотел описать право в терминах всеобъемлющей формалистической теории, лучшей стратегией (есть и другие)⁶⁶, вероятно, было бы игнорировать или отвергать многое из того, что мы считаем нашим собственным позитивным правом (а также из того, что мы считаем нашими социальными обстоятельствами). Формализм, рассматриваемый таким образом, не был бы явно неправильным или, по крайней мере, более «явно неправильным», чем любая другая правовая теория по существу. Однако его правдоподобие зависело бы от принятия очень узкого взгляда на то, что считается правом, — взгляда, как правило, неправдоподобного. Таким образом, в качестве работающей теории права всеобъемлющий формализм невозможен. Слишком многое из того, что мы считаем «правом» и, вероятно, хотели бы сохранить как неотъемлемую часть того, что мы называем правом, пришлось бы отбросить или объявить ошибочным, поддельным или обладающим иной патологией⁶⁷. Если судья будет всеобъемлющим формалистом, это сделает его старомодным. Для юриста быть всеобъемлющим формалистом само по себе является халатностью⁶⁸. А для правоведа быть всеобъемлющим формалистом означает быть Эрнестом Вайнрибом⁶⁹.

В. Продолжение формализма *sub rosa*⁷⁰

И всё же не следует переоценивать поражение всеобъемлющего формализма. Его дорожные карты и пути, его проблемы и тревоги продолжают контролировать современное правовое воображение⁷¹. Заимствуя удачную фразу Мейтленда, всеобъемлющий формализм «правит из могилы» — и при этом разными способами⁷².

⁶⁶ См.: *Tamanaha B. Z. Law as a Means to an End*. Cambridge University Press, 2006. Pp. 227–245. (Предложение стратегии построения всеобъемлющей формалистической теории.)

⁶⁷ Я не являюсь здесь семантическим империалистом. Формалисты (и другие) могут определять или описывать «право» как им угодно. Я просто делаю условное наблюдение, что «право», как и другие базовые термины, играет определенные роли в наших культурных и интеллектуальных грамматиках. Эти грамматики, как правило, делают идиосинкразические определения нерелевантными, утопичными или и теми, и другими.

⁶⁸ *Cox P. An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism*. P. 61.

⁶⁹ И эта позиция уже отчасти занята: *Lyons D. Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study*. Cornell Law Review, 1981. Vol. LXVI. Pp. 949, 950.

⁷⁰ Втайне (Прим. пер.)

⁷¹ См.: *Grey T. C. Holmes and Legal Pragmatism*. Stanford Law Review, 1989. Vol. XLI. Pp. 787, 815. (Обсуждение достоинств холмсианского лозунга об опыте и логике для «практиков и ученых, работающих в контексте, в котором лангделлианский формализм сохраняет первобытную и часто непризнанную власть».)

⁷² *Maitland F. The Forms of Action at Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1936. P. 74. («Формы действия мы похоронили, но они всё еще правят нами из своих могил».)

Во-первых, архитектура формализма — сетчатый набор различий (деликт/договоры), иерархия на уровнях права (конституция/статуты/общее право), эстетические идеалы (беспробельность, точность и т. д.) — всё это и многое другое остается⁷³. Возможно, эта архитектура лежит в руинах, но она не исчезает. Как многие отмечали, даже сегодня учебная программа первого курса юридического факультета остается во многом такой же, какой она была в конце XIX века.

Во-вторых, можно обнаружить отдельные локализованные проявления всеобъемлющего формализма во всем правовом ландшафте. Отдельные наборы доктрин, различные способы толкования⁷⁴ и правовая аргументация несут на себе отпечаток всеобъемлющего формализма. Томас Грей услужливо описывает «неоформализм» именно таким образом — как остаточные формы и связанные с ними аргументы, которые продолжают использоваться, даже если они используются *ad hoc* или промежуточно⁷⁵.

В-третьих, смысл, значимость и действенность этих неоформалистических аргументов в какой-то мере обусловлены остаточной привлекательностью всеобъемлющего формализма. Подобно изначальному «правовому бессознательному», всеобъемлющий формализм придает глубину и резонанс междисциплинарным неоформалистическим аргументам и концепциям. Если неоформалистические императивы, такие как «прислушивайтесь к простому смыслу текста», кажутся привлекательными людям (и ужасными для других людей), то отчасти потому, что эти императивы находят отклик в глубокой, не до конца осознанной подоплеке всеобъемлющего юридического формализма.

В-четвертых, всеобъемлющий формализм остается искушением — особенно для правоведов. В значимом (и не до конца объясненном) смысле всеобъемлющий формализм остается для многих ученых своего рода скрытым идеалом. Всё это теоретизирование, моделирование и построение парадигмы, вся эта в высшей степени концептуалистская работа и всё это автоматическое стремление к элегантности, согласованности, систематичности и точности независимо от контекста⁷⁶ свидетельствует о продолжающемся влиянии формалистического идеала на американское юридико-академическое воображение.

В-пятых, в более глубоком смысле возникает вопрос о возможности иметь концепцию «права», лишенную формализма. Говоря позитивно, вполне возможно, что с точки зрения нашей культурной и интеллектуальной грамматики право и формализм неразрывно переплетены. Если это так, то искоренение формализма может быть равносильно устранению того, что мы в культурном и интеллектуальном смысле считаем «правом».

С. Реализм (невозможный и укоренившийся)

Как самостоятельный проект права, реализм неправдоподобен. Существует элементарно слишком много аспектов современного права, которые делают реализм неподходящим в качестве исчерпывающего объяснения. Среди этих условий — формальные архитектурные особенности права, многие из которых продолжают существовать (даже если иногда находятся в аварийном состоянии):

- *Stare Decisis*;
- доктрина контролирующих прецедентов (*controlling case doctrine*);
- концептуальный анализ;
- иерархия источников права;
- предметно-обусловленные категории и дискурсы (контракты против деликтов);
- формальные институциональные субъекты (корпорации, арендодатели и т. д.).

Реализм может предоставить обоснования этим архитектурным особенностям права. И реалистические соображения могут придать форму и содержание этим архитектурным особенностям. Всё это

⁷³ Шлаг П. Эстетики американского права. (Описание эстетики сетки.)

⁷⁴ См., напр.: *Scalia A. The Rule of Law and the Law of Rules. University of Chicago Law Review, 1989. Vol. LVI. Pp. 1175, 1184.* (Защита «простого смысла текста» в качестве предпочтительного метода интерпретации, который приводит к формулированию четких команд и ясных норм.)

⁷⁵ См.: *Grey T. C. The New Formalism* (Рассуждение о возрождении формализма в современную эпоху.) Грей «изображает новых формалистов (в качестве представителя которых выступает судья Скалиа), характеризуя их тем, что они придерживаются четырех направлений юриспруденции: объективизма, оригинализма, текстуализма и концептуализма».

⁷⁶ Элегантность, связность и т. п. — это не те качества, над которыми стоит смеяться. В то же время возникает ощущение, что некоторые правоведы настаивают на этих качествах без учета контекста, т.е. без учета конкретных целей и объектов исследования.

говорит о том, что реалистический подход может поддерживать локализованный правовой режим, которому присущи, например, концептуализм, систематичность или другие формалистические черты. Но чего реализм не может сделать, так это стать своего рода формалистическим режимом — иное вело бы к самоотрицанию.

Реализм зависит в определенной степени от ранее существовавшей архитектуры⁷⁷. Ему нужен, по крайней мере, некоторый неприукрашенный догматизм (не очень реалистичный) и механическое или беспрекословное повторение (опять же не очень реалистичное) базовых тождеств и операций фундаментального рассуждения. Реализм сам по себе — не архитектура. Архитектуру нужно искать в другом месте, и она должна со временем оказывать достаточное сопротивление реалистическим вызовам. Иными словами, реализм — это *après coup*⁷⁸ — он был и остается зависимым от ранее существовавшей архитектуры. И в американском праве именно формализм обеспечивает такую архитектуру.

Между тем проблема, которую реализм ставит перед формальной архитектурой, хорошо известна. Если со временем инструментализм, практичность и контекстуализм не контролировать, они будут интегрировать цели и задачи в юридические идентичности (до тех пор, пока эти идентичности в итоге не потеряют свою целостность)⁷⁹. Другой способ выразить эту идею состоит в том, что некоторая архитектура и некоторые относительно фиксированные и устойчивые идентичности необходимы хотя бы для того, чтобы думать, и их нельзя обеспечить только за счет консеквенциализма, практичности и контекстуализма⁸⁰.

Д. Формализованный реализм

И всё же, даже если реализм невозможен, его нельзя избежать. Наше право в настоящее время изобилует явно инструменталистскими тестами, методологиями балансировок, многофакторными тестами и хорошо укоренившейся приверженностью анализу политики. Существует ироничный (и в то же время вполне реальный) смысл, в котором реализм теперь является новым формализмом. Реалистические тесты, доктрины, правила и политика теперь полностью формализованы в нашем законодательстве. И что в наши дни может быть более нерефлексивным, автоматическим и формальным, чем балансировка, анализ затрат и выгод или проверка совокупности обстоятельств⁸¹? Эти мелкие пункты достигли почти всеобъемлющего статуса — такого, что сами по себе являются нормой, а категорическое решение теперь должно автоматически выноситься на основе своего рода глобального анализа затрат и выгод. То, что когда-то казалось — во времена правового реализма и социологической юриспруденции 1920-х и 1930-х годов — изученным внеправовым рассмотрением социальных последствий, теперь стало интернализованным в праве. Это преувеличение, но есть странный смысл, в котором инструментализм, функционализм, консеквенциализм и политический анализ стали формализмом нашего времени. Когда мы проводим анализ политики, создается впечатление, что для любого данного существенного предмета учитываются только определенные избранные стратегии. Более того, политика, которая действительно имеет значение, как правило, уже была внедрена в рамках позитивного права. Действительно, в наших юридических анализах мы обычно далеки от рассмотрения всех последствий любого доктринального выбора. Более того, часто мы вовсе не рассматриваем их, и уж точно не все из них.

⁷⁷ Summers, R. S. (1981) Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought—A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review*, vol. LXVI, no. 864. (Автор отмечает, что «прагматический инструментализм» в значительной степени зависит от «механизма реализации».)

⁷⁸ Переживание постфактум (*Прим. пер.*)

⁷⁹ Джереми Уолдрон высказывает аналогичную мысль о том, как функционализм разъедает юридические понятия: «Но если данный [юридический] термин определен таким образом [функционально], то он будет отождествляться (для каждой правовой системы) с фактическими критериями, которые используются в данный момент времени для определения применимости или неприменимости данного понятия. Измените критерии, и вы измените концепцию. Проблема в том, что при этом теряется способность понятия обозначать связи с другими понятиями — связи, которые выдерживают такие изменения в применимости». См.: Waldron J. "Transcendental Nonsense" and System in the Law.

⁸⁰ Саммерс убедительно это доказывает. См.: Summers, R. S. (1981) Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review*, vol. LXVI, no. 864. Pp. 909–916.

⁸¹ См.: Aleinikoff A. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, 1987. Vol. XCVI. Pp. 943, 944–945. (Утверждение о том, что балансировка проникла в современное конституционное толкование, несмотря на его недостатки.)

Е. Прерванная критика

По иронии судьбы ощущение того, что правовой ландшафт усеян руинами формализма и реализма, является не просто вызовом этим двум определениям. Это также вызов их критике. Действительно, критических замечаний в сторону как формализма, так и реализма было недостаточно для того, чтобы исключить их из правового корпуса.

Более того, при всей их первоначальной правдоподобности существует жуткий смысл, в котором критика формализма и реализма также может быть подвержена сомнению. На деле, если на мгновение отвлечься от спора и отложить личные предпочтения, можно прийти к пониманию того, что очевидный провал формализма или реализма заключается в том, что каждый из них не соответствует тем идеалам и функциям, которые отстаивает другой.

Сначала рассмотрим формализм. Обратите внимание, что критика формализма (произвол, неэффективность, догматизм и непоследовательность) работает путем устранения оснований (областей применения, источников права, модальностей и рамок), от которых зависит убедительность формализма. В таких обстоятельствах провал формализма не может по-настоящему удивлять: действительно, если мы уберем основания из *любого подхода* и потребуем, чтобы он оправдывал себя на чуждых ему основаниях или с точки зрения несоответствующих идеалов, он, конечно, потерпит неудачу. Чего еще можно было ожидать? То же самое, по-видимому, справедливо и в отношении критики реализма. Эти аргументы о реализме, структурной пустоте, неверности праву, бесконечных отсрочках и дефиците авторитета поначалу могут показаться убедительными. И всё же в следующий момент аргументы, по-видимому, сводятся к простым наблюдениям о том, что реализм не соответствует формалистическим идеалам. Конечно, это терпит неудачу: реализм изначально не пытался соответствовать идентичности или идеалам формализма!

На данный момент у нас есть основания сомневаться не только в убедительности формализма и реализма, но и в убедительности их соответствующей критики. Мы можем задаться вопросом, являются ли критические замечания чем-то большим, чем отслеживание последствий того или иного подхода, за которым следует негативная оценка. Далее мы можем задаться вопросом, является ли отрицательная оценка чем-то большим, чем отрицательное восприятие положительной черты. «Структурная пустота» (критика реализма) звучит плохо, но является ли это чем-то большим, чем негативный термин, соответствующий более привлекательному понятию «гибкий подход»? «Авторитаризм» (критика формализма) звучит плохо, но является ли это чем-то большим, чем негативный термин, применяемый к «категорическому подходу»?

Это всё просто аргументация с помощью тезауруса? Критические замечания тоже опровергнуты? Означает ли тогда их возможный крах, что формализм и реализм доживут до следующего дня, чтобы сразиться? Возможно, и так.

Е. Стратегии реконструкции

Усилия по реконструкции руин предпринимаются с использованием различных методов, применяемых по всему правовому ландшафту. Эти методы представлены на разных уровнях обобщения (все, от общей теории до интерпретации правил дорожного движения). И они тоже стали стереотипными:

Иерархия: можно подчинить формализм реализму или наоборот. Другими словами, можно позволить одному превзойти или победить другой. Приводя простой пример, некоторые правоведы считают, что политика и принципы должны определять сферу применения норм⁸². Другие правоведы считают, что нормы ограничивают эффективную сферу применения политики и что при наличии таковых лучше всего применять их вне зависимости от обоснований, которые их подкрепляют⁸³.

⁸² См., напр: *Eskridge W. N. Dynamic Statutory Interpretation*. Pp. 1483–1484. (Автор предлагает «динамическое толкование закона», которое подчиняет нормы политике.)

⁸³ См.: *Alexander L. With Me, It's All Er Nuthin': Formalism in Law and Morality*. University of Chicago Law Review, 1990. Vol. LXVI. (Автор приводит аргументы против чтения норм в свете их основных целей.)

Излишне говорить, что иерархию как решение можно сделать более сложной или детализированной. Например, иерархия может быть смягчена до простой презумпции в пользу формализма или реализма⁸⁴. Или презумпция, опровергаемая при определенных условиях. Или... (и так далее).

Секторизация: другим решением является признание того, что одна рабочая теория (например, формализм) более уместна в некоторых определенных обстоятельствах или предметных областях, чем другая (например, реализм)⁸⁵. Эта стратегия секторизации может быть сформулирована на очень абстрактном уровне (например, собственность/деликты) или на более конкретном уровне (например, конструкторский/производственный дефект). Как и в случае со стратегией иерархии, возможны различные перестановки и нюансы: презумпции, которые могут быть опровергнуты при определенных условиях, и т. д.

Задний/передний план: если мы подумаем об отношениях двух полярностей в терминах заднего/переднего плана, то можем с уверенностью сказать, что большинство правоведов и судей рассматривают руины всеобъемлющего формализма как фон, почву, рамки, исходные линии и укоренившееся право, в рамках которого реализм должен быть реализован, чтобы делать свою работу.

Но нет никакой необходимости использовать формализм в качестве заданного фона. Изображение заднего/переднего плана можно перевернуть. Можно взять реализм за основу и рассматривать формальное доктринальное разграничение как деятельность на переднем плане. Эта транспозиция близка к взгляду на право, красноречиво выраженному Феликсом Коэном в терминах «единой теории поля» еще в 1950-х годах⁸⁶. И это также одно из видений права, заявленных некоторыми мыслителями, занимающимися критическими правовыми исследованиями (ШКПИ)⁸⁷.

Эклектизм: можно решить, что целесообразность формалистического или реалистического подходов зависит от контекста⁸⁸. Другими словами, она зависит от рассматриваемого вопроса, применяемой нормы, области применения, вида субъектов, на которые влияет, ценностей, которые поставлены на кон (и так далее). Выбор в пользу того или иного рассматривается как ситуативный⁸⁹.

Балансировка и соразмерность: можно также решить, что более уместно — формализм или реализм, сопоставив добродетели и пороки одного с другим⁹⁰. Такого рода балансировка может быть произведена в долларах (или долларовых эквивалентах, утилитах или специальным способом)⁹¹.

⁸⁴ Schauer F. Thinking Like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning. Harvard: Harvard University Press. 2009. Pp. 29–31; Weinberg J. Broadcasting and Speech. California Law Review. 1993. Vol. LXXXI. Pp. 1178–1179. Вейнберг утверждает: «Тот факт, что применение права иногда лучше всего работает как тонкий, не связанный с нормами, дискреционный процесс, кажется необходимым злом, исключением из того, как должно работать юридическое обоснование, т.е. применение норм... Нормы — это то, чем занимается право. Стандарты, как следствие, — это то, что мы используем в тех случаях, когда кажется, что нормы не работают».

⁸⁵ Korobkin R. B. Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited. Orlando Law Review, 2000. Vol. LXXIX. Pp. 23–24. (Рассел Коробкин отмечает, что этот подход описывает то, что делает большинство правоведов.)

⁸⁶ Cohen F. S. Field Theory and Judicial Logic. P. 241.

⁸⁷ Например, можно описать право как поле конфликтующих политик или интересов, а доктрины рассматривать как временные линии перемирия между антагонистическими фоновыми силами. Непримиримые политические конфликты рассматриваются как фундаментальные; в то время как доктринальные различия считаются переходными. Дункан Кеннеди приписывает это видение фон Иерингу и Демогу: «Что делает Демога основателем анализа противоречивых соображений, так это то, что он, как и Иеринг, определил компромисс, который встроен в процесс законотворчества. Когда что-то одно повышается (безопасность транзакций), что-то другое должно понижаться (статическая безопасность). Это означает, что при обосновании нормы никогда не имеет смысла говорить, что она хороша, потому что способствует безопасности сделки. Чтобы это имело смысл, нужно добавить: при приемлемых затратах на статическую безопасность. Точно так же и для Иеринга, никогда не имеет смысла оправдывать норму, апеллируя к ее способности регулировать — всегда нужно добавлять: и приемлемой ценой его чрезмерной или недостаточной инклюзивности. В этом заключается основное различие между моделью противоречивых соображений и конкурирующим подходом к анализу политики, который определяет одну политику для каждой нормы». См.: Kennedy D. From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form". Columbia Law Review, 2000. Vol. C. Pp. 94, 113.

Это особое видение, в котором политика представляется задним планом, а прорисовка линий — передним, имеет большую привлекательность, если рассматривать его в долгосрочной перспективе. При временной шкале в десятилетие или два можно легко заметить, что политика не сильно меняется со временем, в то время как доктринальные линии смещаются туда-сюда (по крайней мере, так будет казаться во многих, пусть и не во всех, областях права).

⁸⁸ Shiffrin S. The first Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment. Northwestern University Law Review, 1983. Vol. LXXVIII. Pp. 1212, 1251–1255. (Автор развивает «эклектический» подход к свободе слова); Grey T. C. The New Formalism.

⁸⁹ Как ни странно, часто оказывается, что ситуация, сцена и действие сами по себе поддаются характеристике как в формалистических, так и в реалистических терминах. Я проиллюстрировал это в тексте, сопровождающем примечания 137–142 — на примере битвы за формулировки между судьями Холмсом и Кардозо.

⁹⁰ См.: Korobkin R. B. Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited. (Автор отмечает, что в литературе по праву и экономике нет очевидных общих предпочтений в пользу норм или стандартов.)

⁹¹ См. об этом: Шлаг П. Эстетики американского права.

Децизионизм: можно просто отказаться от прежней методологической приверженности и принимать решения по мере того, как представится возможность выбора⁹².

В целом все эти подходы обладают некоторой поверхностной правдоподобностью. Но ирония заключается в том, что, если рассматривать все вместе в указанном выше порядке — от иерархии через задний/передний план до децизионизма, становится очевидным, что мы воспроизвели спектр, простирающийся от формализма до реализма.

МЕТОДЫ РЕКОНСТРУКЦИИ

Формализм

Иерархия

Секторизация

Задний/передний план

Эклектизм

Балансировка и соразмерность

Децизионизм

Реализм

Как только кто-то обращает внимание на этот спектр, это становится лишь небольшим шагом к признанию того, что сами стратегии реконструкции, изложенные выше, скорее воспроизводят формальную напряженность, чем разрешают ее. Другими словами, напряженность повторяется на более высоком (методологическом) уровне абстракции, в частности, в выборе методов реконструкции.

Ирония усугубляется тем, что одновременное представление всех этих методов явно не устраняет противоречия между формализмом и реализмом, а скорее усиливает ощущение несговорчивости и запутанности. В настоящее время существует гораздо больше подходов к спору формализма и реализма.

Методы реконструкции сами по себе вписаны в наше право и в когнитивные ориентации юристов и правоведов. Методы реконструкции неоднократно оказывались согласованными и несогласованными, неоднократно подтверждались и отвергались на протяжении всего существования права. Ни один метод никогда решительно не побеждает другие. Действительно, каждый метод остается закрепленным в американском праве как уже действующая форма или бездействующая форма, готовая к повторной активации.

Из-за неудач великих усилий по реконструкции юристы и правоведы плывут по течению, используя странную смесь реалистических и формалистических работ. Конечно, можно предположить, что сочетания формализма и реализма волей провидения сложились в некий рациональный и последовательный механизм. Возможно, например, формализм и реализм каким-то образом компенсируют недостатки друг друга. Или, возможно, эклектичное распределение формалистических и реалистических

⁹² Выбор между формализмом и реализмом может быть сделан и спонтанно. Это по-разному согласуется с экзистенциалистской философией, иррационализмом или децизионизмом. Здесь речь идет о том, что выбор того, как сформулировать или применить доктрину, нередуцируем. Он никогда не бывает полностью продиктован знанием, разумом и т.п. *Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication. Harvard Law Review, 1976. Vol. 89.* (Децизионизм повлечет за собой то, что Карл Шмитт назвал «чистым решением, не основанным на разуме и обсуждении и не оправдывающим себя, то есть абсолютным решением, созданным из небытия».) См.: *Шмитт К. Политическая теология. М.: Канон-пресс, 2000. 336 с.* (Шмитт был правым католическим теоретиком, одним из ведущих правовых мыслителей Веймарской эпохи. В 1933 году он вступил в нацистскую партию и оставался нацистом до 1945 г.)

моментов по всему праву отвечает какой-то якобы рациональной внеправовой переменной — транзакционному контексту, фактам, смыслу ситуации, невидимой руке или чему-то подобному.

Возможно, во всем этом есть какая-то рациональность. Но на сегодняшний день так и не появилось никакой демонстрации сути дела и никаких обнадеживающих знаний, полученных по этому вопросу. Более того, возникает большое сомнение в том, что такое глобальное знание может быть достигнуто. Ничто из сказанного не означает, что фактическое применение формализма или реализма в юридических обзорах, судебных заключениях, статутах и нормативных актах является произвольным. Эта позиция также не подразумевалась.

Г. Что дальше?

Если быть более точным: ну и что с того, что два наших господствующих взгляда на право, формализм и реализм, одновременно невозможные и укоренившиеся? Зачем беспокоиться?

Один из ответов, по крайней мере с юридической точки зрения, заключается в том, что эффективность и само очищение права, верховенство права и справедливость (фактически многие из важнейших ценностей, связанных с правом) якобы зависят от нашего знания того, что мы делаем, когда применяем закон. Одновременная укорененность и невозможность двух наших господствующих взглядов ставит под сомнение такую претензию на знание в любом сильном смысле этого слова⁹³. Мы не знаем, быть ли нам формалистами, реалистами или чем-то средним в нашем выборе того, как различать, толковать, разрабатывать или модифицировать право⁹⁴.

Можно, конечно, просто утверждать, что ученые, судьи, законодатели и представители государственной власти всегда, или часто, или в общем «правильно» выбирают между формализмом и реализмом в соответствующем контексте. Но такие утверждения несколько неубедительны. Во-первых, ученые, судьи, законодатели и представители государственной власти, как правило, весьма расходятся во мнениях (по нескольким причинам) относительно надлежащего подхода. Во-вторых, просто нет оснований — за исключением интуитивного суждения — подтверждать такие конкретные утверждения.

Это не значит, что мы покончили со спорами о формализме и реализме. Напротив, они продолжают в виде локализованных вариантов.

IV. СОВРЕМЕННАЯ СЦЕНА: ЛОКАЛИЗОВАННЫЕ ВАРИАНТЫ СПОРА ФОРМАЛИЗМА И РЕАЛИЗМА

В связи с продолжающимся присутствием формализма и реализма, их интеллектуальной немощностью и невозможностью существования в качестве общего видения права, споры продолжают, хотя и в меньшем масштабе, в виде «локализованных вариантов». Такие варианты могут быть локализованы в двух значениях слова. Во-первых, в том смысле, что касаются конкретного предметного поля (например, антимонопольного законодательства, стандарта осмотрительности при халатности и т.д.). Во-вторых, в том смысле, что они сосредоточены на одной или, возможно, только на нескольких конститутивных чертах, связанных с формализмом и реализмом (например, контекстуализм против всеобъемлемости, автономия против конструктивизма).

В целом можно сказать, что современное позитивное право представляет собой смесь предписаний, запретов, делегирований, формальностей, методов интерпретации и способов рассуждения (и многого

⁹³ Это не значит, что в определенном контексте у нас не будет сильного чувства, что предпочтение — реализм или формализм. Но в праве «чувство» обычно не имеет того же статуса, что и «знание».

⁹⁴ В философии, конечно, тот факт, что сообщество толкователей может разделиться по какому-то вопросу, не исключает возможности того, что одна из сторон просто не права. Но не стоит путать право с философией или полагать, что первое — это колония второго.

другого), которые, в свою очередь, видоизменяются и осаждаются всевозможными способами в соответствии с интерактивными образцами споров между формализмом и реализмом⁹⁵.

Вот, в качестве примера, несколько локализованных вариантов спора (которые будут подробно описаны ниже):

1. Формы предписаний: *нормы против стандартов*.
2. Ценностные формы: *формальные против фактических*.
3. Толкование: *текстуальное против телеологического*.

Это варианты в той мере, в какой они перекликаются друг с другом (отголоски отголосков отголосков...). В настоящее время эти локализованные варианты появляются в академической литературе, вызывают значительный интерес, способствуют повышенному интеллектуальному пылу, а затем медленно затухают, не оставляя после себя ничего, пока их не подхватят и не возродят некоторое время спустя.

Общие черты этих споров представлены здесь в эстетических, а не аналитических терминах⁹⁶. Таким образом, попытка требует от читателя определенной эстетической чувствительности для распознавания общих черт. Суть в том, чтобы оценить, насколько локализованные варианты по форме являются версиями друг друга.

А. Нормы против стандартов

Споры об относительных добродетелях и пороках того, что в американском праве называется *bright-line rule*⁹⁷ (дословно — «правило яркой линии») и «гибкого стандарта», распространены повсеместно и встречаются во многих областях: от уголовного процесса до Единого торгового кодекса и конституционного права (практически по каждому предмету учебной программы юридического факультета). Считается, что нормы являются определенными и предсказуемыми, а стандарты — гибкими и адаптивными. С отрицательной стороны считается, что нормы являются жесткими и механическими, а стандарты — нечеткими и неопределенными.

Нормы и стандарты — это разные формы, которые может принимать веление. Оно имеет спусковой механизм (также называемый предикатом или гипотезой) и ответную реакцию. Нормативная форма веления об уровне шума в жилых помещениях могла бы звучать так: «Шум выше восьмидесяти децибел наказывается штрафом в размере ста долларов». Стандартная форма может быть прочитана следующим образом: «Чрезмерно громкие звуки караются соответствующим штрафом».

Новаторская работа о соотношении норм и стандартов была проделана Дунканом Кеннеди, который описал диалектическую форму аргументации, противопоставляющую «конкретную норму» «гибкому стандарту»⁹⁸. Аргументы, как отметил Кеннеди, представлены в весьма стереотипной форме. Следовательно, их можно наглядно изобразить в виде таблицы — как в следующей слегка сокращенной и пересмотренной версии оригинальной диаграммы Кеннеди:

⁹⁵ А используя термин «интерактивные образцы», я имею в виду ассортимент реконструктивных стратегий, позволяющих сделать выбор между формализмом и реализмом. Они были описаны в примечаниях 76–87.

⁹⁶ В данной статье я использую термин «эстетика» в том смысле, который был раскрыт в моей предыдущей статье «Эстетики американского права». «В такой концепции эстетическое относится к формам, образам, тропам, ощущениям и переживаниям, которые делают возможным создание, понимание и даже сущность человеческих усилий, включая, в частности, право». *Шлаг П.* Эстетики американского права. Эта концепция эстетики согласуется с недавними попытками вновь придать эстетический характер многочисленным социальным и интеллектуальным предприятиям. См. в общем: *Welsch W.* Undoing Aesthetics. New York: SAGE Publications, 1998. 224 p. (Автор утверждает, что эстетика помогает понять многие аспекты культурной и интеллектуальной жизни.)

⁹⁷ *Bright-line rule* — это четко определенная норма, состоящая из объективных факторов, которая практически не оставляет места для различных интерпретаций. Цель такой нормы — добиться предсказуемых и последовательных результатов при ее применении. (*Прим. пер.*)

⁹⁸ *Kennedy D.* Form and Substance in Private Law Adjudication. Pp. 1689–1690. До появления работы Кеннеди в американской юридической литературе, похоже, не проводилось длительного анализа соотношения правил и стандартов. Есть лишь мимолетное упоминание в материалах Харта и Сакса. *Ibid.* См. также *Pound R.* Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. *Tulane Law Review*, 1933. Vol. VII. Pp. 475, 482–483, 485–486. (Автор утверждает, что правила предписывают определенные, подробные правовые последствия для определенного набора подробных фактов; стандарты, напротив, определяют общий предел допустимого поведения, требующий применения с учетом конкретных фактов дела.) Концепции правил и стандартов, используемые в данной статье, следуют концепциям Кеннеди, Харта и Сакса.

2. Процессуальные гарантии: *уважение достоинства человека (dignitary) против инструментального видения (instrumental view)*¹⁰³.

3. Равная защита: *многоуровневая проверка*¹⁰⁴ *против принципа скользящей шкалы (sliding scale)*¹⁰⁵.

4. Инкорпорация: *полное закрепление против фундаментальных прав*¹⁰⁶.

5. Договоры/устные доказательства: *правило четырех углов (four corners)*¹⁰⁷ *против воли сторон*¹⁰⁸.

Если мы обратим внимание на аргументы, присутствующие в приведенных выше спорах, то увидим, что споры о нормах и стандартах материализуются. Они «становятся материальными» в том смысле, что формы (нормы против стандартов) смешиваются с материальными аспектами споров¹⁰⁹.

Следует отметить, что доводы спора «норм и стандартов» представляют собой застывшую диалектику — набор продолжающихся, но неубедительных аргументов. Они никуда не ведут — просто ходят взад и вперед¹¹⁰. Может случиться так, что решение будет найдено — но это только потому, что в какой-то момент спор прекратится. Любой человек всегда больше ценит аргументы одной стороны и игнорирует аргументы другой¹¹¹.

Многие юристы пытались увязать споры о нормах и стандартах с существенными обстоятельствами, такими как эффективность, соотнесенное поведение, добросовестность и тому подобными; но по причинам, которые будут приведены позже, все эти усилия кажутся основательными. Конечно: нормы более эффективны (когда они работают так, как задумано). Конечно: стандарты справедливо относятся к отдельным лицам исходя из их собственных достоинств (когда стандарты хорошо применяются). Конечно: нормы способствуют прозрачности (когда нормы более прозрачны, чем соответствующие им социальные предписания)¹¹². Конечно... (и так далее)¹¹³.

В. Ценностные формы

Другой локализованный вариант споров между формализмом и реализмом проявляется в разботке якобы фундаментальных правовых ценностей. Действительно, относительно легко найти

in Pierson v. Post. 2007. Vol. CV. P. 735. (Автор плавно сдвигает фактические и теоретические предположения о деле Pierson v. Post, принятые Роузом, Смитом и др.)

¹⁰³ См. Tribe L. American constitutional law. Mineola, New York: Foundation Press, 1988. P. 714–716. (Автор рассуждает о различиях между уважением достоинства человека и инструментальным подходом к вопросу «какой процесс является надлежащим?» и приводит классические антистандартные аргументы против инструменталистской точки зрения).

¹⁰⁴ Доктрина многоуровневой проверки — использование американскими судами при рассмотрении дел различных методов проверки и балансировки нарушенных прав, что приводит к вынесению различных приговоров по двум одинаковым делам, в одном из которых субъектом является человек, относящийся к дискриминируемой категории, а в другом — нет. (Прим. пер.)

¹⁰⁵ См.: San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973). Аргументы в пользу скользящего подхода к равной защите. Скользящая шкала — это механизм, призванный побудить обвиняемых признать свою вину как можно раньше в ходе судебного процесса. Он действует по принципу: чем раньше будет сделано признание вины, тем большими будут положительные последствия такого признания (умножение санкций). (Прим. пер.)

¹⁰⁶ См.: Adamson v. California, 332 U.S. 46, 71–92 (1947). Утверждение о том, что Четырнадцатую поправку следует толковать как передачу штатам всего Билля о правах. С Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 321, 328 (1937) — отвержение аргумента заявителя о том, что весь Билль о правах был распространен на штаты через Четырнадцатую поправку, и вместо этого использование анализа фундаментальных прав.

¹⁰⁷ Правило четырех углов — доктрина, используемая при наличии двусмысленности терминов, согласно которой суд должен полагаться исключительно на письменный документ и не может принимать во внимание посторонние доказательства, ограничиваясь тем самым четырьмя углами документа. (Прим. пер.)

¹⁰⁸ Ср.: W.W.W. Assoc., Inc. v. Giancontieri, 566 N.E.2d 639, 642 (1990) — применение подхода «четыре угла» к исполнению условий договора с Pacific Gas & Elec. Co. v. G.W. Thomas Drayage & Rigging Co., 442 P.2d 641, 644 (1968) — подход, согласно которому намерение сторон, выраженное в договоре, является источником договорных прав и обязанностей.

¹⁰⁹ Примеры пяти «субстанциализированных» споров можно найти в примечаниях 91–95. В позитивном праве наиболее часто подобным образом субстанциализируется спор между правилами и стандартами. Развернутый пример приведен в примечаниях 137–142 — через объяснение того, как в деле Pokora v. Wabash Railway Co., 292 U.S. 98 (1934) Кардозо занял позицию «за стандарты», а Холмс — «за правила».

¹¹⁰ Schlag P. Rules and Standards — утверждение о том, что застывшая диалектика «никуда не идет», потому что «нет момента синтеза».

¹¹¹ См.: Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication. P. 1775. (Автор рассматривает последствия противоречий и заявляет, что «смысл противоречия на уровне абстракции» заключается в том, что не существует «метасистемы», которая могла бы дать указания относительно конкретного режима, как того «требуют обстоятельства»).

¹¹² Подробнее об этой проблеме (поверхностность) см. в главе V, части В.

¹¹³ Конечно, есть много случаев, когда нам кажется, что суд пришел к «правильному» или «неправильному» результату, но это ощущение во многом зависит от того, как мы представляем себе соответствующую ситуацию. В таком представлении нет ничего плохого. Но в данном случае оно вообще не является решением проблемы, поскольку ситуацию (какой бы она ни была) можно представить себе множеством способов, более или менее благоприятных для правил или стандартов.

формалистические и реалистические версии фундаментальных правовых ценностей, таких как справедливость или свобода. Более того, аргументы, приводимые в поддержку или опровержение различных концепций фундаментальных правовых ценностей, имеют определенное сходство со спорами о формализме и реализме, а также о нормах и стандартах.

Рассмотрим следующую таблицу фундаментальных правовых ценностей:

	Формализм	Реализм
Справедливость	Одинаковое обращение (<i>uniform treatment</i>) ¹¹⁴	Обращение по заслугам (<i>just deserts</i>) ¹¹⁵
Равенство	Формальное равенство ¹¹⁶	Фактическое равенство ¹¹⁷
Нейтральность	Отстраненность ¹¹⁸	Беспристрастность
Свобода	Позитивная ¹¹⁹	Негативная ¹²⁰
Эффективность	по Парето	по Калдору-Хиксу
Независимость	Независимость индивида ¹²¹	Самореализация и возможности ¹²²

Достаточно легко заметить, что многие аргументы в пользу противоположных концепций справедливости, равенства и нейтральности имеют привкус споров о формализме и реализме и диалектики норм и стандартов. Опять же, связь или следствие не логические, а скорее эстетические. И здесь мы имеем дело с уже привычным явлением. В рамках определенного направления (скажем, негативной свободы) можно было бы найти как формалистические, так и реалистические варианты.

С. Текстуальный подход против телеологического

Здесь рассмотрим аргументы, связанные со спором текстуального и телеологического толкования. Текстуальное толкование исходит из понятия о том, что текст имеет окончательное юридическое значение и является авторитетным¹²³. Таким образом, текстуализм объединяет утверждение о лингвистическом значении (слова имеют определенные, даже если иногда расплывчатые, значения) и утверждение об источни-

¹¹⁴ Schauer F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. P. 149–53.

¹¹⁵ Sullivan K. M. *The Justice of Rules and Standards*. P. 66. (Автор предполагает, что единообразный подход подавляет соответствующие сходства и различия, в то время как более стандартный подход рассматривает людей по существу одинаково.)

¹¹⁶ Хайек Ф. А. Конституция свободы. М.: Новое издательство, 2011. С. 81. Хайек утверждает: «Из того, что все люди очень разные, следует, что если обходиться с ними одинаково, результатом неизбежно будет неравенство в их действительном положении, а единственный способ поместить всех в одинаковое положение состоит в том, чтобы обходиться с ними по-разному... желание сделать людей более равными по жизненным условиям не может быть принято в свободном обществе как оправдание для дальнейшего и дискриминационного принуждения».

¹¹⁷ Nussbaum M. C. Foreword: *Constitutions and Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism*. Harvard Law Review, 2007. Vol. CXXI. Нуссбаум утверждает (курсив добавлен):

«Первое и самое важное предложение заключается в том, что судья должен думать о правах как о возможностях, задаваясь вопросом: действительно ли люди могут пользоваться этим правом, или существуют тонкие препятствия, которые стоят между ними и полным или равным доступом к праву? Судьи должны внимательно относиться к истории и социальному контексту...»

¹¹⁸ Peppet S. R. *Contractarian Economics and Mediation Ethics: The Case for Customizing Neutrality Through Contingent Fee Mediation*. Texas Law Review, 2003. Vol. LXXXII. Pp. 227–285.

¹¹⁹ Berlin I. *Two Concepts of Liberty*. The Proper Study of Mankind. London: Pimlico, 1998. Pp. 191, 203–206. (Автор приводит аргументы в пользу негативной свободы, противопоставляя ее тоталитарным последствиям и потенциалу позитивной свободы.)

¹²⁰ West R. *Rights, Capabilities, and the Good Society*. Fordham Law Review, 1901. Vol. LXIX. Pp. 1901, 1906–1907. Вест утверждает: «Негативные права возвышают или расширяют возможности гражданина по сравнению с патерналистским государством. Однако, задерживая руку патерналиста, негативные права одновременно подчиняют гражданина его более сильному собрату — тем самым закрепляя частное неравенство — и лишают государство возможности обеспечивать от имени более слабых граждан материальные предпосылки для развития способностей, необходимых для полноценной человеческой жизни».

См. также: Breyer S. *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*. New York: Vintage Books, 2006. Pp. 9–12. (Автор противопоставляет современную свободу активной свободе); Senstein C. R. *Legal Interference with Private Preferences*. University of Chicago Law Review, 1986. Vol. LIII. Pp. 1129, 1132–1133. (Автор противопоставляет негативную концепцию свободы республиканской концепции.)

¹²¹ Posner R. *The Problem of Jurisprudence*. P. 117. «Верховенство закона важно, если мы заботимся об автономии, потому что стандарты, в большей степени, чем правила, поощряют самоподдерживающееся соответствие воображаемым целям государства, а не действия, отражающие подлинные ценности и интересы человека».

¹²² Nussbaum M. C. Foreword: *Constitutions and Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism*. P. 11. В основе [подхода возможностей] лежит идея... что все люди ценны, заслуживают уважения и поддержки, и что ценность всех людей одинакова. По мнению [подхода возможностей], уважение в основном подразумевает поддержку людей в развитии и реализации некоторых центральных человеческих способностей, среди которых особенно выделяется способность к выбору.

¹²³ См.: Scalia A. *The Rule of Law and the Law of Rule*. Pp. 1183–1184. (Автор описывает интерпретацию простого текста.)

ке юридической силы (текстуальные нормы). Телеологическое толкование охватывает и другие возможные варианты, такие как интенционализм, философская экзегеза, динамическое толкование (и так далее)¹²⁴. Телеологический подход включает в себя другие формы толкования, которые предполагают, что юридический текст должен быть внимательно прочитан в свете намерений, целей, контекста, ценности, социального консенсуса (и тому подобное). Это можно было бы счесть несколько необычным способом разделения реальности правового толкования, которое часто считается плюралистическим, а не бинарным¹²⁵. Тем не менее различие между сторонниками текстуального и телеологического подхода не является произвольным: юристы и правоведы обычно полагают, что с точки зрения объектов интерпретации текст является *primus inter pares*. Верно это или нет, но они, как правило, понимают, что самостоятельно интерпретируют текст.

Действительно, справедливо будет сказать, что в течение последнего десятилетия или более текстуализм был своего рода автономным способом толкования, характер которого существенно отличается от других. Отчасти это объясняется тем, что текст обычно рассматривается как релевантный объект интерпретации, в то время как все другие подходы обычно рассматриваются как способы интерпретации текста. Если это верно, то текстуальный подход вполне может быть более формалистичным (предписывая обращать внимание на текст и ни на что другое), чем другие, которые, по-видимому, связаны с более оценочными способами выявления намерений, целей, контекста, ценностей, социального консенсуса (и тому подобного). Одновременно можно увидеть, что существует несколько весьма стилизованных аргументов «за» и «против» текстуального и телеологического подхода, которые следуют спору формализма и реализма и диалектике норм и стандартов:

	PRO ТЕКСТУАЛЬНЫЙ ПОДХОД	CONTRA ТЕКСТУАЛЬНЫЙ ПОДХОД	PRO ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД	CONTRA ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД
	Видите ли, текстуальный подход хорош, потому что...	Что за глупости! Текстуальный подход плох, потому что...	Телеологический подход действительно хорош, потому что...	Что за глупости! Телеологический подход плох, потому что...
Замечание	Текст является публичным и писанным, поэтому он доводит до сведения всех и устанавливает общие ожидания	Без контекста текстуализм приводит к принятию произвольных решений, которые нарушают ожидания общества в отношении разумности ¹²⁶	Учитываются все те соображения, которые разумный толкователь принял бы во внимание ¹²⁷	Рассматриваются ресурсы, которые, как правило, недоступны для общественности
Цена решений	Снижает затраты на принятие решений за счет ограничения объема исследований, которые необходимо провести ¹²⁸	Направлен на то, чтобы замаскировать и свести к минимуму необходимость... выбора до того момента, как будет установлено общее правило	Снижает затраты на принятие решений, полагаясь на знания и формулировки, уже созданные другими ¹²⁹	Повышает затраты на принятие решений, расширяя число источников, которые должны учитывать судьи при принятии решения

¹²⁴ Приведенное мною бинарное деление намеренно затушевывает некоторые важные общепринятые различия между несколькими стандартными подходами к толкованию Конституции.

¹²⁵ Полезный обзор основных видов толкования в конституционном праве см. в: *Bobbitt Ph. Constitutional fate: theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1982. Pp. 3–122. (Автор описывает различные способы конституционного толкования (исторический, текстуальный, доктринальный, пруденциальный, структурный и этический)).

Обратите внимание, что я не утверждаю, что различие между «текстуальным» и «телеологическим» толкованием является последовательным. Я просто провел это различие с точки зрения текстуалистов, которые склонны рассматривать все остальные подходы как неправомерно уходящие от текста в пользу какого-то предпочтительного контекста (например, замысла законодателя, политической философии и т.д.). Мое мнение по этому вопросу почти противоположное, а именно, что в конституционном праве подлинная приверженность текстуализму ведет практически к любому другому виду интерпретации. *Schlag P. Hiding the Ball*. New York University Law Review. 1996. Vol. 71. Pp. 1681, 1688–1692. (Автор показывает, как искренний судья, начинающий толковать текст Конституции, из соображений верности принимает (по очереди) простой смысл, структурное толкование, судебный метод, политическую теорию и т.д.)

¹²⁶ *D'Amato A. Counterintuitive Consequences of "Plain Meaning"*. Arizona Law Review, 1991. Vol. XXXIII. Pp. 529, 538. Автор утверждает:

«Следствием настаивания на простом значении ... является то, что оно может вызвать состояние ума, в котором процветает произвол. ... Только в тех случаях, когда буквальное толкование закона совпадает с его разумным и справедливым толкованием в контексте конкретного дела, правило простого смысла может быть безвредным».

¹²⁷ См. об этом: *Eskridge W. N., Frickey Jr. & Ph. P. Statutory Interpretation as Practical Reasoning*. Stanford Law Review, 1990. Vol. XLII. P. 321. (Автор описывает пользу телеологического толкования.)

¹²⁸ *Nelson C. What is Textualism?* Virginia Law Review, 2005. Vol. XCI. Pp. 347, 351; *Vermeule A. Interpretive Choice*. New York University Review, 2000. Vol. LXXV. No. 74. Pp. 123–126.

¹²⁹ *Rubin E. L. Modern Statutes, Loose Canons and the Limits of Practical Reason: A Response to Farber and Ross*. Vanderbilt Law Review, 1992. Vol. XLV. Pp. 579, 586. «Законодательный орган и административные учреждения в рамках одной юрисдикции связаны невероятно плотной

	PRO ТЕКСТУАЛЬНЫЙ ПОДХОД	CONTRA ТЕКСТУАЛЬНЫЙ ПОДХОД	PRO ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД	CONTRA ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД
Ограничение	Сдерживает судью, ограничивая свободу действий и субъективных суждений ¹³⁰	Позволяет принимать субъективные решения, давая возможность судье рассматривать как право все смыслы, которые он вкладывает в текст, скрывая истинные причины ¹³¹	Вынуждает судью публично обосновывать свои доводы и использовать убедительные аргументы	Позволяет судье любые доводы для достижения любого желаемого результата ¹³²
Источники права	Текст — это только то, что было введено в действие: не принципы, не намерения и не историю принятия документа ¹³³	Текст не имеет смысла без контекста, в котором он был создан. Это ведет к произволу ¹³⁴	Текст имеет смысл только в изначальном, телеологическом или ценностном контексте ¹³⁵	Позволяет тексту означать что угодно, учитывая множество контекстов, которые могут быть применены ¹³⁶
Легитимность	Судьи имеют легитимность только до тех пор, пока они придерживаются фактов, а не ценностей... Тексты и традиции предоставляют факты для изучения, а не убеждения для демонстрации ¹³⁷	Текстуализм отбрасывает важные общественные понимания, которые придавали смысл закону ¹³⁸	Суд должен выражаться достаточно правдоподобно, чтобы быть принятым нацией ¹³⁹	Опора на обычаи, консенсус или народное мнение неизбежно связана с ценностями ¹⁴⁰
Язык	«Значение может быть аконтекстуальным в том смысле, что оно не будет опираться на другие контексты кроме того понимания, которое распространено среди почти всех носителей английского языка» ¹⁴¹	«Конечно, полностью аконтекстуального значения не может быть. Сообщество носителей английского само по себе образует контекст» ¹⁴²	Все значения ситуативны	Лингвистическое значение может быть устойчивым

Д. Резюме

Несмотря на неубедительность, эти локализованные варианты продолжают занимать американскую правовую арену. На теоретическом уровне нет особой надежды на то, что тот или иной вариант может восторжествовать. Мы уже видели почему: руины формализма и реализма прочно укоренились

сетью отношений и совместной деятельности. {...} Подобно членам семьи, они вырабатывают общий и специализированный набор лингвистических понятий, основанный на этих непрерывных, интенсивных отношениях».

¹³⁰ *Bork R. H.* The Tempting of America. New York: Free Press, 1990. Pp. 143–160.

¹³¹ *Craig, R. K.* The Stevens/Scalia Principle and Why It Matters: Statutory Conversations and a Cultural Critical Critique of the Strict Plain Meaning Approach. *Tulane Law Review*. 2005. Vol. LXXIX. No. 4. Pp. 955, 1037. Крэйг утверждает: «Принимая “аконтекстуальное” текстуалистское прочтение таких статутов — прочтение стороннего “обычного человека”, холодно относящегося к последним законодательным актам, — строгий подход, основанный на простом значении, игнорирует диалогическое измерение статута, развивающиеся и эволюционирующие значения, принятые соответствующей субкультурой, что позволяет судьям, использующим этот подход, использовать текстовые неточности и исторические термины, чтобы навязать свой собственный смысл языку статута».

¹³² *Scalia A.* A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. (Автор рассуждает о том, как судьи обычно не следуют законодательной истории, если она не поддерживает нужный им результат, заявляя, что она «в целом неубедительна».)

¹³³ *Eskridge W. N.* The New Textualism. *UCLA Law Review*, 1990. Vol. XXVII. Pp. 621, 647–648. (Автор прослеживает формалистический аргумент Холмса о том, что «суды никогда не должны упускать из виду текст, который формально является всем тем, что Конгресс принимает в качестве закона».)

¹³⁴ *Greene A. S.* The Missing Step of Textualism. *Fordham Law Review*, 2006. Vol. LXXIV. Pp. 1913, 1917. (Автор утверждает, что строгий конструктивистский текстуализм, игнорирующий контекст, может привести к абсурдным результатам.)

¹³⁵ *Ibid.* (Описание подводных камней, связанных с использованием простого значения слов и игнорированием контекста при толковании законодательных норм.)

¹³⁶ *Ibid.* P. 1924–1925. (Автор представляет аргумент текстуалистов о том, что судьи могли бы использовать телеологический подход для изменения формулировок закона в соответствии со своими взглядами.)

¹³⁷ *Sullivan K. M.* The Justice of Rules and Standards. P. 80. (Автор цитирует дело *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1000 (1992)).

¹³⁸ См.: *Craig R. K.* The Stevens/Scalia Principle and Why It Matters: Statutory Conversations and a Cultural Critical Critique of the Strict Plain Meaning Approach. P. 1037. (Автор утверждает, что текстуалистский подход игнорирует «развивающиеся и эволюционирующие значения, принятые в соответствующей субкультуре».)

¹³⁹ *Planned Parenthood*, 505 U.S. 866.

¹⁴⁰ *Sullivan K. M.* The Justice of Rules and Standards. P. 80.

¹⁴¹ *Schauer F.* Formalism. *Yale Law Journal*, 1988. Vol. XCVII. Pp. 509, 528.

¹⁴² *Ibid.*

Они вписаны в позитивное право как формы толкования и разработки, а также правовой аргументации. Они институционализированы в праве как те самые формы, в рамках которых создается и обрабатывается право и его якобы авторитетные искусственные формы (доктрины, принципы, политика и ценности). И они укоренились уже не просто как идеи, но как когнитивные и социальные практики юристов, судей, правоведов и различных должностных лиц.

V. ОБОЗНАЧАЯ ЛОГИКУ КОЛЛАПСА

Когда какой-либо спор в юридической мысли «кажется мертвым», то есть предсказуемым, повторяющимся и утомительным, это может быть признаком того, что он стал ритуализованным и что, вопреки представлениям, он больше не управляет своим мнимым предметом. Он превращается в церемонию.

Конечно, можно предположить, что это справедливо и в отношении дебатов о соотношении реализма и формализма. Действительно, по мере того как человек привыкает распознавать споры между формализмом и реализмом и их локализованные варианты, два понимания становятся всё более неотразимыми. Одно из открытий заключается в том, что версии спора и его локализованные варианты распространены повсеместно. Споры, кажется, возникают повсюду. И не только в юриспруденции, но и во всех аспектах жизни, гуманитарных и социальных науках¹⁴³. Второе открытие, возможно, вытекающее из первого, заключается в том, что в спорах и их локализованных вариантах есть своего рода «плавающее качество». Начинаешь видеть, что существует определенная драма формы, повторяющаяся повсюду, и что она имеет определенный шаблонный характер, который иногда кажется устрашающе оторванным (или отделяемым) от основных проблем или конкретного контекста. Может возникнуть впечатление, что драма формы просто накладывается, переводится в предметные проблемы. Это начинает казаться беспричинным. Действительно, даже начинает казаться, что можно взять практически любое противоречие в культуре или праве и легко трансформировать его в спор между формализмом и реализмом или в один из его локализованных вариантов.

У всего этого аура тщательно продуманной игры. Если мы хотим найти свой путь в спорах о формализме и реализме, то важно иметь возможность ощутить их пустоту, их бессмысленный характер. В этом разделе мы исследуем ходы, с помощью которых разрушается убедительность споров между формализмом и реализмом. Утверждение здесь заключается в том, что, несмотря на все усилия по разрешению этих споров со ссылкой на нормативные и юридические достоинства, такие как эффективность, гласность, порождение гармонии, верховенство права, справедливость, снижение транзакционных издержек, процветание человека и т. д., аргументы часто основываются на одном или нескольких критических ходах:

Рекурсивность
Поверхностность
Индивидуация
Смещение

Иногда человек может использовать их сознательно (в этом случае ходы кажутся тактикой). Иногда они просто имеют место (в этом случае они ощущаются как переживания).

¹⁴³ Действительно, вклад традиции разделения на формализм и реализм выходит далеко за рамки права. Как сказал Уильям Джеймс, великий американский прагматик: «В манерах мы находим формалистов и свободных и легких людей. В правительстве — авторитаристов и анархистов. В литературе — пуристов, академиков и реалистов. В искусстве — классиков и романтиков. Вы узнаете эти контрасты как знакомые. Так вот, в философии мы имеем очень похожий контраст, выраженный в паре терминов — „рационалист“ и „эмпирик“. „Эмпирик“ — любитель фактов во всем их грубом многообразии, „рационалист“ — приверженец абстрактных и вечных принципов. Никто не может прожить и часа без фактов и принципов, так что это скорее разница в акцентах, но она порождает антипатию самого острого характера между теми, кто по-разному составляет акценты, и мы обнаружим, что чрезвычайно удобно выражать определенный контраст в способах восприятия людьми своей вселенной, говоря об „эмпирическом“ и „рационалистическом“ нравах. Эти термины делают контраст простым и массовым».

James W. Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking. New York: Longmans, Green, and Co, 1907. Pp. 9, 12. (Описание различных характеристик рационализма и эмпиризма.)

Эти ходы в некотором смысле являются кратчайшим путем к разрушению аргументов о пороках и добродетелях в отношении локализованных вариантов спора. Они показывают пути освобождения из тисков споров об относительных пороках и добродетелях норм и стандартов, формальных и содержательных ценностей, текстуализма и телеологического толкования.

Однако есть три предостережения... Во-первых, ни один из этих ходов ни в коем случае не является убедительным аргументом. Кажется ли, что спор между формализмом и реализмом разваливается под давлением одного из них, зависит от контекста. Во-вторых, ни один из ходов не направлен на то, чтобы показать, что аргументы, составляющие споры между формализмом и реализмом, или вытекающий из них выбор, не имеют последствий. Скорее, утверждение заключается в том, что последствия не обязательно будут соответствовать тому, что заявлено. В-третьих, эти ходы не обязательно приводят к прекращению споров между формализмом и реализмом в любом контексте. Часто сохраняется ощущение, что спор между формализмом и реализмом имеет огромное значение в каком-то заданном контексте. Когда такое происходит (а такое происходит), причина либо в том, что спор действительно имеет значение, либо в том, что исследователь слишком вовлечен.

Ниже я попытался проиллюстрировать ходы случайным набором примеров из различных локализованных вариантов. Но, пожалуйста, имейте в виду: каждый из приемов — рекурсивность, поверхностность, индивидуализация и смещение — может быть использован во всех вариантах споров о формализме и реализме.

А. Рекурсивность

Рекурсивность подразумевает, что прежде чем человек решит, быть ли ему реалистом или формалистом, отдать предпочтение норме или стандарту, придерживаться текста или сверяться с целями, он уже заранее представляет сцену, действующих лиц, действие, цели и ценности реалистическим или формалистическим способом. Даже когда человек формулирует проблему, вопрос или дилемму — он всегда заранее сталкивается с той самой драмой формы, которую пытается разрешить или объяснить, и разыгрывает ее.

Это легко можно увидеть в заслуженно известных делах *Baltimore & Ohio Railroad v. Goodman* и *Pokora v. Wabash Railway Co.* — дела из серии «остановись, посмотри и послушай», которые рассматривались судьями Холмсом и Кардозо соответственно¹⁴⁴. По существу, речь шла о стандарте осторожности, предъявляемом к водителям при подъезде к неохраямому железнодорожному переезду. Холмс выступал за норму «остановись и посмотри». Кардозо выступал за стандарт должной осторожности. Оба предложили несколько относительно стилизованных аргументов в пользу норм и стандартов. Но что наиболее интересно, когда смотришь на мнения (и это подтверждается изложением фактических описаний), так это то, что Холмс и Кардозо имели дело с совершенно разными представлениями о железнодорожных переездах.

По мнению Холмса, железнодорожные переезды в целом выглядят одинаково, ставят одни и те же дилеммы и, таким образом, требуют установления нормы. Подумайте о том, что говорит Холмс в обоснование предложенной нормы. Он объясняет, что, когда человек идет по железнодорожному полотну, он знает, что он умрет, если придет поезд. Он знает (и теперь решающая часть!), что «он должен останавливаться ради поезда, а не поезд останавливаться ради него»¹⁴⁵. Здесь Холмс эффектно характеризует оперативные факты, касающиеся водителей, проезжающих через неохраямые железнодорожные переезды. Что это за факты? Это обобщенные факты, вменяемые, по-видимому, всем водителям: *водитель знает, что он должен останавливаться, чтобы пропустить поезд, а не поезд останавливаться для него*. Теперь если таковы оперативные факты (не только в этом случае, но и во всех случаях пересечения железной дороги), тогда, конечно, ответственность лежит на водителе, и, конечно, имеет смысл ввести норму типа «остановись и посмотри». Действительно, уместность нормы такой формы уже была пре-

¹⁴⁴ *Baltimore & Ohio Railroad v. Goodman*, 275 U.S. 66 (1927); *Pokora v. Wabash Railway Co.*, 292 U.S. 98 (1934).

¹⁴⁵ *Baltimore & Ohio Railroad v. Goodman Co.*, 275 U.S. 70.

образована в описании Холмсом оперативных фактов, то есть соответствующего контекста, а именно: осведомленности водителей, как правило, при подъезде к железнодорожным переездам¹⁴⁶. Холмс был немного формалистом в своем описании фактической обстановки¹⁴⁷.

Что касается стандарта Кардозо, то он уже риторически предвосхищен в его изложении фактов. Для Кардозо обязательства по пересечению железной дороги не имеют ничего общего с тем, что водители знают в целом, и всё это связано с кажущимся разнообразным физическим расположением железнодорожных переездов и широко варьирующимися рисками и выгодами от возможных мер предосторожности, которые могли бы предпринять водители. Этот момент продемонстрирован в достаточно пространном изложении Кардозо различных сценариев пересечения железной дороги¹⁴⁸. Взгляд Кардозо на железнодорожные переезды стандартен: он фокусируется на особом, специфическом и разнообразном (вот почему его перечисление возможных фактических операций является соответственно продолжительным). Его описание эффективно подготавливает читателя к выводу о том, что разумная предосторожность со стороны водителя на железнодорожном переезде потребует ряда различных форм поведения в зависимости от различных обстоятельств.

Обратите внимание на то, что сделали Холмс и Кардозо. Их позиции в пользу норм и в пользу стандартов, соответственно, уже были предвосхищены на уровне доказательных и оперативных фактов. Можно сказать, что у Холмса типичное для сторонника норм видение несчастных случаев на железнодорожных переездах, в то время как у Кардозо оно типичное для сторонника стандартов¹⁴⁹.

Всё это является расширенной иллюстрацией рекурсивности в контексте спора норм и стандартов. Уместность норм и стандартов на железнодорожных переездах уже была проиллюстрирована

¹⁴⁶ Есть и другие варианты объяснения решения Холмса. Я упомяну об одном из них хотя бы потому, что он представляет собой интересный взгляд на дело. Оказывается, не было доказательств того, смотрел ли машинист Гудман на переезд на самом деле или нет. В таких случаях бремя доказывания того, что машинист не смотрел, должно лежать на железной дороге-ответчике. По крайней мере, именно на это правило ссылался суд первой инстанции при рассмотрении дела *Balt. & Ohio R.R. Co. v. Goodman*, 10 F.2d 58, 59 (1926). В другом деле (*Beckham v. Hines*, 279 F. 241, 243 (1922)) Апелляционный суд сказал: «В отсутствие удовлетворительных доказательств обратного со стороны очевидцев, закон презюмирует, что погибший смотрел и слушал перед тем, как перейти дорогу». См.: *Beckham*, 279 F., 243. Принятие Холмсом правила «остановись и посмотри», требующего подтверждения того, что водитель смотрел, таким образом, выглядит как доказательственный гамбит в пользу обвиняемого и железной дороги.

¹⁴⁷ Другой способ охарактеризовать точку зрения Холмса заключается в том, что он имеет в виду совершенно иной фактический контекст — не столько железнодорожные переезды, сколько суды, выносящие решения по этим авариям на железнодорожных переездах.

¹⁴⁸ Таким образом, Кардозо представляет собой явно барочное (читай: стандартное) видение железнодорожных переездов (и того, что они могут требовать от водителей в плане мер безопасности). Стандарты благоразумного поведения иногда провозглашаются судами, но они заимствованы из фактов жизни. Выйти из машины и осмотреться — нередкая мера предосторожности, о чем нам говорит повседневный опыт. Кроме того, что она нередка, она с большой вероятностью может оказаться бесполезной, а иногда и опасной. Если водитель покидает автомобиль при приближении к повороту, то, выйдя из авто, он ничего не узнает об опасностях, скрывающихся за поворотом. К тому времени когда он вернется на свое место и приведет машину в движение, скрытый поезд может уже настигнуть его. Часто дополнительная защита оказывается сомнительной, даже если путь оказывается прямым, как, например, в случае со станцией, расположенной в пяти кварталах к северу. Поезд, движущийся со скоростью тридцать миль в час, преодолевает четверть мили за тридцать секунд. Таким образом, он может появиться из темноты, когда водитель поворачивается спиной и возвращается к своему автомобилю, а затем внезапно обрушится на него, когда автомобиль окажется на рельсах. Вместо того чтобы помогать себе, выходя из авто, водителю лучше было бы продолжать двигаться вперед, сохраняя бдительность.

Так и поезд на соседней станции, внешне спокойный и безобидный, за несколько секунд может превратиться в орудие разрушения. В некоторых случаях путь к безопасности может быть иным. Можно считать, что дорожное полотно настолько ровное и беспрепятственное, что съезд с него будет выигрышным. Но и в этом случае баланс преимуществ зависит от многих обстоятельств и может быть легко нарушен. Где Покора должен был оставить свой грузовик, выйдя на разведку? Если бы он оставил его на стрелочном переводе, то существовала вероятность того, что вагоны с ящиками обрушились бы на него прежде, чем он успел бы занять свое место. Ответчик не показал, находился ли локомотив на переднем конце, или вагонов было так мало, что локомотив можно было увидеть. Если бы он оставил свое транспортное средство у обочины, то были бы еще более веские основания полагать, что пространство, которое придется преодолевать при движении туда и обратно, сделает его наблюдения бесполезными. Необходимо помнить, что пока путешественник смотрит в одну сторону, с другой стороны может приближаться поезд или свободный локомотив.

Подобные иллюстрации свидетельствуют о необходимости осторожности при выработке норм поведения, равнозначных нормам права. Эта необходимость тем более настоятельна, что отсутствует опыт, на основе которого возникли эти нормы. Тогда они являются не естественным развитием поведения в его привычных формах, а искусственно разработанными, навязанными извне правилами. Экстраординарные ситуации не могут быть разумно или справедливо подвергнуты проверке или регламентации, которые подходят для обыденных или нормальных. В отсутствие руководства по общепринятому поведению решение отдается на суд присяжных.

¹⁴⁹ Они не представляют себе одни и те же перекрестки. Холмс думает о том, что известно водителю. Кардозо размышляет о разнообразии мер предосторожности, которые могут быть разумными, учитывая широкий спектр различных ситуаций на железнодорожных переездах. И каждый из них уже размышляет о фактах, относящихся к делу, о контексте таким образом, что это приведет, соответственно, к норме или стандарту.

Конечно, можно предположить, что историческая реальность была обратной. Возможно, Холмс был нацелен на правило, а Кардозо — на стандарт, и каждый из них читал факты, контекст, чтобы достичь желаемого результата. А может быть, каждый из них мыслил диалектически.

в описании фактов (железнодорожный переезд, осведомленность водителя) и транзакционных вызовов (опасное столкновение поезда/автомобиля)¹⁵⁰.

Такого же рода рекурсивность наблюдается при противопоставлении формализма реализму и другим его локализованным вариантам. Дело в том, что любая попытка разрешить спор между формализмом и реализмом ссылками на фактическую обстановку терпит неудачу, поскольку мы попадаем в ловушку рекурсивной цикличности. Формализм оказывается уместным в подходяще охарактеризованных формалистических обстоятельствах. Реализм оказывается уместным в подходяще охарактеризованных реалистических обстоятельствах. Это, конечно, не является ни разрешением, ни объяснением.

Рекурсивность опровергает определенную наивную концепцию соотношения права и фактов. В наивном правосознании человек «применяет право к фактам», как если бы восприятие фактов было независимым от права, которое он якобы применяет. Рекурсивность — это наблюдение за тем, что те же самые или сходные формы, которые придают форму закону, также придают форму фактам. В той мере, в какой и право, и факты конструируются или воспринимаются с помощью одной и той же формы (например, правильности или стандартности), они будут иметь предсказуемую тенденцию соответствовать друг другу.

В. Поверхностность

Поверхностность можно было бы рассматривать как разновидность рекурсивности — за исключением того, что вместо отношения «право — ситуация» она относится к отношению «право — цель». Это ощущение поверхностности может с некоторой частотой возникать в спорах между формализмом и реализмом.

Например, мы говорим, что формализм хорош, потому что он служит добродетелям «верховенства права». На первый взгляд, это утверждение кажется правдоподобно правильным. Но затем, в следующий момент, человек понимает, что это правдоподобие зависит от предшествующего построения или понимания «добродетелей верховенства права» в рамках формалистической эстетики. Другими словами, мы уже охарактеризовали «добродетели верховенства права» в образе формализма. Как только это осознается, сразу же возникает ощущение поверхностности: формализм хорош, потому что он служит тем правовым добродетелям, которым служит формализм. Хм-м...

Или вместо этого придерживайтесь реалистической точки зрения. Реализм хорош тем, что позволяет нам учитывать контекст. Сначала мы соглашаемся. Но затем мы понимаем, что учет контекста — это именно то, что мы подразумеваем под реализмом. Сразу же возникает ощущение поверхностности: контекстуализм хорош тем, что он учитывает контекст. Верно...

Это ощущение поверхностности часто опережается ощущением, что данный аргумент — это немногим больше, чем слова, перемещаемые по странице (без учета их предполагаемых референтов). Никто сразу не замечает пустоту, потому что аргументы поступают в суд (или в редакцию юридического журнала) с, казалось бы, более интересной пояснительной или нормативной структурой — возможно, структурой, подобной приведенной ниже цитате. Действительно, прочтите следующий отрывок, согласитесь с его утверждениями (вы должны), примите к сведению его скромную эвристическую ценность, а затем ощутите пустоту (то есть нормы хороши, когда нормы хороши).

Цитата: «Наш подход здесь предполагает, что невозможно разрешить этот спор абстрактно. Когда предсказуемость особенно важна и когда необходимо принять множество решений, аргументы в пользу принятия решений, основанных на правилах, значительно усиливаются. И когда судьи располагают информацией и возможностями для выработки достойных правил, у них есть веские основания пытаться делать именно это. Но если судьям не хватает такой информации и таких возможностей, они могут раз-

¹⁵⁰ Это не означает, что от изложения фактов Холмсом нельзя перейти к стандарту или от описания фактов Кардозо — к норме. Логически ничто не препятствует такому результату. Но это также не имеет отношения к делу, которое заключается в том, что привлекательность формализма/норм/текстуализма и реализма/стандартов/контекстуализма уже превосхищена и префигурирована (отсюда рекурсивность) в описании фактов (железнодорожный переезд) и транзакционной дилеммы (столкновение поезда и автомобиля).

умно ограничить свои решения конкретными фактами из опасения, что решения с более общим смыслом будут иметь плачевные систематические последствия и окажутся слишком грубыми для рассмотрения ситуаций, которые еще не являются предметом обсуждения и аргументации»¹⁵¹.

И какой именно вклад это вносит в наши знания? Правила хороши, когда судьи располагают достаточной информацией для разработки хороших правил? И когда судьям не хватает такой хорошей информации, они должны использовать стандарты?

С. Индивидуация (Individuation)

Как и в других научных обзорах, в этой статье используются относительно простые примеры, чтобы донести свою точку зрения (например, правило «остановись, посмотри и послушай»). Другие классические примеры из более широкой литературы включают такие нормы, как «не превышайте скорость более 55 миль в час», «следуйте прямому смыслу текста», «никаких транспортных средств в парке» и т. д.

Большое достоинство таких простых гипотетических примеров заключается в том, что они легко иллюстрируют более теоретические моменты. Но есть и большой недостаток. Он заключается в том, что простые гипотезы выдвигают часто незаметное и довольно противоречивое предположение (назовем это атомизмом), что более сложные явления являются просто более сложными и продуманными версиями простых. Очевидно, что это неверно — ни в отношении языка, познания, жизни, ни, как мы увидим, права¹⁵².

Это подводит нас к индивидуации. Простые примеры, использованные в этой и других статьях, превосхищают споры о формализме и реализме и их локализованных вариантах, выявляя дискретные и простые гипотезы. Простота приятна и всё такое, и это, безусловно, помогает кратко изложить суть. Но в контексте права не очевидно, что такого рода простота является полезной отправной точкой. Рассмотрим в качестве примера знаменитую гипотезу Харта — Фуллера о постановлении, запрещающем использование транспортных средств в парке¹⁵³. В нем между Хартом и Фуллером правовая дискуссия была частично сосредоточена на том, имеет ли термин «транспортное средство» ядро устоявшегося значения, стандартных случаев (точка зрения Харта), или нужно ли было читать постановление в целом в свете его целей (точка зрения Фуллера)¹⁵⁴.

Сформулированный таким образом, спор носит юридический характер. Речь также идет о надлежащей единице толкования. Мы говорим о значении «транспортное средство» или «никаких транспортных средств в парке»? Это вопрос индивидуации. Но даже эта версия спора значительно упрощает проблему, потому что, на первый взгляд, наша проблема состоит в том, чтобы выяснить, в чем смысл веления, которое запрещает | транспортные средства | в парке | в постановлении, | которое интерпретируется | предположительно судом | после Второй мировой войны | в англо-американской судебной системе, | как ее представлял себе ученый-юрист, писавший около 1958 г. | для журнала *American Law Review*¹⁵⁵.

Если принимать во внимание этот изначально широкий взгляд на обмен аргументов Харта — Фуллера, возникает вопрос: что является надлежащим объектом нашего юридического внимания? Что именно мы здесь толкуем или должны толковать¹⁵⁶? Ответ (и здесь он не предназначен для того, чтобы быть полезным) заключается в том, что текст может быть отрезан от своего контекста в любой из точек,

¹⁵¹ Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, 2003. Vol. CI. Pp. 885, 948.

¹⁵² Для всестороннего развития этой точки зрения, см.: Winter S. *A Clearing in The Forest: Law, Life, and Mind*. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 426 p. (Автор обсуждает идею того, что разум — это продукт динамичных социальных ценностей, которые вносят свой вклад в право конкретными и предсказуемыми способами.) В контексте языка и познания, см.: Lakoff G., Johnson M. *Philosophy in the Flesh*. New York: Basic Books, 1990. 603 p.

¹⁵³ Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали. Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136; Фуллер Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту. Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.

¹⁵⁴ Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали.

¹⁵⁵ См.: Schlag P. *Hiding the Ball*. Pp. 1688–1692. (Автор описывает институциональные, практические и юриспруденциальные ориентации правоприменителя при чтении конституционного текста.); Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*. (Авторы подчеркивают важность институционального контекста при выборе методологии толкования.)

¹⁵⁶ Обратите внимание, что объект рассмотрения только что был сведен к тексту (несколько более узкой категории).

отмеченных прямыми линиями выше¹⁵⁷. И дело в том, что это не только разные тексты, но, будучи разными текстами, они имеют разные значения и по-разному соотносятся со своими разными контекстами.

В этом, таким образом, и заключается проблема индивидуации. Это то, что опровергает достоинства так называемого текстуализма. Действительно, достоинства, обычно ассоциируемые с текстуализмом — фиксированность, сдержанность, публичность, — всё это исчезает, когда человек осознает, что простота предписания «следуйте простому смыслу текста» исчезает при дальнейшем исследовании. Текст? Какой текст? О чем ты говоришь?¹⁵⁸

То же самое верно и в отношении телеологического подхода. Формулировка правдоподобной цели права в решающей степени зависит от индивидуации, которая создает закон, подлежащий толкованию. Например, определение цели защиты свободы слова Первой поправкой Конституции США варьируется в зависимости от того, следует ли интерпретировать свободу слова в свете других свобод Первой поправки, всего Билля о правах или политических теорий или предписаний, лежащих в основе Конституции (и многого другого). Цель — это функция, помимо прочего, индивидуации — точно так же, как контекст является функцией текста (и наоборот). Из этого следует, что, поскольку в своих интересных аспектах (необходимая защита) индивидуации права не полностью формализованы, мнимые достоинства телеологического толкования (ситуативность, контекстно-зависимое значение и разумность) основываются на головокружительном множестве возможных контекстов. Контекст? Какой контекст? О чем вы говорите?

Приведенный выше анализ не только предполагает, что нам нужно обратить внимание на предполагаемые индивидуации (коллективные и индивидуальные), но и ведет в другом, более тревожном направлении, к вопросу о том, возможна ли индивидуация вообще или она равносильна попытке провести линии на воде¹⁵⁹. Так, например, первостепенный вопрос, который следует задать текстуализму, заключается не в том, хорошая ли эта идея, а в том, возможна ли она или даже понятна ли¹⁶⁰.

D. Смещение

Обсуждения споров о формализме и реализме и локализованных вариантах обычно происходят в очень абстрактных условиях (статьи в юридических журналах) и с очень абстрактными законодательными указаниями (гипотетические положения, такие как «не двигайтесь быстрее, чем безопасно» или «не превышайте 55 миль в час»). Абстрагирование обычно приводит к своего рода туннельной перспективе, в которой локализованный субъект изолирован от остальной правовой сферы, и последствия выбора (например, формальная ценность против фактической, норма против стандарта) за пределами изолированного локального субъекта игнорируются. Но мы знаем, по крайней мере, со времени новаторской статьи Коуза (и, вероятно, раньше), что выбор закона-велеия будет иметь системные последствия, выходящие за рамки локальной ситуации, выделенной для анализа¹⁶¹.

Мы можем ожидать, что выбор в пользу материальной нормы в данной области приведет к появлению смягчающего стандарта на уровне доказательств. Аналогичным образом можно было бы ожидать, например, что принятие материального стандарта приведет к подобному правилу разграничения сферы его действия.

Здесь мы можем сформулировать некоторые эмпирические правила. Следовательно, можно ожидать, что правила, действующие в изолированной локальной области, приведут к компенсационным стандартам в непосредственной близости (эффект смещения). Стандарты в изолированной локальной

¹⁵⁷ ...И конечно, многими другими. Эти разделения — только мои категории. Можно придумать множество других способов деления текста.

¹⁵⁸ См.: *Schlag P. Hiding the Ball*. Pp. 1683–1686.

¹⁵⁹ См. об этом: *Schlag P. The Dedifferentiation Problem*. P. 47.

¹⁶⁰ *Manning J. Textualism and Legislative Intent*. *Virginia Law Review*, 2005. Vol. CXI. Pp. 419, 420. Найти привлекательное и в то же время верное определение текстуализма — задача не из легких. Рассмотрим приведенное ниже определение и обратим внимание на то, как последняя фраза фактически уничтожает смысл первой части предложения: «Текстуализм не допускает простого определения, но на практике ассоциируется с основным положением о том, что судьи должны искать и придерживаться публичного смысла принятого текста, понимаемого в контексте (как и все тексты)».

¹⁶¹ *Schlag P. The Problem of Transaction Costs*. *Southern California Law Review*, 1989. Vol. LXII. P. 1661. Эффект петель обратной связи — важная часть атаки Коуза на пигувианский анализ внешних эффектов; *Ibid* (обсуждение статьи Коуза (*Coase R. The Problem of Social Cost*)).

области, скорее всего, приведут к компенсирующим правилам в непосредственной близости (эффект смещения). Можно было бы ожидать, что эффект вытеснения и вытекающая из него компенсация будут происходить по некоторым очень традиционным направлениям:

- Бремя убеждения.
- Определение сферы действия.
- Требования к доказательствам.
- Применение процессуального механизма.

Ключевым моментом, касающимся эффекта смещения, является то, что, когда он происходит (а мы ожидаем, что он когда-нибудь произойдет), он искажает приписывание традиционных добродетелей и пороков локализованным вариантам пар. Почему? Потому что кажущиеся достижения классических добродетелей и связанные с ними пороки эффективно ослабляются или даже сводятся на нет эффектом вытеснения — наличием компенсаторных директив.

Эта компенсация может произойти из-за того, что выбранный подход (например, стандарт) генерирует информацию, приводящую к внешним попыткам компенсировать избыток¹⁶². Или компенсация происходит потому, что лица, принимающие решения, изначально осознают необходимость отсрочки. В любом случае суть остается в том, что большая часть классических пороков и добродетелей, приписываемых формалистическим и реалистическим течениям в спорах, зависит от определенного узкого видения (которое очень характерно для микроперспективы мышления в области общего права).

В результате то, проявляет ли веление, подход к толкованию или ценность свои характерные добродетели или пороки, зависит не просто от изучения этого веления, подхода к толкованию или ценности, но и от соответствующего юридического окружения, в которое они встроены¹⁶³.

Е. Резюме

Рекурсивность, поверхностность, индивидуация и смещение — вот некоторые из основных критических ходов, на которых зиждутся споры между формализмом и реализмом и их локализованными вариантами. Применение этих мер может эффективно привести к прекращению споров. Однако будут ли эти шаги казаться риторически убедительными в данном контексте — это другой вопрос.

VI. ВЫВОД

На данный момент кажется, что споры о формализме и реализме никуда не денутся. Те или иные версии споров были с нами в более или менее ослабленных формах на протяжении веков — возможно, тысячелетий. В американском праве мы находимся на определенной стадии — той, на которой споры демонстрируют все признаки того, что они активно ведутся, но при этом сильно перегружены и всё же не приводят к окончательным результатам.

Описанная здесь логика коллапса — рекурсивность, поверхностность, индивидуализация и вытеснение — помогает нам выйти за рамки этого странного положения дел. Она помогает показать, что стилизованные споры не всегда так важны, как мы думаем. Сопутствующие им аргументы далеко не так насущны или значимы, как могло показаться на первый взгляд.

Другими словами, вполне возможно, что в настоящее время мы не можем выйти за рамки споров о формализме и реализме в нашем позитивном праве. Но это необязательно должно диктовать наши предпочтения в отношении этих споров. Что привлекательно в критических шагах, так это то, что они позволяют нам признать, что эти споры находятся в руинах. Затем мы можем обратить наше внимание (даже если право не наше) на другие вопросы.

¹⁶² См.: Johnston S. Uncertainty, Chaos, and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form. Cornell Law Review, 1991. Vol. LXXVI. Pp. 341, 361–362. (Утверждение о том, что нормы и стандарты имеют тенденцию со временем давать информацию, показывающую их неадекватность, что приводит к их замене противоположными.)

¹⁶³ В этом отношении Санстейн и Вермюле совершенно правы, обращая внимание на институциональный контекст (см.: Sunstein, C. R., Vermeule, A. (2003) Interpretation and Institutions. P. 866. Сolum, в свою очередь, совершенно прав, указывая на то, что институциональный контекст требует сосредоточения внимания на достоинствах судей и судейства (см.: Solum L. B. The Aretaic Turn in Constitutional Theory. Pp. 522–523).

Что, возможно, более важно, так это признание того, что в разгар этих споров важна именно риторическая работа, разоблачаемая критическими ходами — рекурсивность, поверхностность, индивидуация, смещение и, в конечном счете, коллапс. Именно так достигается создание крепкой структуры права.

Литература/References

1. Aleinikoff, A. (1987) Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, vol. XCVI.
2. Alexander, L., Sherwin, E. (2001) The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law. *Duke University Press*, 288 p.
3. Alexander, L. (1990) With Me, It's All Er Nuthin': Formalism in Law and Morality. *University of Chicago Law Review*, vol. LXVI.
4. Allison, H. E. (2003) Federalism and Formalism. *The William and Mary Bill of Rights journal*, vol. XI, no. 3, pp. 1191–1237.
5. Berlin, I. (1998) Two Concepts of Liberty. The Proper Study of Mankind. *Pimlico*, pp. 191, 203–206.
6. Bobbitt, Ph. (1982) Constitutional fate: theory of the Constitution. *Oxford University Press*, pp. 3–122. DOI: <https://doi.org/10.2307/1957275>
7. Bork, R. H. (1971) Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, vol. XLVII. DOI: <https://doi.org/10.1080/10811680.2020.1766877>
8. Bork, R. H. (1990) The Tempting of America. *Free Press*, pp. 143–160.
9. Breyer, S. (2006) Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution. *Vintage Books*.
10. Chemerinsky, E. (1997) Formalism and Functionalism in Federalism Analysis. *Georgia State University Law Review*, vol. XIII.
11. Coase, R. (1960) The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. Vol. III. Pp. 1–44.
12. Cohen, F. S. (1950) Field Theory and Judicial Logic. *Yale Law Journal*, vol. LIX.
13. Cohen, F. S. (1935) Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review*, vol. XXXV, no. 6. DOI: 10.2307/1116300
14. Cox, P. (2003) An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism. *Indiana Law Review*, vol. XXXVI.
15. Craig, R. K. (2005) The Stevens/Scalia Principle and Why It Matters: Statutory Conversations and a Cultural Critical Critique of the Strict Plain Meaning Approach. *Tulane Law Review*, vol. LXXIX, no. 4.
16. D'Amato, A. (1991) Counterintuitive Consequences of "Plain Meaning". *Arizona Law Review*, vol. XXXIII.
17. Dvorkin, R. (2021) Empire of Law. Gaidar Institute Publishing. 592 p. (Дворкин Р. Империя права. М.: Издательство Института Гайдара, 2021. 592 с.)
18. Epstein, R. A. (1995) Simple Rules for a Complex World. *Harvard University Press*. DOI: 10.1017/S000819730009783X
19. Epstein, R. (1995) The Harms and Benefits of Nollan and Dolan. *Northern Illinois Law Review*, vol. XV, p. 479.
20. Eskridge, W. N. Jr. (1987) Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. CXXXV, pp. 1479–1555.
21. Eskridge, W. N. (1994) Dynamic Statutory Interpretation. Pp. 1483–1484.
22. Eskridge, W. N. Jr., Frickey, Ph. P. (1990) Statutory Interpretation as Practical Reasoning. *Stanford Law Review*, vol. XLII, pp. 321–384.
23. Eskridge, W. N. Jr. (1990) The New Textualism. *UCLA Law Review*, vol. XXVII, pp. 621–691.
24. Farber, D., Sherry, S. (2002) Desperately Seeking Certainty: the misguided quest for constitutional foundations. *University of Chicago Press*. 222 p.
25. Fenster, M. (2004) Takings Formalism and Regulatory Formulas: Exaction and the Consequences of Clarity. *California Law Review*, vol. XCII.
26. Frank, J. (1932) What Courts Do in Fact. *Illinois Law Review*, vol. XXVI.
27. Frantz, L. B. (1963) Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson. *California Law Review*, vol. LI, no. 4.
28. Frantz, L. B. (1962) The First Amendment in the Balance. *Yale Law Journal*, vol. LXXI.

29. Fuller, L. (2005) Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *The journal "Pravovedenie"*, no. 6 (263), pp. 124–159. (Фуллер, Л. Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2005. № 6 (263). С. 124–159. EDN: JZAUDR)
30. Fuller, L. (2007) *The Morality of Law*. Yale University Press. (Фуллер Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. 308 с.)
31. Greene, A. S. (2006) The Missing Step of Textualism. *Fordham Law Review*, vol. LXXIV.
32. Grey, T. C. (1990) Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory. *Southern California Law Review*, vol. LXIII.
33. Grey, T. C. (1989) Holmes and Legal Pragmatism. *Stanford Law Review*, vol. XLI.
34. Grey, T. C. (2003) Judicial Review and Legal Pragmatism. *Wake Forest Law Review*, vol. XXVIII.
35. Grey, T. C. (1983) Langdell's Orthodoxy. *University of Pittsburgh Law Review*, vol. XLV.
36. Grey, T. C. (1999) The New Formalism. *Stanford Law School, Public Law & Legal Series*. Working Paper No. 4. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=200732 (дата обращения: 01.01.2009).
37. Hale, R. (1923) Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State. *Political Science Quarterly*. Vol. XXXVIII. Pp. 470–494.
38. Hart, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 593–629 (Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали. Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136).
39. Hayek, F. A. von (2011) *The Constitution of Liberty*. New Publishing House. (Хайек Ф. А. Конституция свободы. М.: Новое издательство, 2011).
40. Hohfeld, W. N. (1913) Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, vol. XXIII.
41. Horwitz, M. (1992) *The Transformation of American Law, 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Oxford University Press. 361 p.
42. James, W. (1907) Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking. *Longmans, Green, and Co.*
43. Johnston, S. (1991) Uncertainty, Chaos, and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form. *Cornell Law Review*, vol. LXXVI.
44. Kaplow, L. (1992) Rules Versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*, vol. XLII, pp. 557–629.
45. Kelman, M. (1987) *A Guide to Critical Legal Studies*. Harvard University Press, 360 p.
46. Kennedy, D. (1976) Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, vol. 89. DOI: 10.2307/1340104
47. Kennedy, D. (2000) From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form". *Columbia Law Review*.
48. Kennedy, D. (2001) Legal Formalism. In: *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. Elsevier, pp. 8634–8638. DOI: <https://doi.org/10.1016/B0-08-043076-7/02919-3>
49. Kennedy, D. (1993) *Sexy Dressing, etc.* Harvard University Press.
50. Kennedy, D. (2006) Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal. *Cambridge University Press*. Pp. 19–73. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511754425.002>
51. Kennedy, D. (1980) Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought America. *Research in Law and Sociology*, vol. III, pp. 3–24.
52. Korobkin, R. B. (2000) Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited. *Orlando Law Review*, vol. LXXIX.
53. Posner, E. A. (1997) Standards, Rules, and Social Norms. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. XXI.
54. Posner, R. (1990) *The Problem of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 42–53.
55. Lakoff, G., Johnson, M. (1990) *Philosophy in the Flesh*. Basic Books. 603 p.
56. Llewellyn, K. (1960) *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Aspen Law & Business. Pp. 36–38.
57. Llewellyn, K. N. (1935) On What Is Wrong with So-Called Legal Education. *Columbia Law Review*, vol. XXXV, no. 5.

58. Lyons, D. (1981) Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study. *Cornell Law Review*, vol. LXVI.
59. Maitland, F. (1936) The Forms of Action at Common Law. *Cambridge University Press*.
60. Manning, J. F. (1999) Constitutional Structure and Statutory Formalism. *University of Chicago Law Review*, vol. 66.
61. Manning, J. F. (1997) Textualism as a Nondelegation Doctrine. *Columbia Law Review*, vol. 97.
62. McDowell, A. (2007) Legal Fictions in *Pierson v. Post*. Vol. CV. P. 735
63. Mendelson, W. (1962) On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance. *California Law Review*, vol. L.
64. Mendelson, W. (1964) The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz. *Vanderbilt Law Review*, vol. XVII.
65. Nelson, C. (2005) What is Textualism? *Virginia Law Review*, vol. XCI.
66. Nussbaum, M. C. (2007) Foreword: Constitutions and Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism. *Harvard Law Review*, vol. CXXI.
67. Peppet, S. R. (2003) Contractarian Economics and Mediation Ethics: The Case for Customizing Neutrality Through Contingent Fee Mediation. *Texas Law Review*, vol. LXXXII.
68. Pound, R. (1933) Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. *Tulane Law Review*, vol. VII.
69. Riles, A. (2005) A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities. *Buffalo Law Review*, vol. LIII, no. 3.
70. Rose, C. M. (1985) Possession as the Origin of Property. *University of Chicago Law Review*, vol. LII.
71. Rubin, E. L. (1992) Modern Statutes, Loose Canons and the Limits of Practical Reason: A Response to Farber and Ross. *Vanderbilt Law Review*, vol. XLV.
72. Scalia, A. (1997) A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. *Princeton University Press*.
73. Scalia, A. (1989) The Rule of Law and the Law of Rules. *University of Chicago Law Review*, vol. LVI.
74. Schauer, F. (1991) Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. *Clarendon Press*.
75. Schauer, F. (2009) Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning. *Harvard University Press*.
76. Schlag, P. (2009) Spam jurisprudence, air law, and the rank anxiety of nothing happening. *Georgetown Law Journal*, no. 97, pp. 803–835 (*Шлаг П. Спамовая юриспруденция, право из воздуха и беспокойство о рейтингах в связи с тем, что ничего не происходит // Правоведение. 2017. № 1 (330)*).
77. Schlag, P. (1988) Cannibal Moves: An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction. *Stanford Law Review*, vol. XL, no. 4.
78. Schlag, P. (1985) Rules and Standards. *Ucla Law Review*, vol. XXXIII, pp. 379–430.
79. Schlag, P. (2002) The Aesthetics of American Law. *Harvard Law Review*, vol. 115, University of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 07-08. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=975805> (*Шлаг П. Эстетики американского права / пер. с англ. Е. Самохиной. Российский ежегодник теории права, 2010. № 3. С. 112–180*).
80. Schlag, P. (1996) Hiding the Ball. *New York University Law Review*, vol. 71.
81. Schlag, P. (2009) The De-Differentiation Problem. University of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 07-09. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=975810>. DOI: 10.1007/s11007-009-9095-z
82. Schlag, P. (1989) The Problem of Transaction Costs. *Southern California Law Review*, vol. LXII.
83. Schmitt, C. (1922) Politische Theologie. *München und Leipzig Verlag von Duncker & Humboldt*. (*Шмумм К. Политическая теология / пер. с нем. М.: Канон-пресс, 2000. 336 с.*)
84. Senstein, C. R. (1986) Legal Interference with Private Preferences. *University of Chicago Law Review*, vol. LIII.
85. Shiffrin, S. (1983) The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 1183.
86. Smith, H. (2003) Possession as the Origin of Property. *Stanford Law Review*, vol. LV.
87. Solum, L. B. (2004–2005) The Aretaic Turn in Constitutional Theory. *Brooklyn Law Review*, vol. LXX, no. 475, pp. 475–532.

88. Theory of the First Amendment. *Northwestern University Law Review*, 1983. Vol. LXXVIII. Pp. 1212, 1251–1255.
89. Sullivan, K. M. (1992) The Justice of Rules and Standards. *Harvard Law Review*, vol. CVI, no. 22.
90. Summers, R. S. (1982) Instrumentalism and American Legal Theory. *Cornell University Press*. 295 p.
91. Summers, R. S. (1981) Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review*, vol. LXVI, no. 864.
92. Sunstein, C. R., Vermeule, A. (2003) Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. CI. DOI: <https://doi.org/10.2307/1290510>
93. Tamanaha, B. Z. (2006) Law as a Means to an End. *Cambridge University Press*.
94. Tamanaha, B. Z. The Realism of the “Formalist” Age. St. John’s Legal Studies Research Paper No. 06-0073. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985083 (дата обращения: 01.01.2009).
95. Thurman, W. A. (1935) The Symbols of Government. *New Haven: Yale University Press*.
96. Tribe, L. (1988) American constitutional law. *Foundation Press*.
97. Vermeule, A. (2000) Interpretive Choice. *New York University Review*, vol. LXXV, no. 74.
98. Waldron, J. (2000) Transcendental Nonsense and System in the Law. *Columbia Law Review*, vol. C, no. 16.
99. Weinrib, E. J. (1988) Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. *The Yale Law Journal*, vol. 97, no. 6.
100. Weinberg, J. (1993) Broadcasting and Speech. *California Law Review*, vol. LXXXI.
101. Welsch, W. (1998) Undoing Aesthetics. *SAGE Publications*. 224 p.
102. West, R. (1901) Rights, Capabilities, and the Good Society. *Fordham Law Review*. Vol. LXIX.
103. Winter, S. (2001) A Clearing in The Forest: Law, Life, and Mind. *University of Chicago Press*. 426 p.

Искусственный интеллект и социальное неравенство: философско-правовой аспект¹

Рыбин А. И.^{1,*}, Чашухин Е. О.^{1,**}

¹ Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

* e-mail: airybin@hse.ru

** e-mail: eochaschukhin@hse.ru

Аннотация

В настоящей статье ставится цель проанализировать влияние искусственного интеллекта на социальное неравенство. Показано, что искусственный интеллект не только порождает блага, но в том числе является инструментом нарушения прав человека, увеличивающим социальное расслоение как на уровне отдельных обществ, так и в мировом масштабе. При помощи формально-юридического и сравнительно-правового методов показано, что существующая в настоящий момент практика применения искусственного интеллекта в различных сферах права не всегда достигает заложенных авторами целей, а иногда становится причиной дискриминации и воспроизводства социального неравенства. В работе продемонстрировано, что социальное неравенство и другие проблемы, связанные с внедрением искусственного интеллекта, активно осмысляются в рамках этики искусственного интеллекта. Проанализированы концепции этики искусственного интеллекта, а также ряд этических кодексов, которые приняты в ряде технологических компаний, занимающихся искусственным интеллектом. Показано, что основной причиной появления социального неравенства в этой сфере является не отсутствие этических принципов программ, действующих на основе искусственного интеллекта, а недостаточная формализация самих этических принципов на машинный язык. Показано, что правовое регулирование данной сферы, как правило, носит рекомендательный характер и исходит от корпораций, а не от государств.

Ключевые слова: искусственный интеллект, цифровое неравенство, социальная стратификация, этика, марксистская критика неравенства.

Для цитирования: Рыбин А. И., Чашухин Е. О. Искусственный интеллект и социальное неравенство: философско-правовой аспект // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 56–67. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-56-67. EDN: YLOUO

Artificial Intelligence and Inequality: A Legal Aspect²

Rybin A. I.^{1,*}, Chashhukhin E. O.^{1,**}

¹ National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

* e-mail: airybin@hse.ru

** e-mail: eochaschukhin@hse.ru

¹ В данной научной работе использованы результаты проекта «Правовые механизмы преодоления неравенства», выполненного в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2024 г.

² The results of the project “Legal mechanisms of overcoming inequality”, carried out within the framework of the Basic Research Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE University) in 2024, are presented in this work.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the impact of artificial intelligence (hereinafter also referred to as AI) on social inequality. It is evident that AI not only brings about advantages but also serves as a means of infringing upon human rights, exacerbating social stratification at both the level of individual societies and on a global scale. Through the application of formal legal and comparative legal methodologies, it becomes apparent that the current practices of utilizing AI in various legal domains often fall short of achieving the intended objectives, sometimes even serving as a catalyst for discrimination and the perpetuation of social inequality. The paper underscores the active engagement of scholars and practitioners in addressing social inequality and other challenges associated with AI through the lens of AI ethics. The concept of AI ethics is explored, along with a critical analysis of ethical frameworks adopted by several technology companies operating in the field of artificial intelligence. It has been demonstrated that the primary cause of the emergence of social disparity in the realm of AI is not a dearth of ethical tenets in AI-driven algorithms, but rather a lack of adequate formalization of these ethical principles themselves into machine-readable language. It has been shown that the legal regulations in this domain, typically, are advisory in nature and emanate from corporations rather than from state institutions.

Keywords: artificial intelligence, digital inequality, social stratification, ethics, Marxist critique of inequality.

For citation: Rybin, A. I., Chashhukhin, E. O. Artificial Intelligence and Inequality: A Legal Aspect. *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 56–67. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-56-67

Введение

Искусственный интеллект (далее — ИИ) является одним из самых обсуждаемых и влиятельных новшеств как в технической, так и в гуманитарной сфере. Это закономерно, поскольку те изменения, причиной которых становится ИИ, качественно изменяют жизнь людей, а также влияют на продвижение отдельных отраслей экономики, особенно технологических. Вместе с тем внедрение ИИ в повседневные практики не всегда происходит по заранее продуманному сценарию.

Даже если функционирование некоторых юнитов ИИ и возможно предугадать с технической стороны, изменения в обществе, происходящие из-за внедрения ИИ в повседневный обиход, зачастую непредсказуемы. Непредсказуемость является отличительной чертой ИИ, поскольку его функционирование происходит по принципу «черного ящика», в котором мы можем видеть лишь состояние данных на «входе» и результат их переработки на «выходе». Более того, учитывая тот факт, что данные, на которых обучается ИИ, в ряде случаев могут оказаться некорректными, последствием использования такого юнита ИИ может стать нарушение прав человека. Одним из недостаточно проанализированных, по нашему мнению, рисков использования ИИ является увеличение социального расслоения в обществе.

Так, существует распространенное мнение, что ИИ, в силу своей независимости от различных человеческих пороков, может стать причиной сокращения неравенства. Однако в том случае, если юнит ИИ обучался на некорректной выборке данных, он неминуемо будет воспроизводить негативные паттерны, способствующие увеличению неравенства. В мировой практике внедрения ИИ уже существует ряд кейсов, подтверждающих этот тезис. Они будут подробно рассмотрены ниже.

Подобная непредсказуемость вместе со значительными вычислительными способностями, превосходящими способности человека, обнажает проблематику определения этических принципов функционирования ИИ, которые призваны обезопасить взаимодействие ИИ с человеком.

Обзор существующих концепций в сфере этики ИИ

Тематика исследований в сфере этики искусственного интеллекта в целом делится на два больших блока. Первый, более крупный, связан с вопросами поведения разработчиков, производителей

и операторов машин, функционирующих на основе ИИ, и нацелен на то, чтобы свести к минимуму тот ущерб, который могут нанести обществу ИИ из-за ненадлежащего программирования, неподходящего применения или неправильного использования из-за игнорирования этических аспектов. В рамках этого же блока рассматривается этика применения роботов и ИИ и называется, как правило, «этикой искусственного интеллекта» или «этикой роботов» (AI ethics, robot ethics)³. В этом же блоке разрабатываются этические принципы, стандарты и нормативные акты, призванные установить консенсус относительно этических правил разработки ИИ⁴.

И если первый блок исследований этики ИИ связан с регулированием действий человека, то второй — с вопросами о том, какое поведение роботов с ИИ следует считать этическим и как они должны регулировать свое поведение. Эта область именуется «машинная этика» (machine ethics), она подразумевает использование как философских подходов, так и методов технических наук⁵. Философское рассмотрение актуализируется для решения фундаментальных вопросов: может ли машина (робот, ИИ) действовать этично? Если может, то как этика должна определять ее поведение? Какие этические концепции релевантны для машинной адаптации?

К философским вопросам, наряду с более общими, относится следующий: должно ли общество возлагать моральную ответственность на роботов или машины, действующие на основе ИИ? Этот вопрос граничит и с юридической сферой — в части возможности наложения юридической ответственности на юнитов ИИ⁶. К техническим относятся вопросы о том, как, например, запрограммировать этическую машину. Эти сферы в области этики ИИ взаимосвязаны. Инженеры, занимающиеся разработкой «этичных» машин, нуждаются в советах философов при определении соответствующих этических правил и ценностей, закладываемых при программировании ИИ.

В целом идея о том, что роботы должны воздерживаться от причинения вреда людям и предотвращать нанесение вреда человеком человеку, то есть вести себя «этично», имеет длительную историю, причем не только в научной литературе, но и в научной фантастике. Еще в 1940-х гг., в период создания первых ЭВМ, в рассказе «Хоровод» Айзек Азимов сформулировал ныне хорошо известные законы робототехники⁷:

1) Робот не может причинить вред человеку или своим бездействием допустить, чтобы человеку был причинен вред.

2) Робот должен повиноваться всем приказам, которые дает человек, кроме тех случаев, когда эти приказы противоречат Первому Закону.

3) Робот должен заботиться о своей безопасности в той мере, в которой это не противоречит Первому или Второму Законам.

Хотя перечисленные «законы» в изложении А. Азимова были не более чем художественным вымыслом, пускай и логически связанным, они были не единственным предложением по этическому ограничению ИИ в сфере машинной этики. В последующие годы предпринимались (и в настоящее время продолжают предприниматься) попытки этического регулирования действий ИИ. В книге «Моральные машины — обучая роботов отличать правильное от неправильного» У. Уоллах и К. Аллен изложили философские основы машинной этики, введя термин «Искусственный моральный агент» (Artificial Moral Agent, AMA)⁸.

Помимо проблемы причинения вреда жизни или здоровью человека вследствие недостаточной продуманности этических принципов взаимодействия ИИ с человеком, возникают и менее глобальные,

³ Winfield A., Michael K., Pitt J., Evers V. (2019) Machine Ethics: The Design and Governance of Ethical AI and Autonomous Systems. *Proceedings of the IEEE*, no. 107 (3), p. 510. DOI: 10.1109/JPROC.2019.2900622

⁴ Boden M. [et al.] (2017) Principles of robotics: Regulating robots in the real world. *Connection Sci*, vol. 29 (2), p. 124. DOI: <https://doi.org/10.1080/09540091.2016.1271400>

⁵ Winfield A. [et al.] Ibid. P. 510.

⁶ См. например: Аностопова Н. Н. Ответственность за вред, причиненный искусственным интеллектом // Северо-Кавказский юридический вестник. 2021. № 1. С. 112–119. DOI: 10.22394/2074-7306-2021-1-1-112-119

⁷ Murphy R., Woods D. (2009) Beyond Asimov: The Three Laws of Responsible Robotics. *Intelligent Systems*, IEEE, no. 24 (4), p. 14. DOI: 10.1109/MIS.2009.69

⁸ См.: Wallach W., Allen C. (2009) *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*. Oxford Univ. press. 288 p.

но не менее важные вопросы. В частности, вопросы функционирования социальных институтов, изменений в расстановке социальных статусов и взаимодействия социальных ролей. В настоящее время уже известен ряд проблемных сюжетов, которые являются с описанной точки зрения наиболее рискованными: вопросы защиты человеческого достоинства (например, в части использования технологии *deepfake*), охраны персональных данных, неприкосновенности частной жизни, дискриминации и иных проявлений неравенства (*digital divide*). Представляется, что эти проблемы можно классифицировать в зависимости от того, возможно ли их устранить с помощью только технических или только социальных решений. Например, причины проблем утечки данных и неприкосновенности частной жизни находятся в большей степени в технической плоскости. Проблемы неравенства, возникающие из-за внедрения ИИ, в большей мере находятся в социальной сфере, поэтому исследователям в области гуманитарных и социальных наук следует, в первую очередь, рефлексировать именно их.

Теоретическое объяснение неравенства, порождаемого внедрением ИИ

Прежде чем мы перейдем к описанию реальных кейсов, приводящих в результате действий алгоритмов ИИ к социальному неравенству, имеет смысл обратиться к истории вопроса о причинах такого неравенства. Релевантную позицию по аналогичному вопросу высказывал в свое время К. Маркс в связи с внедрением в жизнь технических изобретений во времена первой промышленной революции.

Отправной точкой для Маркса стали слова Дж. Милля: «Сомнительно, чтобы все сделанные до сих пор механические изобретения облегчили труд хотя бы одного человеческого существа». Маркс продолжил его мысль, скорректировав ее. Он подчеркнул, что применяемые капиталистами машины изначально не предназначались для такой цели. Их цель состоит в том, чтобы «удешевлять товары, сокращать ту часть рабочего дня, которую рабочий употребляет на самого себя, и таким образом удлинять другую часть его рабочего дня, которую он даром отдает капиталисту»⁹. Таким образом, машины, внедряемые в ходе промышленной революции, оказываются не средством, которое как-либо улучшает положение эксплуатируемого класса, но, в первую очередь, становятся средством производства прибавочной стоимости. Дополнительно следует отметить, что внедрение технических новаций увеличивает проявляющееся экономическое неравенство и по другим причинам: перенесение стоимости этих новаций на товары и, как следствие, их удорожание, а потому меньшая доступность для конечного потребителя; интенсификация труда; использование детского труда; ненормированный рабочий график и т. п.

Несмотря на то что в настоящее время культурный, исторический и социально-экономический контексты существенно изменились, тем не менее аргументы, выдвигаемые «за» и «против» внедрения ИИ в сферу производства, (например, о сокращении затрачиваемого на работу времени) представляются аналогичными тому, о чем пишет К. Маркс в процитированном отрывке. Социальное расслоение не только не преодолевается внедрением машин в процесс производства, но наоборот усиливается. С одной стороны, нейросети, которые могут генерировать тексты, видео, изображения, звуки, анализировать большие данные, действительно сокращают рабочее время тех людей, которые этим занимаются; с другой — эти же нейросети ставят под угрозу существование творческих профессий, превращая их в достаточно механистический промпт-инжиниринг, сводимый к заданию команд для ИИ.

В дополнение к экономическим причинам неравенства, порождаемого ИИ, исследователи довольно часто отсылают и к культурным. Регулярно в контексте внедрения ИИ обнажается «проблема отчуждения»¹⁰. Обобщенное понимание отчуждения по Марксу состоит в превращении результатов человеческой деятельности в самостоятельную сущность, довлеющую над ним, враждебную ему, превращающую его из человека в объект общественного процесса¹¹. Типичным примером отчуждения яв-

⁹ Маркс К. Капитал. Т. 1. М.: Государственное издательство политической литературы, 1952. 794 с.

¹⁰ См.: Юницкий А. Э., Петров Е. О. Искусственный интеллект и отчуждение человека от разума: причины, механизмы, последствия // Сборник материалов V международной научно-технической конференции «Беззастенчивая индустриализация ближнего космоса: проблемы, идеи, проекты», № 1, 2022, С. 138–143. EDN: MCIVZU; Sidorkin A. M. (2024) Embracing liberatory alienation: AI will end us, but not in the way you may think. *AI & Soc* (2024). DOI: <https://doi.org/10.1007/s00146-024-02019-6>

¹¹ Маркс К. Экономическо-философские рукописи 1844 г. // К. Маркс, Ф. Энгельс. Собр. соч. Т. 42. М.: Политиздат, 1974. С. 94.

ляются вынесенные ИИ суждения о действиях того или иного человека, который «в глазах» ИИ является не человеком, а некой сущностью, набором параметров, отчужденной тенью человека. Более подробно такие случаи будут рассмотрены ниже.

Еще одной проблемой, обсуждаемой в контексте взаимодействия с ИИ, является «проблема культурной гегемонии». Концепция культурной гегемонии берет свое начало в работах итальянского неомарксиста Антонио Грамши. Согласно Грамши, гегемония — это политическая сила (power), которая базируется не только на власти (authority) и вооруженных силах (военных, полиции и т. д.), но и на общественном мнении, формируемом моральными и интеллектуальными авторитетами¹². В контексте рассматриваемой темы данная проблема обнаруживается во взаимосвязи с выборками данных, которые анализирует ИИ. Над этими выборками довольно часто довлеет культурная модель-гегемон, со своими достоинствами и недостатками, которая препятствует объективному анализу данных, а потому довольно часто результаты такого анализа воспроизводят существующие дискриминационные предрассудки.

Если говорить в целом, марксистская логика неравенства эксплуатируемых и эксплуататоров может применяться в контексте цифрового неравенства (digital divide) как на индивидуальном, так и на глобальном уровне. Так, сам факт разной доступности к технологиям ИИ, которая коррелирует с возрастом, уровнем навыков и возможностью обладать техническими средствами, предопределяет различие в степени интегрированности в глобальное цифровое пространство. Кроме того, те, кто обладают средствами ИИ (теми, которые не находятся в общем доступе), имеют существенно лучшие условия для производства цифровых работ и услуг. Во всяком случае они могут затрачивать значительно меньше временных и человеческих ресурсов¹³.

Итак, мы кратко очертили теоретические предпосылки, которыми обуславливается неравенство при введении ИИ в повседневный обиход. Далее более подробно рассмотрим причины, в соответствии с которыми ИИ становится причиной социального неравенства.

Причины, по которым ИИ порождает социальное неравенство

Искусственный интеллект может способствовать дискриминации, что становится всё более актуальной темой в литературе по социальным наукам. Обратимся к нескольким факторам, играющим ключевую роль в этом процессе.

Основная причина — некорректность данных, тесно связанная с проблемой культурной гегемонии, на основе которых обучается ИИ. Это большие объемы данных, которые могут содержать дискриминационные паттерны. Эти данные могут быть собраны из различных источников, включая социальные медиа, профили пользователей в социальных сетях, статистические базы данных и др., выборка которых по критериям этичности часто не производится. Поэтому если в таких данных присутствуют системные стереотипы, ИИ автоматически воспримет их и будет воспроизводить.

Например, если алгоритм анализирует данные о найме на работу и в них преобладает информация о мужчинах, он может неправомерно недооценивать женщин. Похожие случаи уже имели место на практике. Известно, что в ряде технологических компаний, которые в последнее десятилетие для анализа входящих резюме внедряли ИИ, оказывалось, что любые достижения женщин-кандидатов, вроде успехов в женском спорте или наличия женских хобби, маркировались ИИ как недостатки, а не как достоинства¹⁴.

Так получалось по нескольким причинам: во-первых, в технологических компаниях традиционно преобладает мужской контингент; во-вторых, именно на таких данных обучался алгоритм ИИ. И поскольку данные об успехах в женском спорте или о женских хобби полностью или почти отсутствовали в проанализированных анкетах, полученная информация была распознана как характеристика неуспешных

¹² Gramsci A. (1974) Selections from the prison notebooks of Antonio Gramsci. *International Publishers, Political Science*. 483 p.

¹³ Bentley S. V., Naughtin C. K., McGrath M. J. [et al.] (2024) The digital divide in action: how experiences of digital technology shape future relationships with artificial intelligence. *AI and Ethics*, no. 3, pp. 7–8. DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-024-00452-3>

¹⁴ Xinyu C. (2023) Gender Bias in Hiring: An Analysis of the Impact of Amazon's Recruiting Algorithm. *Advances in Economics, Management and Political Sciences*, no. 23, p. 136. DOI: <https://doi.org/10.54254/2754-1169/23/20230367>

кандидатов. Таким образом, при использовании информации, основанной, например, на предрассудках, как в случае с технологическими компаниями, ИИ может неосознанно поддерживать существующие стереотипы, что, в свою очередь, может оказывать долгосрочное воздействие на общественное мнение и отношения между различными социальными группами.

Осмысление этого кейса показало, что в данном случае работает принцип «мусор на входе — мусор на выходе»¹⁵. Этот принцип в некотором смысле соотносится с принципом функционирования ИИ как «черного ящика». Несмотря на то, что неизвестно, как именно ИИ обрабатывает анализируемые данные, можно практически наверняка сказать, что, если предоставить ИИ нерепрезентативную выборку данных, то он, основываясь лишь на этих данных, сможет выдать только некорректный результат¹⁶.

Однако сферой трудоустройства случаи неравенства, создаваемого или воспроизводимого ИИ, не исчерпываются. Другой пример негативного воздействия касается аспектов правоохранительной деятельности. В частности, ИИ может быть весьма полезным в деле профилактики и предотвращения совершения преступлений. Например, в настоящее время существует система «умных городов», в которую интегрированы технологии распознавания лиц, автоматической фиксации правонарушений на транспорте и прочих средств фиксации. ИИ помогает проанализировать данные о наиболее неблагоприятных районах и выявить лиц, склонных к совершению правонарушений. Это помогает координировать действия правоохранительных органов и служит более тонкому ранжированию текущих задач сотрудников правоохранительных органов¹⁷. Однако этот процесс не застрахован от возникновения «когнитивных ошибок». Данные о совершённых преступлениях релевантны только в случае существования аналогичных обстоятельств. Однако в случае если обстоятельства меняются, ИИ будут продолжать воспроизводить выявленные ранее закономерности. Так, люди, живущие в районах с более низким доходом или уровнем образования, по умолчанию станут объектом внимания полиции. Эта ситуация может привести к так называемому самосбывающемуся пророчеству. Например, обучение ИИ на основе данных о задержании представителей определенных рас или национальностей может привести к формированию модели, ошибочно интерпретирующей это как свидетельство большей предрасположенности к преступности таких категорий граждан, что, в свою очередь, становится причиной воспроизводства дискриминационных стереотипов¹⁸.

Кроме того, существует ряд препятствий, которые мешают эффективности функционирования ИИ: низкая точность прогнозирования, ограниченный круг преступлений, которые можно предсказать, высокая стоимость оборудования и программного обеспечения, некорректный ввод данных и высокий риск предвзятого характера некоторых программ¹⁹.

Другой сферой потенциального применения ИИ является помощь в принятии решений, касающихся реабилитации правонарушителей. Например, в контексте принятия решений об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания в виде лишения свободы или в иных вопросах «исправления» лиц, совершивших преступления, связанных с ограничением их прав. Так, ИИ мог бы помочь в анализе массива данных, связанных с поведением преступников в условиях отбывания наказания и допущенных после этого рецидивов, и это могло бы в дальнейшем послужить основанием для более точного вывода о возможном последующем поведении лица, совершившего правонарушение.

Однако и в этом свете ИИ может становиться причиной воспроизводства социального неравенства. Известен случай, когда Гленну Родригесу, в молодости совершившему вооруженное ограбление автосалона, в котором погиб один человек, спустя 25 лет отказали в досрочном освобождении, несмотря на законные основания для такого освобождения и высокие показатели по программе реабилитации.

¹⁵ Шталь Б. К. [и др.] Этика искусственного интеллекта: кейсы и варианты решения этических проблем / Б. К. Шталь, Д. Шредер, Р. Родригес; пер. с англ. И. Кушнаревой; под науч. ред. А. Павлова; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2024. 200 с. С. 26.

¹⁶ Mahadi N., Bakari A. H. A., Baskaran S., Maideen M. H. (2022) How The Pandemic Has Disrupted and Changed Hiring // International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences. No. 12 (10). P. 1335.

¹⁷ Шталь Б. К. Указ соч. С. 30–31.

¹⁸ Hung T. W., Yen C. P. (2023) Predictive policing and algorithmic fairness. *Synthese*. Pp. 205–206.

¹⁹ Mugari I., Obioha E. (2021) Predictive Policing and Crime Control in the United States of America and Europe: Trends in a Decade of Research and the Future of Predictive Policing. *Social Sciences*, no. 10 (234), p. 1. DOI: 10.3390/socsci10060234

Причиной, по которой произошел отказ, стала программа COMPAS, которая, по всей видимости, также могла учитывать мнения сотрудников мест исполнения наказания, проявивших в отношении данного осужденного расовые предрассудки²⁰.

Более подробно исследовавшие вопрос применения таких технологий в пенитенциарной системе Дж. Вилласенор и В. Фогго приводят также несколько иных инцидентов, связанных с использованием этой программы и вызвавших общественный резонанс в США²¹. В связи с приведенными примерами следует отметить, что методология, используемая для сбора данных, также может стать причиной предвзятости.

Аналогичный механизм мог бы действовать и на уровне уголовного процесса, когда необходимо принимать решение об избрании меры пресечения. В уголовном процессе меры пресечения ранжируются по строгости и степени ограничения прав обвиняемого, характеристику личности которого должен учесть судья, однако предварительный анализ данных конкретного дела мог бы помочь принимать такие решения более объективно, в меньшей степени оставляя их на личное усмотрение судей. Особенно это актуально в контексте принципов *ultima ratio* и общей интенции уголовно-правовой политики снижать воздействие мер пресечения на обвиняемых и подозреваемых. Однако вопросы, связанные с предотвращением воспроизводства неравенства в уголовном процессе, укладываются в целом в другой комплекс проблемных аспектов, связанных с возможностью внедрения ИИ в процесс принятия судьями решений²².

Применение ИИ может приводить к воспроизводству социального неравенства и дискриминации практически в любой сфере, поскольку ИИ часто является лишь общим алгоритмом обработки данных (проблема отчуждения). Например, известны случаи, когда ИИ, работающие с распознаванием лиц, не могли принять фотографию лиц из Азии в силу узкого разреза глаз или чернокожих граждан, поскольку в базе было недостаточно их изображений²³. Поэтому следует отметить, что создать условия для воспроизводства дискриминационных стереотипов могут не только данные, содержащие в себе стереотип, но также и недостаточные данные. Если данные, собранные для обучения ИИ, не представляют полностью все группы, которые необходимо идентифицировать, это может привести к недопустимым выводам. Например, если система распознавания лиц была обучена в основном на изображениях людей европейской внешности, ее способность правильно распознавать лица людей других рас может значительно ухудшиться.

Рассмотренные ошибки в работе ИИ приводят к следующим негативным последствиям в контексте социального неравенства. Во-первых, неравенство в доступе к государственным услугам или предоставлению льгот. Алгоритмы, базирующиеся на порочных данных, могут использоваться при предоставлении услуг или льгот, таких как более выгодные условия кредитования, медицинских услуг или страхования. Это может приводить к тому, что определенным группам населения будет необоснованно отказано в получении услуг или же они получают их в неполном объеме. Во-вторых, закономерным следствием в социокультурном контексте будет упрочение стереотипов. Используя некорректные данные ИИ будет неосознанно поддерживать существующие стереотипы, что, в свою очередь, может оказывать долгосрочное воздействие на социальные предубеждения и отношения между различными группами²⁴.

Еще одним негативным результатом может стать потеря доверия к отдельным машинам или программам, к ИИ в целом и снижение доверия к тем, кто его использует. Если пользователи осознают, что алгоритмы, которыми они пользуются, предвзяты, это может снизить уровень доверия к технологиям ИИ и к коммерческим организациям или государственным органам, их применяющим²⁵.

²⁰ Шталь Б. К. Указ соч. С. 29.

²¹ Villaseñor J., Foggo V. (2020) Artificial Intelligence, Due Process, and Criminal Sentencing. *Michigan State Law Review*, no. 295, pp. 334–336. DOI: 10.17613/48wf-jn82

²² См., напр.: Taylor I. (2023) Justice by Algorithm: The Limits of AI in Criminal Sentencing. *Criminal Justice Ethics*, no. 42 (3), pp. 193–213. DOI: <https://doi.org/10.1080/0731129X.2023.2275967>

²³ Zou J., Schiebinger L. (2018) AI can be sexist and racist — it's time to make it fair. *Nature*, no. 559, pp. 324–325. DOI: 10.54254/2754-1169/23/20230367

²⁴ Farahani M., Ghasemi G. (2024) Artificial Intelligence and Inequality: Challenges and Opportunities. *Qeios*. URL: <https://doi.org/10.32388/7HWU22> (дата обращения 05.09.2024).

²⁵ Там же.

Возможные пути решения проблем

Безусловно, самым очевидным с юридической точки зрения способом решения поставленных проблем является установление этических стандартов и требований к программированию или использованию таких ИИ с целью недопущения, в частности, дискриминации и в целом воспроизводства социального неравенства. Однако для того чтобы установить подобные этические стандарты, необходимо понять, как именно возможно их сформулировать и какие существуют способы (реальные или потенциальные) преодоления некорректного функционирования ИИ.

В литературе, посвященной этике ИИ, предлагаются две основные стратегии преодоления указанных проблем. Во-первых, это оценка воздействия ИИ по степени влияния на общество или же оценка воздействия на права человека, которая чаще обсуждается на Западе. Из отечественных юридических аналогов можно было бы привести риск-ориентированный подход. В целом концепция оценки сводится к выявлению возможных рисков для равенства, которые могут реализоваться в ходе функционирования таких машин или программ с целью их превентивного устранения. Аналогичным образом организовано предложение в рамках Евросоюза ввести Оценочный список для проверки надежности искусственного интеллекта (ALTAI)²⁶. Однако эта модель акцентирует исследовательскую оптику лишь на возможных ошибках, но не предлагает фундаментального конструктивного решения.

Другой подход предполагает составление универсальных этических принципов, заложенных в код программы, на основе которых ИИ не будет допускать дискриминационных различий, даже несмотря на некорректные данные. В рамках этой концепции объясняется, что ошибки в функционировании ИИ, приводящие к воспроизводству неравенства, — это результат невнимания на стадии разработки проекта или технологии к преследуемым ценностям²⁷. Основной пресуппозицией этого подхода является суждение о том, что никакая технология ИИ не может быть ценностно нейтральной²⁸. Сходный подход мы можем найти в философии М. Маклюэна, исследовавшего медиа, который он формулирует как “the medium is the message”, то есть любое средство передачи информации само по себе несет некоторое значение²⁹.

Данный подход, с одной стороны, кажется фундаментальным и рефлексивным, но с другой — он в той же мере представляется не вполне конкретизированным и не решающим проблему адаптации этических принципов к функционированию машин. Аналогичную неточность мы можем также увидеть и в одном из комментариев по поводу ошибок в функционировании ИИ: «мусор на входе — мусор на выходе»³⁰. Что именно следует идентифицировать как «мусор на входе», как показал анализ, не вполне ясно. Это может быть и искажение данных, умышленное или неосознаваемое, и нерепрезентативная выборка, и недостаток таковых.

Вышеприведенное рассуждение об ошибках в функционировании ИИ, а также причинах их происхождения проблематизирует саму постановку вопроса о возможности этики ИИ. Если верно, что причиной ошибок в действиях ИИ является некорректный набор данных, и дело только в данных, то вопрос об этике машин может быть решен только посредством более тщательного отбора этих данных, а не на уровне этических принципов. Либо упомянутые этические принципы, например принцип равенства, должны быть формализованы, то есть представлены в форме набора отдельных команд, воспринимаемых машинами, или же данных, которые будут соответствовать, по мнению разработчиков, упомянутому принципу. Поэтому вопрос о неравенстве, создаваемом ИИ, относится к этике лишь частично.

²⁶ Radcliffe Ch., Ribeiro M., Wortham R. (2023) The assessment list for trustworthy artificial intelligence: A review and recommendations. *Frontiers in Artificial Intelligence*, pp. 2–3. DOI: <https://doi.org/10.3389/frai.2023.1020592>

²⁷ Cavoukian A. (2017) Global privacy and security, by design: turning the “privacy vs. security” paradigm on its head. *Health Technology*, vol. 7, pp. 329–333. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12553-017-0207-1>

²⁸ Шталь Б. К. Указ соч. С. 42.

²⁹ Маклюэн Г. М. Понимание медиа: внешние расширения человека / Пер. с англ. В. Николаева. М., Жуковский: КАНОН-пресс-Ц, Кучково поле, 2003. 464 с.

³⁰ Citrome L. (2024) Artificial Intelligence and the Potential for Garbage In, Garbage Out. *Current Medical Research and Opinion*, no. 40 (1), pp. 1–2. DOI: [10.1080/03007995.2023.2286785](https://doi.org/10.1080/03007995.2023.2286785)

Представляется, что успешным примером формализации данных принципов является концепция индекса этичности права, которая разрабатывалась в последние годы в Национальном исследовательском университете «Высшая школа экономики». Концепция индекса этичности предполагает совмещение социологического, технологического и этического подходов для составления системы, которая по принципу логического исчисления высказываний сможет ранжировать нормы законодательства на предмет соответствия этих норм моральным принципам. Использование социологических методов для анализа моральных основ как основных критериев нравственной оценки человеческого поведения позволит провести сравнение этических представлений современного российского общества с содержанием юридических норм, обладающих этическим значением³¹.

Правовые инструменты преодоления неравенства

Одним из способов решения поставленных проблем является правовое регулирование ИИ с поправкой на возможные ошибки, которые могут приводить к нарушению прав человека. В последние годы сфера ИИ привлекает интерес субъектов, осуществляющих правовое регулирование, а также юридического сообщества в целом³². Так, на национальном и международном уровне составляются акты, нацеленные на установление принципов, связывающих компании при разработке технологии ИИ.

Одним из таких актов является Указ Президента Российской Федерации от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации»³³, утверждающий Национальную стратегию развития искусственного интеллекта на период до 2030 г. В данной концепции, в частности, закрепляются основные принципы развития и использования технологий ИИ. К наиболее важным ее принципам относятся защита прав и свобод человека, в том числе права на труд, и предоставление гражданам возможности получать знания и приобретать навыки для успешной адаптации к условиям цифровой экономики; безопасность, в том числе предупреждение и минимизация рисков возникновения негативных последствий использования технологий ИИ; прозрачность, то есть объяснимость работы ИИ и процесса достижения им результатов; а также защищенность, то есть разграничение ответственности организаций — разработчиков и пользователей технологий искусственного интеллекта исходя из характера и степени причиненного вреда, защита указанных пользователей от противоправного применения технологий ИИ.

В рамках данной стратегии был разработан «Кодекс этики в сфере искусственного интеллекта»³⁴, закрепляющий этические принципы и стандарты поведения, которыми должны руководствоваться акторы (участники отношений) в сфере ИИ. Действие Кодекса распространяется на отношения, связанные с этическими аспектами создания (проектирования, конструирования, пилотирования), внедрения и использования технологий ИИ. Кодекс постулирует примат человекоориентированных и гуманистических подходов, закрепляя их в качестве основных этических принципов и центральных критериев оценки этичного поведения акторов; при этом в качестве наивысшей ценности должен рассматриваться именно человек, его права и свободы. Отдельно следует упомянуть о том факте, что, по мнению разработчиков и подписантов Кодекса, ответственность за последствия применения ИИ всегда должен нести человек; акторы не должны допускать передачи права ответственного нравственного выбора. Кроме того, акторам рекомендуется осуществлять добросовестное информирование пользователей об их взаимодействии с ИИ, когда это затрагивает вопросы прав человека и критических сфер его жизни, а также обеспечивать возможность прекратить подобное взаимодействие по желанию пользователя.

³¹ Виноградов В. А., Ларичев А. А. Индекс этичности права как прикладной инструмент оценки соотношения права и морали // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 5. С. 4–23.

³² См.: Конев С. И. Этико-правовые проблемы регулирования искусственного интеллекта и робототехники в отечественном и зарубежном праве / С. И. Конев, Б. А. Цокова // Образование. Наука. Научные кадры. 2020. № 4. С. 68–73. DOI: 10.24411/2073-3305-2020-10202. EDN: FJBTLD

³³ О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации: Указ Президента РФ от 10.10.2019 № 490 (ред. от 15.02.2024). Собрание законодательства РФ, 14.10.2019. № 41, ст. 5700.

³⁴ Кодекс этики в сфере искусственного интеллекта. URL: https://a-ai.ru/wp-content/uploads/2021/10/Кодекс_этики_в_сфере_ИИ_финальный.pdf (дата обращения: 04.10.2024).

Примерами других таких актов декларативного характера являются принципы ИИ от Google. Они подразумевают 7 положительных ориентиров и 4 запрета, которых обязуется придерживаться данная корпорация³⁵.

Еще одним актом являются Азиломарские принципы от 11.08.2017. Они подразделяются на несколько блоков: проведение исследований, этика и ценности, долгосрочная перспектива. Этот акт составлен в виде «открытого письма», которое может подписать любой желающий. На июль 2024 г. он собрал 5720 подписей³⁶. Еще одним актом, который исходит не от государств, а от организации — Института инженеров электрики и электроники (Institute of Electrical and Electronics Engineers), — являются принятые в 2017 г. Рекомендации «Искусственный интеллект: исследования, разработки и регулирование» (Artificial Intelligence: Research, Development and Regulation)³⁷.

Тем не менее нельзя не отметить того факта, что, строго говоря, перечисленные документы, в том числе Национальная стратегия, разработанная в рамках Указа Президента, не являются обязывающими в юридическом смысле этого слова. На настоящий момент такие акты «мягкого права» функционируют лишь в той мере, в которой разработчики добровольно соблюдают такие принципы. В силу этого важное значение приобретает императивное закрепление данных принципов, например, в форме Федерального закона. Между тем принятие подобного акта в настоящее время представляется весьма затруднительным, поскольку технологии ИИ остаются крайне лабильными, а правоприменительная практика в данной сфере еще не сформировалась. Представляется, что формальное закрепление этических стандартов, которым должен соответствовать ИИ, является делом недалекого будущего.

Заключение

В итоге нашего рассуждения мы приходим к выводу о том, что влияние ИИ на социальные взаимоотношения является амбивалентным. Оптика, предлагаемая социальной философией, позволяет увидеть в появлении ИИ не только благо, создающее больше свободного времени, но и инструмент, который может стать причиной нарушения прав человека, увеличения социального расслоения как на уровне отдельных обществ, так и в мировом масштабе.

Мы установили, что в настоящий момент существует внушительная практика применения ИИ в различных сферах права, которая показывает, что функционирование ИИ далеко не всегда приводит к желаемым результатам, а иногда становится причиной дискриминации и воспроизводства социального неравенства.

Проанализировав концепции этики ИИ, мы пришли к выводу, что основной проблемой появления социального неравенства является не столько отсутствие этических принципов в контексте программ, действующих на основе ИИ, сколько недостаточная формализация самих этических принципов на машинном языке. Одним из успешных примеров возможной конвергенции социальной сферы, этики и права представляется разработанный в последние годы индекс этичности права.

Это же замечание релевантно и в отношении правового регулирования данной сферы. Так, существующие акты имеют, как правило, рекомендательный характер, вследствие чего представляется необходимым в ближайшем будущем, по мере замедления бурного развития технологий в сфере ИИ, а также формирования соответствующей правоприменительной практики, формально закрепить этические стандарты, которым должны следовать разработчики ИИ.

Литература/References

1. Апостолова Н. Н. Ответственность за вред, причиненный искусственным интеллектом // Северо-Кавказский юридический вестник. 2021. № 1. С. 112–119. DOI: 10.22394/2074-7306-2021-1-1-112-119 (Apostolova, N. N. (2021) Liability for damage caused by Artificial Intelligence. *North Caucasus Legal Vestnik*. Pp. 112–119.)

³⁵ AI at Google: our principles. URL: <https://blog.google/technology/ai/ai-principles/> (дата обращения: 23.07.2024).

³⁶ Asilomar AI Principles. *Future of Life Institute*. URL: <https://futureoflife.org/open-letter/ai-principles/> (дата обращения: 23.07.2024).

³⁷ Institute of Electrical and Electronics Engineers. IEEE Global Public Policy. URL: <https://globalpolicy.ieee.org/wp-content/uploads/2017/10/IEEE17003.pdf> (дата обращения: 23.07.2024).

2. Виноградов В. А., Ларичев А. А. Индекс этичности права как прикладной инструмент оценки соотношения права и морали // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 5. С. 4–23. (Vinogradov, V., Larichev, A. (2022) The Index of Ethicality of the Law as an applied tool for assessing the correlation between law and morality. *Law Journal of the Higher School of Economics*, no. 5, pp. 4–23. DOI: <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2022.5.4.23>)
3. Конев С. И. Этико-правовые проблемы регулирования искусственного интеллекта и робототехники в отечественном и зарубежном праве / С. И. Конев, Б. А. Цокова // Образование. Наука. Научные кадры. 2020. № 4. С. 68–73. DOI: 10.24411/2073-3305-2020-10202. EDN: FJBTLD (Konev, S. I., Tsokova B. A. (2020) Ethical and legal problems of regulating Artificial Intelligence and robotics in domestic and foreign law. *Education. Science. Scientific personnel*, no. 4, pp. 68–73. DOI: 10.24411/2073-3305-2020-10202).
4. Маклюэн Г. М. Понимание медиа: внешние расширения человека / Пер. с англ. В. Николаева. М., Жуковский: КАНОН-пресс-Ц, Кучково поле, 2003. 464 с. (McLuhan, M. (1994) *Understanding Media: The Extensions of Man*. 389 p.)
5. Маркс К. Капитал. Т. 1. М.: Государственное издательство политической литературы, 1952. 794 с.
6. Маркс К. Экономическо-философские рукописи 1844 г. // К. Маркс, Ф. Энгельс. Собр. соч. Т. 42. М.: Политиздат, 1974. С. 41–174. (Marx, K., Engels, F. (2023) *Economic and Philosophic Manuscripts of 1844*. Wilder Publications; Edition Unstated. 147 p.)
7. Шталь Б. К. [и др.] Этика искусственного интеллекта: кейсы и варианты решения этических проблем / Б. К. Шталь, Д. Шредер, Р. Родригес; пер. с англ. И. Кушнаревой; под науч. ред. А. Павлова; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2024. 200 с. (Stahl, B. C., Schroeder, D., Rodrigues, R. (2023) *Ethics of Artificial Intelligence. Case Studies and Options for Addressing Ethical Challenges*. Springer. DOI: 10.17323/978-5-7598-2981-2).
8. Юницкий А. Э. Искусственный интеллект и отчуждение человека от разума: причины, механизмы, последствия / А. Э. Юницкий, Е. О. Петров // Безракетная индустриализация ближнего космоса: проблемы, идеи, проекты: материалы V международной научно-технической конференции, Марьяна Горка, 23–24 сентября 2022 г. Минск: ГП «СтройМедиаПроект», 2023. С. 270–281. EDN: MCIVZU. (Unitsky, A., Petrov, E. (2023) Artificial Intelligence and Human Alienation from Mind: Causes, Mechanisms, Consequences. *Collection of Articles of the V International Scientific and Technical Conference "Non-Rocket Near Space Industrialization: Problems, Ideas, Projects"*. Pp. 270–281)
9. Bentley, S. V., Naughtin, C. K., McGrath, M. J. [et al.] (2024) The digital divide in action: how experiences of digital technology shape future relationships with artificial intelligence. *AI and Ethics*, no. 3, pp. 1–15. DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-024-00452-3>
10. Boden, M. [et al.] (2017) Principles of robotics: Regulating robots in the real world. *Connection Sci*, vol. 29 (2), pp. 124–129. DOI: <https://doi.org/10.1080/09540091.2016.1271400>
11. Cavoukian, A. (2017) Global privacy and security, by design: turning the “privacy vs. security” paradigm on its head. *Health Technology*, vol. 7, pp. 329–333. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12553-017-0207-1>
12. Citrome, L. (2024) Artificial Intelligence and the Potential for Garbage In, Garbage Out. *Current Medical Research and Opinion*, no. 40 (1), pp. 1–2. DOI: 10.1080/03007995.2023.2286785
13. Farahani, M., Ghasemi, G. (2024) Artificial Intelligence and Inequality: Challenges and Opportunities. *Qeios*. DOI: <https://doi.org/10.32388/7HWUZ2>
14. Gramsci, A. (1974) Selections from the prison notebooks of Antonio Gramsci. *International Publishers, Political Science*. 483 p.
15. Hung, T. W., Yen, C. P. (2023) Predictive policing and algorithmic fairness. *Synthese*, pp. 201–206. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11229-023-04189-0>
16. Mahadi, N., Bakari, A. H. A., Baskaran, S., Maideen, M. H. (2022) How The Pandemic Has Disrupted and Changed Hiring. *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, no. 12 (10), pp. 1331–1340. DOI:10.6007/IJARBSS/v12-i10/14825

17. Mugari, I., Obioha, E. (2021) Predictive Policing and Crime Control in the United States of America and Europe: Trends in a Decade of Research and the Future of Predictive Policing. *Social Sciences*, no. 10 (234), pp. 1–14. DOI: 10.3390/socsci10060234
18. Murphy, R., Woods, D. (2009) Beyond Asimov: The Three Laws of Responsible Robotics. *Intelligent Systems*, IEEE, no. 24 (4), pp. 14–20. DOI: 10.1109/MIS.2009.69
19. Radclyffe, Ch., Ribeiro, M., Wortham, R. (2023) The assessment list for trustworthy artificial intelligence: A review and recommendations. *Frontiers in Artificial Intelligence*, pp. 1–10. DOI: <https://doi.org/10.3389/frai.2023.1020592>
20. Taylor, I. (2023) Justice by Algorithm: The Limits of AI in Criminal Sentencing. *Criminal Justice Ethics*, no. 42 (3), pp. 193–213. DOI: <https://doi.org/10.1080/0731129X.2023.2275967>
21. Villasenor, J., Foggo, V. (2020) Artificial Intelligence, Due Process, and Criminal Sentencing. *Michigan State Law Review*, no. 295, pp. 295–354. DOI: 10.17613/48wf-jn82
22. Wallach, W., Allen, C. (2009) *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*. Oxford Univ. press. 288 p.
23. Winfield, A., Michael, K., Pitt, J., Evers, V. (2019) Machine Ethics: The Design and Governance of Ethical AI and Autonomous Systems. *Proceedings of the IEEE*, no. 107 (3), pp. 509–517. DOI: 10.1109/JPROC.2019.2900622
24. Xinyu, C. (2023) Gender Bias in Hiring: An Analysis of the Impact of Amazon's Recruiting Algorithm. *Advances in Economics, Management and Political Sciences*, no. 23, pp. 134–140. DOI: <https://doi.org/10.54254/2754-1169/23/20230367>
25. Zou, J., Schiebinger, L. (2018) AI can be sexist and racist — it's time to make it fair. *Nature*, no. 559, pp. 324–326. DOI: 10.54254/2754-1169/23/20230367

Об авторах:

Рыбин Александр Игоревич, аспирант департамента теории права и сравнительного правоведения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация); e-mail: airybin@hse.ru

Чашухин Егор Олегович, аспирант департамента теории права и сравнительного правоведения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация); e-mail: eochaschukhin@hse.ru

About the authors:

Aleksandr I. Rybin, postgraduate student of the Department of Theory of Law and Comparative of the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation); e-mail: airybin@hse.ru

Egor O. Chashchukhin, postgraduate student of the Department of Theory of Law and Comparative of the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation); e-mail: eochaschukhin@hse.ru

Концепция правового эгалитаризма в гетерогенных и культурно однородных обществах

Федосов И. В.^{1, 2, *, **}

¹ Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

² Научно-исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

* e-mail: fedosov-iv@ranepa.ru

** e-mail: ifedosov@hse.ru

Аннотация

Статья посвящена анализу понятий правового эгалитаризма и формального равенства как в европейских правовых порядках, так и в правовых порядках не европейского культурного кода в исторической ретроспекции и современности. Автор прослеживает происхождение, зарождение и развитие концепта формального равенства и сопутствующей ему философско-правовой эгалитарной доктрины, завоевавшей господствующие позиции в правовых порядках европейских и других стран мира после Французской революции 1789 г. С привлечением исторического материала и научных позиций ученых из сфер социологии, культурологии, социальной антропологии, политологии, истории и теории права автор размышляет о возможности и эффективности безальтернативного существования и применения эгалитарной правовой доктрины в условиях сложных гетерогенных поликультурных обществ, подвергая сомнению бытующие в современных теоретико-правовых исследованиях взгляды на сущность формального равенства как философско-правовой концепции и принципа права.

Ключевые слова: эгалитаризм, формальное равенство, современная нация, культурный релятивизм, правовой плюрализм.

Для цитирования: Федосов И. В. Концепция правового эгалитаризма в гетерогенных и культурно однородных обществах // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 68–77. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-68-77. EDN: XWLSYN

The Concept of Legal Egalitarianism in Heterogeneous and Culturally Homogeneous Societies

Fedosov I. V.^{1, 2, *, **}

¹ North-Western Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Saint Petersburg, Russian Federation)

² National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg, Russian Federation)

* e-mail: fedosov-iv@ranepa.ru

** e-mail: ifedosov@hse.ru

Abstract

The article is devoted to the analysis of the concepts of legal egalitarianism and formal equality both in European legal orders and in legal orders of non-European cultural code in historical retrospect and modern times. The author traces the origin, emergence and development of the concept of formal

equality and the accompanying philosophical and legal egalitarian doctrine that has gained dominant positions in the legal orders of European and other countries of the world after the French Revolution of 1789. The author examined historical material and scientific positions of various scientists — sociology, cultural science, social anthropology, political science, history and legal theory. The author reflects on the possibility and effectiveness of the uncontested existence and application of egalitarian legal doctrine in the context of complex heterogeneous multicultural societies. At the same time, the author questions the views on the essence of formal equality as a philosophical and legal concept and principle of law that exist in modern theoretical and legal studies.

Keywords: egalitarianism, formal equality, modern nation, cultural relativism, legal pluralism

For citation: Fedosov, I. V. (2024) The concept of legal egalitarianism in heterogeneous and culturally homogeneous societies. *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 68–77. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-68-77

Эгалитаризм (фр. *égalité*, от *égalité* — равенство) — комплексная философско-политическая и правовая доктрина, согласно которой члены общества (граждане государства) должны быть равны между собой. В рамках настоящего исследования нас интересует в первую очередь юридическое ответвление эгалитарной теории — правовой эгалитаризм, настаивающий на полном равенстве граждан (а иногда и всех жителей, в том числе не граждан, то есть резидентов) государства в легальном поле.

Следует отметить, что в теории права то, что мы называем «правовым эгалитаризмом», как правило, именуется «формальным равенством» (во всяком случае, существует дискуссия о том, возможно ли полное отождествление двух этих понятий). В то же время важно сказать, что настоящее исследование сосредоточено не на проблемах догмы или философии права, а на идее правового эгалитаризма как понятия, относящегося к истории учений о праве и государстве и политико-правовых учений.

Стоит подчеркнуть, что мы исследуем правовой эгалитаризм не как необходимое условие действия права в формально-юридическом смысле, а как политико-правовой идеал, значение которого оценивается с точки зрения функционирования государства в определенных исторических условиях и в конкретном контексте политико-правовых идей. Нет сомнений в том, что внутри одного сообщества свободных и равных друг другу людей, реализующих по отношению друг к другу принцип взаимного правового признания, может действовать право в полном смысле этого слова, и принцип формального равенства в данном случае выступает в качестве необходимого условия его действия. В то же время сам факт существования историко-правовой науки предполагает, что «правом» мы называем не только тот порядок отношений, который претендует на соответствие некоему чаемому «идеалу» (в том числе идеалу универсального правового эгалитаризма), но и многие другие форматы общественных отношений. К примеру, наука истории права изучает многие домодерные и не европейские правопорядки, в которых концепт правового эгалитаризма отсутствует в принципе¹, что, однако, не мешает исследователям называть эти модели правовыми. Чтобы правильно понять предмет исследования и осознать те особенности восприятия, которые продиктованы современными представлениями о значении правового эгалитаризма, нам необходимо изучить этот идеал с точки зрения истории и современности, уделив особенное внимание при этом реализации данного философско-правового идеала в сложных поликультурных гетерогенных обществах.

Идея эгалитаризма в социально-политическом, философском, а также правовом смысле имеет богатую историю и давние корни и берет свое начало, как считается, еще в античности, у Аристотеля (однако здесь следует подчеркнуть, что Аристотель никогда не писал о равенстве всех, кто относится к такому виду живых существ, как человек, а лишь о равенстве определенной части населения полиса). В понимании, наиболее приближенном к современному, эгалитаризм упоминается в трудах идеологов Французской революции, в частности у Ж.-Ж. Руссо², который считал несомненным благом то, что закон (позитивное право государства) способен нивелировать «естественное неравенство», существующее между людьми, сделав их всех равными перед законом.

¹ Кирмзе Ш. Б. Империя законности: юридические перемены и культурное разнообразие в позднеимперской России. М., 2023. С. 41.

² Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М., 1998. С. 57. EDN: QXFBFJ

В современных условиях идея правового эгалитаризма стала одним из главенствующих столпов классической западной либеральной демократии³, базирующейся на господствующей идеологии прав человека, которая, в свою очередь, настаивает на универсальности этих прав вне зависимости от всех прочих, в том числе культурных, факторов. Данный тезис нашел отражение в действующей Всеобщей декларации прав человека 1948 г., в частности в ст. 7: «Все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона...»⁴ Далее документ неоднократно утверждает тезис о «всеобщем равенстве людей без всякого различия».

Всеобщей декларации прав человека вторят национальные конституции в редакциях, принятых в периоды особенно сильного влияния западного мира, в том числе Конституция Российской Федерации 1993 г., в которой аналогичные положения провозглашены в ст. 9, пункты 1 и 2 которой последовательно утверждают принцип запрета дискриминации и правового эгалитаризма, а пункт 3 дополнительно акцентирует внимание на половом равенстве: «1. Все равны перед законом и судом. 2. Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности. 3. Мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации»⁵.

Как мы можем убедиться, правовой эгалитаризм неоспоримо господствует в актуальном политико-правовом дискурсе государств, воспринявших (или стремящихся воспринять) идеи и ценности западно-европейской либеральной демократии.

Правовой эгалитаризм говорит о равенстве людей перед законом, при этом не принимая во внимание объективные различия, существующие между представителями человеческого рода. Различия этнические, культурные, национальные, лингвистические, конфессиональные, экономические, мировоззренческие. Различия, которые сами люди, те самые носители «естественных прав и свобод», часто желают подчеркивать и культивировать, с ориентацией на которые они желают жить и о существовании которых не хотят забывать.

Доктрина правового эгалитаризма упорно отказывается замечать эти различия. С одной стороны, это объяснимо с точки зрения догмы права: действительно, в подлинном смысле слова право может функционировать только между признающими друг друга субъектами, наделенными свободой и ответственностью. Однако с точки зрения реалий истории права — нет противоречия в том, что такого рода «правовой эгалитаризм» существует в рамках определенных сообществ, но при этом в более крупном масштабе осмысливается в контексте характерного для исторических реалий правового плюрализма. Отсутствие должного внимания к данному аспекту влечет за собой массу нерешенных проблем и не меньшее количество дискуссий в научном сообществе. Существует ли альтернатива правовому эгалитаризму — по крайней мере, некая теоретическая модель, которая позволяла бы сохранить в историко-правовых и теоретико-правовых исследованиях те исторические факты, которые подчас отрицают универсальность ценности правового эгалитаризма?

Для ответа на поставленный вопрос нам в первую очередь необходимо обратить внимание на само общество в разрезе как его политической истории, так и истории политико-правовых идей. В рамках какого общества правовой эгалитаризм функционирует наиболее эффективно? Ведь именно для него, в сущности, правовой эгалитаризм и разрабатывался мыслителями эпохи Просвещения.

Концепция всеобщего равенства граждан перед законом⁶, игнорирующего объективные различия между этими гражданами как членами единой политики, есть порождение идей французских

³ Скиннер К. Истоки современной политической мысли: в 2 т. Т. 2: Эпоха Реформации. М., 2018. С. 38. EDN: BGRCTP

⁴ Всеобщая декларация прав человека. Электронный ресурс. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml (дата обращения: 30.10.2024).

⁵ Конституция Российской Федерации. Электронный ресурс. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/ (дата обращения: 30.10.2024).

⁶ Скиннер К. Истоки современной политической мысли: в 2 т. Т. 1: Эпоха Ренессанса. М., 2018. С. 320. EDN: BGRCTP

ученых-просветителей, которые были отражены в таких документах, как Декларация независимости США 1776 г. и французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г., с помощью которых эгалитарные идеи сравнительно быстро завоевали доминирующее положение в политико-правовом дискурсе подавляющего большинства стран мира и занимают его по сей день. Однако для того чтобы жители локальных территорий и подданные правителей превратились в граждан⁷, необходимо было создать гражданскую нацию. Это стало первой и самой важной целью французских революционеров, поскольку после революции Ancien Régime сменялся принципиально новым, республиканским строем, который предполагал не только изменение типа легитимации публичной власти с традиционно-монархического (божественного) на плебисцитарно-демократический⁸, но и перенесение суверенитета с фигуры монарха, чья власть проистекает свыше (от Бога), на коллективную фигуру «французского народа», то есть гражданской нации, хотя она на тот момент находилась еще в процессе формирования.

Таким образом, как принято считать, произошел переход суверенитета от монарха к «народу», а территориальные династические государства позднего Средневековья и раннего Нового времени начали уступать звание «классического государственного устройства» так называемым национальным государствам, постепенно оформлявшимся в поствестфальской Европе⁹ с середины XVII в. Эти изменения послужили началом тектонических сдвигов не только и не столько на политической карте Европы, сколько на символической карте сознания людей того времени. Это стало началом «модерного» мышления.

Модерное национальное государство, идея суверенной нации и правовой эгалитаризм как всеобщее равенство членов нации перед законом¹⁰ — эти понятия связаны между собой теснейшим образом и дополняют друг друга.

Западноевропейская либеральная демократия с ее идеями гражданского национализма, народного представительства и равенства граждан перед законом исторически базировалась на сравнительно однородном в культурном отношении социуме. В. А. Ачкасов справедливо замечает, что демократическая логика придает огромное значение этнокультурной однородности и требует ее достижения, отрицая законность многонациональной государственности (идея «единой и неделимой нации» французских революционеров)¹¹. Б. Фараго в дискуссии об этнокультурных различиях граждан, в свою очередь, утверждает, что демократия как политический режим с трудом «переваривает» присутствие в сердцевине суверенного народного тела иноприродной ему группы¹².

Следует подчеркнуть, что полноценная реализация «гражданского национализма», с точки зрения истории права и государства, а также учений о праве и государстве, является не установленным фактом, а идеалом. Либеральные теоретики иногда высказываются в том смысле, будто государство должно держаться от соперничающих культур на таком же огромном расстоянии, на каком оно держится от соперничающих религий. С этой точки зрения либеральное государство не должно «быть на стороне какого-то конкретного свода моральных, религиозных или культурных убеждений (а тем более проводить их в жизнь), за исключением тех, которые, как, например, верховенство права, внутренне присущи самой его структуре. Его функция состоит в том, чтобы обеспечить властный каркас и свод законов, в рамках которых индивиды вольны жить так, как они [хотят]»¹³. Но либеральные государства не могут так же дистанцироваться от культуры, как порой они отстраняются от религии, хотя бы только потому, что они должны пользоваться культурным инструментарием и символами для организации, отправления и передачи государственной власти. Поэтому государства не могут обеспечить нас свободными от культуры площадками для конструирования чисто политической идентичности.

⁷ См., напр.: Скотт Дж. С. Искусство быть неподвластным: анархическая история высокогорий Юго-Восточной Азии. М., 2017.

⁸ Мур-младший Б. Социальные истоки диктатуры и демократии: роль помещика и крестьянина в создании современного мира. М., 2016. С. 87.

⁹ Вестфальский мир был заключен в 1648 г. и ознаменовал собой окончание Тридцатилетней войны. Принято считать, что именно Вестфальский мир официально положил начало оформлению национальных государств Европы.

¹⁰ См. напр.: Хобсбаум Э. Нации и национализм после 1780 г. СПб., 2017. С. 112.

¹¹ Ачкасов В. А. Этнополитология. М., 2015. С. 73.

¹² Цит. по: Ачкасов В. А. Этнополитология. М., 2015; Farago B. (1993) La démocratie et le problème des minorités nationales. *Le Débat*. No. 76.

¹³ Цит. по: Як Б. Национализм и моральная психология сообщества. М., 2017. С. 57.

Политические идентичности, даже когда их ядром является государство, в определенной мере обязательно принимают форму унаследованных культурных артефактов¹⁴.

В приведенных выше словах отчасти кроется ответ на вопрос, почему западноевропейская либерально-демократическая политико-правовая модель не рассчитана на функционирование в условиях так называемых многонациональных (полиэтнических) государств.

С исторической точки зрения полиэтническое государственное образование¹⁵ — это, как правило, империя (если не формально, то фактически), даже если официально страна не имела или не имеет подобного статуса. Имперский центр никогда не стремится к унификации культурного пространства и приведению всего разнородного населения к единому культурному знаменателю, то есть не пытается сконструировать современную нацию. А современная суверенная нация — то, без чего невозможно представить себе национальное государство, продукт Нового времени. Империя требует от населения лояльности, в то время как национальное государство — эксклюзивного патриотизма, превращения условного подданного и жителя локальной территориальной общности в члена политического сообщества — гражданской нации, существующей в четко очерченных рамках государственных границ и чуть менее определенно обозначенных культурных границах.

Западноевропейская либеральная демократия и ее концептуальные модели не рассчитаны на имперское (гетерогенное, то есть неоднородное) общество и не позволяют объяснить такое общество без искажений, вызванных исторически обусловленными европоцентричными идеалами, ибо поликультурная государственность, желая того или нет, создает в рамках собственных границ более одной политической гражданской нации, таким образом сущностно дробя национальный суверенитет (хотя официально это отрицается), который в национальном государстве должен быть неделим и принадлежать единственному суверену — нации.

Взгляд, основанный на исторических идеалах Нового времени, некритически записывает все альтернативные исторические примеры в число «отрицательных» в случае, если в них отсутствует притязание на принятие в качестве идеала (совершенно не всегда реализуемого) европейских представлений о «гражданской нации» Нового времени. Но европейские представления о такой нации формировались в политико-правовой культуре государств совершенно особенного типа. Европа — далеко не весь мир, а лишь малая его часть. Наконец, формирование идеалов Нового времени сопровождалось наивными и не основанными подчас даже на личных наблюдениях и интерпретациях представлениями вроде образов «благородного турка» и «благородного дикаря» (и тот и другой могут показаться в равной степени малоубедительными с точки зрения не европоцентричного подхода, поскольку имеют мало отношения к реальному историческому материалу).

К тому же принцип этической терпимости, исторически исповедуемый в числе прочих западной либеральной доктриной, требует уважения к культурному разнообразию, а культурное разнообразие неизбежно перетекает в сферу политического, становясь фактором фрагментации общества и множа внутривнутриполитические проблемы в геометрической прогрессии, ибо там, где есть различия, всегда будут противоречия. Противоречия же препятствуют гражданскому согласию и эффективному демократическому участию населения в политической жизни страны¹⁶.

Исторически сложное гетерогенное общество (империя) — это для сопричастных к ней всегда модель мироздания, принципиально неоднородное общество, созданное и спаянное воедино силой и волей имперского центра. Национальное государство как исторический европейский политический идеал — подобие полиса, гомогенное в культурном отношении и оттого политически относительно бесконфликтное (на контрасте с империей) общество. Граждане национального государства в идеале, с точки зрения последователей этой идеи, находятся на иной, более высокой ступени политической организации, они ощущают себя членами воображаемого сообщества¹⁷ — политической нации. В империи политическая нация отсутствует,

¹⁴ Як Б. Национализм и моральная психология сообщества. М., 2017. С. 57.

¹⁵ Регионы Российской империи: идентичность, репрезентация, (на)значение. М., 2021. С. 32.

¹⁶ См., напр.: Хирш Ф. Империя наций: Этнографическое знание и формирование Советского Союза. М., 2022. С. 64.

¹⁷ Андерсон Б. Воображаемые сообщества: размышления об истоках и распространении национализма. М., 2024. С. 12.

а верховная власть, как правило, легитимируется посредством традиционно-монархического (божественного) типа легитимации¹⁸.

Главная проблема и противоречие обнаруживаются в тех случаях, когда сложное в культурном отношении государство, являющееся сущностно имперским, но объявляющее себя демократическим, пытается совместить несовместимое, отрицая собственную природу.

Правовой эгалитаризм — концепция равенства всех людей перед законом — является доминирующей точкой зрения в юридической науке и правоприменительной практике. Правопорядки современных государств¹⁹ строятся вокруг этого утверждения. Однако эта идея, прочно вошедшая в политико-правовое поле со времен Французской революции 1789 г., не может использоваться без оговорок, особенно если речь идет об историко-правовых исследованиях.

Как показывает исторический анализ, не критичная реализация правового эгалитаризма, воплощающегося в концепции всеобщего юридического равенства граждан государства перед законом, могла бы эффективно работать в условиях культурно однородного социума и сталкивалась бы с рядом неразрешимых проблем в обществе гетерогенном, неоднородном, различные сегменты которого принадлежат к разным этнокультурным группам и разделены социальными барьерами — экономическими, политическими, мировоззренческими.

Напротив, для государств типа «империя», территория и население которых не отличаются большой степенью однородности, характерна реализация правового эгалитаризма в согласии с правовым плюрализмом — применяется своего рода партикуляризм, в рамках единой политики обеспечивается намеренно неоднородное (в отношениях между группами, но не внутри групп) правовое пространство, сочетающее в себе различные правовые режимы, действующие в отношении разных социальных групп²⁰.

Различные сегменты гетерогенного правового пространства действуют, не исключая друг друга, в некоторых случаях создавая будто бы параллельные правовые реальности²¹, тем не менее неизменно пересекающиеся между собою как минимум в одной точке: в средоточии публичной власти, в столице государства, где центральное правительство, подобно дирижеру, управляет этнокультурным многообразием населения, подбирая для каждой группы свой собственный правовой инструментарий. В зависимости от принадлежности к той или иной этнокультурной группе населения индивид наделялся специальным правовым статусом, содержащим в себе разный набор прав и обязанностей перед центральным правительством. Таким образом формировалась специфическая политико-правовая связь разной степени силы между гражданином и государством, являющаяся в каждом отдельном случае практически «индивидуальной»²².

В контексте конкретных исторических условий подобный подход позволял формировать правовой статус личности с учетом индивидуальных характеристик индивида²³, что неизбежно влечет большую степень внимания к составляющей прав и свобод. Если отказаться от «нормативного европоцентризма» в оценках, можно предположить, что возможность «регулировать» объем прав и свобод — равно как и обязанностей — человека перед государством и обществом свидетельствовала о прогрессе на пути «гуманизации» правопорядка, но уже в другом смысле. Взамен безразличного и принципиально одностороннего эгалитаризма, правовой плюрализм такого рода выступал гораздо более «гибким», мог более эффективно регулировать²⁴ те вопросы, которые эгалитарность не способна видеть, что создает опасность наступления негативных последствий для общества и государства.

¹⁸ Круз Р. За Пророка и Царя. Ислам и империя в России и Центральной Азии. М., 2020. С. 57.

¹⁹ Хелд Д. Модели демократии. М., 2014. С. 134.

²⁰ См., напр.: Джераси Р. Окно на Восток: Империя, ориентализм, нация и религия в России. М., 2013. 548 с.; Зорин А. Кормя двуглавого орла. Русская литература и государственная идеология в последней трети XVIII — первой трети XIX века. М., 2004. 416 с. EDN: QRBRNF; Почаев Р. Ю. Государство и право в Центральной Азии глазами российских и западных путешественников XVIII — начала XX в. М., 2019. 424 с. EDN: ZCDIOL; Почаев Р. Ю. Российский фактор правового развития Средней Азии: 1717–1917. Юридические аспекты фронтальной модернизации. М., 2020. 326 с. EDN: KQHAZI

²¹ Регионы Российской империи: идентичность, репрезентация, (на)значение: коллективная монография / Под ред. Е. Болтуновой, В. Сандерленда. М., 2021. С. 72.

²² См., напр.: Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 521.

²³ Тольц В. «Собственный Восток России»: политика идентичности и востоковедение в позднимперский и раннесоветский период. М., 2013. 236 с.

²⁴ Межкультурная коммуникация и проблемы аккультурации в крупном городе. СПб., 2010. С. 124.

Кроме того, правовой плюрализм в конкретных исторических условиях мог выступать эффективным средством обеспечения государственной целостности и безопасности общества. Институционализация этнокультурных различий между разными группами населения²⁵ являлась основанием для создания (воссоздания) той «иерархии идентичностей», о которой писал Д. Ливен применительно к сложному поликультурному гетерогенному социуму имперского государства²⁶. В таком обществе игнорирование этнокультурных различий не только входит в конфликт с реальностью, но и губительно сказывается на здоровье самого социального организма²⁷.

Осознавая, что многие исторические подходы имели смысл лишь в рамках конкретных и особенных исторических обстоятельств, тем не менее полагаю, что внимание к такому историческому опыту может быть полезным в разных ракурсах²⁸, особенно в период, когда сугубо «европоцентричные» и «нововременные» оценки истории подвергаются пересмотру.

Подводя итог, необходимо заметить, что современная «оптика» теоретико-правовых исследований, которой зачастую пользуются ученые, не отличается беспристрастностью и представляет лишь одно из возможных видений развития права как социально-регулятивной системы в исторической ретроспекции и современности. Правовой эгалитаризм как доктрина и особенно ее воплощение в принципе формального равенства если и является идеалом и «венцом стремления», то далеко не для каждого общества и правопорядка на пути его исторического развития. Кроме того, примеры из истории права показывают, что подавляющая часть бытовавших в прошлом как европейских, так и иных правопорядков вполне правомерно рассматриваются исследователями в качестве сравнительно эффективных моделей правового регулирования жизни общества, хотя те были построены вовсе не вокруг концепции правового эгалитаризма и не содержали внутри себя стержневой идеи формального равенства граждан (подданных). Тем не менее, на мой взгляд, данная научная проблематика заслуживает пристального внимания и детальной разработки в дальнейшем.

Литература

1. *Андерсон Б. Воображаемые сообщества: размышления об истоках и распространении национализма* / Пер. с англ. В. Г. Николаева под ред. С. П. Баньковской; вступ. ст. С. П. Баньковской. М.: Кучково поле, 2024. 416 с.
2. *Ачкасов В. А. Этнополитология: учебник для бакалавров* / В. А. Ачкасов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2015. 495 с.
3. *Джераси Р. Окно на Восток: империя, ориентализм, нация и религия в России* / Роберт П. Джераси; авторизов. пер. с англ. В. Гончарова. М.: Новое литературное обозрение, 2013. 548 с.
4. *Зорин А. Кормя двуглавого орла...: литература и государственная идеология в России в последней трети XVIII – первой трети XIX в. М.: Новое литературное обозрение, 2004. 414 с. EDN: QRBRNF*
5. *Кирмзе Ш. Б. Империя законности: юридические перемены и культурное разнообразие в позднимперской России* / Штефан Б. Кирмзе; пер. с англ. А. Ланге. М.: Новое литературное обозрение, 2023. 432 с.
6. *Круз Р. За Пророка и Царя. Ислам и империя в России и Центральной Азии* / Роберт Круз; авториз., испр. и доп. пер. с англ. Р. Ибатуллина. М.: Новое литературное обозрение, 2020. 408 с.
7. *Ливен Д. Аристократия в Европе. 1815–1914* / Пер. с англ. под ред. М. А. Шерешевской. СПб.: Академический проект, 2000. 364 с.
8. *Межкультурная коммуникация и проблемы аккультурации в крупном городе* / Отв. ред. Р. К. Тангалычева, Н. А. Головин и М. С. Куропятник. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2010. 237 с. EDN: VSHEEZ
9. *Мур-младший Б. Социальные истоки диктатуры и демократии: роль помещика и крестьянина в создании современного мира* / пер. с англ. А. Глухова; под. науч. ред. Н. Эдельмана; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. 488 с.

²⁵ См., напр.: Маклуглин Ш. Признание ислама: религиозная и этническая идентичность в британской политике // *Ислам в Европе и России*. М., 2009. С. 8–19.

²⁶ *Ливен Д. Аристократия в Европе. 1815–1914*. 2000. С. 38.

²⁷ *Сикевич З. В. Этнические парадоксы и культурные конфликты в российском обществе*. СПб., 2012. С. 42. EDN: VPHDIZ

²⁸ См., напр.: *Релятивизм в праве: коллективная монография*. 2021. С. 324. EDN: TTIZJP

10. Почекаев Р. Ю. Государство и право в Центральной Азии глазами российских и западных путешественников XVIII – начала XX в. / Р. Ю. Почекаев; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2019. 424 с. EDN: ZCDIOL
11. Почекаев Р. Ю. Российский фактор правового развития Средней Азии: 1717–1917. Юридические аспекты фронтальной модернизации / Р. Ю. Почекаев; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2020. 326 с. EDN: KQHAZI
12. Регионы Российской империи: идентичность, репрезентация, (на)значение: коллективная монография / Под ред. Е. Болтуновой, В. Сандерленда. М.: Новое литературное обозрение, 2021. 304 с.
13. Релятивизм в праве: коллективная монография / Под ред. И. И. Осветимской, Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2021. 348 с. EDN: TTIZJP
14. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр. М.: КАНОН-пресс, Кучково поле, 1998. 416 с. EDN: QXFBFJ
15. Сикевич З. В. Этнические парадоксы и культурные конфликты в российском обществе. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2012. 207 с. EDN: VPHDIZ
16. Скиннер К. Истоки современной политической мысли: в 2 т. Т. 1: Эпоха Ренессанса / К. Скиннер; пер. с англ. А. А. Олейникова; под науч. ред. В. В. Софронова. М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2018. 464 с. EDN: BGRCTP
17. Скиннер К. Истоки современной политической мысли: в 2 т. Т. 2: Эпоха Реформации / К. Скиннер; пер. с англ. А. А. Яковлева; под науч. ред. В. В. Софронова. М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2018. 568 с. EDN: JCXNHL
18. Скотт Дж. С. Искусство быть неподвластным: анархическая история высокогорий Юго-Восточной Азии / Пер. с англ. М.: Новое издательство, 2017. 568 с.
19. Тольц В. «Собственный Восток России»: политика идентичности и востоковедение в позднеимперский и раннесоветский период / В. Тольц; пер. с англ. М.: Новое литературное обозрение, 2013. 336 с.
20. Хелд Д. Модели демократии. 3-е изд. / Д. Хелд; перевод с англ. М. Рудакова. М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2014. 544 с.
21. Хирш Ф. Империя наций: этнографическое знание и формирование Советского Союза / Ф. Хирш; авториз. пер. с англ. Р. Ибатуллина. М.: Новое литературное обозрение, 2022. 472 с.
22. Хобсбаум Э. Нации и национализм после 1780 г. / Э. Хобсбаум; пер. с англ. А. А. Васильева. СПб.: Алетейя, 2017. 308 с.
23. Эрлих О. Основоположение социологии права / Пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб.: Университетский издательский консорциум, 2011. 704 с.
24. Як Б. Национализм и моральная психология сообщества / пер. с англ. К. Бандуровского; науч. ред. перевода М. Дондуковский. М.: Изд-во Института Гайдара, 2017. 520 с.
25. Farago B. (1993) La démocratie et le problème des minorités nationales. *Le Débat*. No. 76.

Об авторе:

Федосов Иван Вячеславович, старший преподаватель кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Санкт-Петербург, Российская Федерация);

тьютор кафедры ближневосточных и африканских исследований Института востоковедения и африканистики Научно-исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург, Российская Федерация);

e-mail: fedosov-iv@ranepa.ru; ifedosov@hse.ru

ORCID: 0009-0005-7687-0760

SPIN-код: 7705-0138

References

1. Anderson, B. (2024) Imagined communities. Reflections on the origin and spread of nationalism. *Kuchkovo field*. 416 p.
2. Achkasov, V. A. (2015) Ethnopolitical science: a textbook for bachelors. *Urait*. 495 p. (In Russ.)
3. Jerasi, R. (2013) Window to the East: Empire, Orientalism, Nation and Religion in Russia. *New Literary Review*. 548 p.
4. Zorin, A. L. (2004) Feeding the double-headed eagle. Literature and state ideology in Russia in the last third of the 18th – first third of the 19th century. *New Literary Review*. 414 p. EDN: QBRNF. (In Russ.)
5. Kirmse, S. (2023) The Empire of Law. Legal Changes and Cultural Diversity in Late Imperial Russia. *New Literary Review*. 432 p.
6. Crews, R. D. (2020) For Prophet and Tsar: Islam and Empire in Russia and Central Asia. *New Literary Review*. 408 p.
7. Lieven, D. (2000) The Aristocracy in Europe, 1815–1914. *Academic project*. 364 p.
8. Tangalychева, R. K., Golovin, N. A., Kuropjatnik, M. S. (eds) (2010) Intercultural Communication and the Problems of Acculturation in a Large City. *Saint-Petersburg State University Publishing House*. 237 p. EDN: VSHEEZ. (In Russ.)
9. Moore, B. (2016) Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord and Peasant in the Making of the Modern World. *The Higher School of Economics Publishing House*. 488 p.
10. Pochekaev, R. Yu. (2019) The State and the Law in Central Asia Through the Eyes of Russian and Western Travelers: 18th to Early 20th Century. *The Higher School of Economics Publishing House*. 424 p. EDN: ZCDIOL. (In Russ.)
11. Pochekaev, R. Yu. (2020) Russian Factor in the Legal Development of Central Asia: 1717–1917. Legal Aspects of Frontier Modernization. *The Higher School of Economics Publishing House*. 326 p. EDN: KQHAZJ. (In Russ.)
12. Boltunova, E., Sanderlend, V. (eds) (2021) Regions of the Russian Empire. Identity, representation, (on) purpose. *New Literary Review*. 304 p.
13. Osvetinskaya, I. I., Tonkov, E. N. (2021) Relativism in Law. *Aletejja*. 348 p. EDN: TTIZJP. (In Russ.)
14. Rousseau, J.-J. (1998) The Social Contract. *Canon-Press-Ts, Kuchkovo field*. 416 p. EDN: QXFBJ
15. Sikevich, Z. (2012) Ethnic paradoxes and cultural conflicts of Russian society. *Saint-Petersburg State University Publishing House*. 207 p. EDN: VPHDIZ. (In Russ.)
16. Skinner, Q. (2018) The Foundations of Modern Political Thought, Vol. 1: The Renaissance. *Delo publishing house*. 464 p. EDN: BGRCTP
17. Skinner, Q. (2018) The Foundations of Modern Political Thought, Vol. 2: The Age of Reformation. *Delo publishing house*. 568 p. EDN: JCXNHL
18. Scott, J. C. (2017) The Art of Not Being Governed: An Anarchist History of Upland Southeast Asia (Yale Agrarian Studies Series). *New Publishing House*. 568 p.
19. Tolts, V. (2013) Russia's Own East: Policy of Identity and Oriental Studies during the Late Imperial and Early Soviet Period. *New Literary Review*. 336 p.
20. Held, D. (2014) Models of Democracy. Third edition. *Delo publishing house*. 544 p.
21. Hirsch, F. (2022) Empire of Nations: Ethnographic Knowledge and the Making of the Soviet Union (Culture and Society after Socialism). *New Literary Review*. 472 p.
22. Hobsbawm, E. J. Nations and Nationalism since 1780: Programme, Myth, Reality (Canto Classics). *Aletejja*. 308 p.
23. Ehrlich, Eu., Ziegert, K. A. (2011) Fundamental Principles of the Sociology of Law. *St. Petersburg university consortium*. 704 p.
24. Yack, B. (2017) Nationalism and the Moral Psychology of Community. *Publishing House of the Gaidar Institute*. 520 p.
25. Farago B. (1993) La démocratie et le problème des minorités nationales. *Le Débat*. No. 76.

About the author:

Ivan V. Fedosov, senior lecturer of the Department of Theory and History of State and Law of the North-Western Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Saint Petersburg, Russian Federation); tutor of the Department of Middle Eastern and African Studies of the Institute of Asian and African Studies, National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg, Russian Federation);

e-mail: fedosov-iv@ranepa.ru, ifedosov@hse.ru

ORCID: 0009-0005-7687-0760

SPIN-код: 7705-0138

Динамика конституционного обеспечения суверенитета государств на постсоветском пространстве: опыт Таджикистана

Гафурзода А. Д.^{1*}, Дж. М. Зоир^{2,**}

¹ Межпарламентская ассамблея государств-участников СНГ

² Институт философии, политологии и права им. А. Баховадинова Национальной академии наук Таджикистана (Душанбе, Республика Таджикистан)

* e-mail: halil-77@mail.ru

** e-mail: zoirov2009@mail.ru

Аннотация

В данной статье рассмотрен вопрос конституционного обеспечения суверенитета государств на постсоветском пространстве на примере Республики Таджикистан. Несмотря на многовековую историю, разработку и трансформацию понятия «суверенитет», оно до сих пор нуждается в осмыслении и конкретизации, а в условиях глобализации еще и в защите и реализации.

Ключевые слова: конституция Таджикистана, функции Конституции, постсоветское пространство, государственная независимость Таджикистана, страны СНГ.

Для цитирования: Гафурзода А. Д., Дж. М. Зоир Динамика конституционного обеспечения суверенитета государств на постсоветском пространстве: опыт Таджикистана // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 78–87. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-78-87. EDN: YXFPLM

The Dynamics of Constitutional Provision for the Sovereignty of States in the Post-Soviet Space: The Experience of Tajikistan

Gafurzoda A. D.^{1,*}, Zoir J. M.^{2,**}

¹ Interparliamentary Assembly of Member Nations of the Commonwealth of Independent States

² Institute of Philosophy, Political Science and Law named after A. Bakhovaddinov of the National Academy of Sciences of Tajikistan (Dushanbe, Republic of Tajikistan)

* e-mail: halil-77@mail.ru

** e-mail: zoirov2009@mail.ru

Abstract

This article examines the issue of constitutional provision for the sovereignty of states in the post-Soviet space, using the Republic of Tajikistan as a case study. Despite the centuries-long history, development, and transformation of the concept of sovereignty, it still requires reflection and specification, and in the context of globalization, also protection and implementation.

Keywords: Constitution of Tajikistan, functions of the Constitution, post-Soviet space, state independence of Tajikistan, CIS countries.

For citation: Gafurzoda, A. D., Zoir J. M. (2024) The Dynamics of Constitutional Provision for the Sovereignty of States in the Post-Soviet Space: The Experience of Tajikistan. *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 78–87. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-78-87

Распад СССР в 1991 г. существенно изменил баланс сил в рамках системы международных отношений. На месте бывшей сверхдержавы возникли 15 новых независимых государств, каждое из которых должно было определить спектр своих интересов во всех сферах, включая внешнюю политику. Кроме того, на политической карте мира появился новый регион, первоначально получивший название «постсоветское пространство». Несмотря на неоднозначное отношение научного и экспертного сообществ к такому обозначению, изучение пространства бывшего СССР и входящих в него отдельных государств является актуальной темой для отечественных и зарубежных исследователей¹.

Следует отметить, что в 1990–1992 гг. Конституция СССР и конституции всех союзных республик неоднократно подвергались корректировке, отражающей происходящие содержательные изменения советской государственности. Еще 20 декабря 1989 г. законом СССР в Конституцию Союза ССР были внесены изменения, касающиеся демократизации избирательной системы: «В целях обеспечения дальнейшего развития осуществляемых в стране глубоких политических и экономических преобразований, укрепления конституционного строя, прав, свобод и безопасности граждан, улучшения взаимодействия высших органов государственной власти и управления СССР в Советском Союзе учреждается пост президента; из преамбулы исключаются слова о «возрастающей руководящей роли Коммунистической партии», а ст. 6 закрепляет многопартийность и возможность не только коммунистов, но и представителей иных партий, общественных организаций и массовых движений «участвовать в выработке политики Советского государства, в управлении государственными и общественными делами»².

В соответствии с этими изменениями серьезной корректировке подвергаются многие конституционно-правовые институты в союзных республиках. В Таджикистане, например, законом от 23 апреля 1990 г. были внесены изменения и дополнения в ст. 6 и 7 Конституции, связанные с местом компартий Таджикской ССР в политической системе общества и содержанием прав граждан на объединение; законом от 22 августа 1999 г. были внесены изменения и дополнения, касающиеся вопросов избирательных прав граждан, компетенции высших органов государственной власти и системы органов государственной власти на местах; законом от 1 декабря 1990 г. в Конституцию были внесены изменения и дополнения, касающиеся учреждения поста Президента Республики Таджикистан и определения его места в системе высших органов государственной власти, порядка его избрания и компетенции, а законом от 7 декабря 1990 г. были пересмотрены нормы Конституции об экономической системе Республики Таджикистан и формах собственности³.

На постсоветском пространстве сформировались национальная суверенная государственность бывших советских республик. Каждое новое государство избрало свой путь развития, определило свои геополитические интересы, выбрало стратегических партнеров для развития национальной государственности и реализации национальных интересов. Этот выбор можно одобрять или не одобрять, но его следует уважать. Уважать в тех пределах, в которых он не свидетельствует о регрессе и постепенном откате либо к национал-шовинизму, либо к авторитаризму⁴.

9 сентября 1991 г. на сессии Верховного Совета были приняты Заявление и Постановление «О государственной независимости Республики Таджикистан»⁵. В этом постановлении признается целесообразным в целях защиты государственного суверенитета, конституционных прав и свобод граждан и территориальной целостности Таджикистана образовать Министерство обороны (ст. 2)⁶. В постанов-

¹ Пашковский П. И. Проблема интерпретации понятия «постсоветское пространство» // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Философия. Политология. Культурология. 2015. Т. 1 (67), № 4. С. 41–48. EDN: YQADHJ

² Выступление Президента Республики Таджикистан Э. Рахмона на торжественном собрании, посвященном 20-й годовщине XVI сессии Верховного Совета Республики Таджикистан. Душанбе, 16 ноября 2012 г. URL: <https://khovar.tj/rus/2012/11/vystuplenie-e-rahmona-na-torzhestvennom-sobranii-posvyashhenom-20-letiyu-xvi-sessii-vs-rt/> (дата обращения: 01.09.2024).

³ Конституция Республики Таджикистан от 6 ноября 1994 г., с изм. и доп. от 1999, 2003 и 2016 гг. Душанбе, 2016. URL: <https://www.mfa.tj/ru/main/tadzhikistan/konstitutsiya> (дата обращения: 01.09.2024).

⁴ Зоиров Д. М. Таджики: от государства Саманидов до суверенной государственности (историко-правовой анализ). СПб.: Реноме, 2014. С. 262. EDN: YKGSMM

⁵ О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Таджикистан: Закон РТ от 09.09.1991 г. № 393 // Ведомости ВС РТ, 1991. № 18. Ст. 240.

⁶ Решение об образовании республиканского министерства обороны, в нарушение положений Конституции СССР (ст. 73 и 113), является одним из ярких свидетельств формирования независимого государства.

лении содержится поручение комитетам Верховного Совета и кабинету министров подготовить предложения о внесении изменений в действующее законодательство Республики Таджикистан, обеспечить разработку проектов законов, направленных на правовое обеспечение ее независимости; привести решения правительства в соответствие с Декларацией о суверенитете Республики Таджикистан (ст. 3).

В тот же день, то есть 9 сентября 1991 г., принимается закон Республики Таджикистан, которым вносится ряд кардинальных изменений и дополнений в Конституцию Республики, в частности по поводу определения Таджикистана как суверенного демократического правового государства. Этот день объявлен в республике праздником — Днем государственной независимости. 10 сентября 1991 г. Таджикская Советская Социалистическая Республика переименовывается в Республику Таджикистан⁷. К сожалению, с объявлением независимости в Таджикистане строительство новой жизни оказалось сопряженным с рядом серьезных проблем. Началась гражданская война, которая продолжалась долгих пять лет и принесла республике много бед, огромный ущерб народному хозяйству (более 7 млрд долл.) и немыслимые испытания жителям страны. По оценке ООН, более миллиона человек (всё население — примерно 7,5 млн жителей) из-за войны стали вынужденными переселенцами и более 200 тыс. — беженцами⁸.

В очень тяжелые годы гражданской войны в Таджикистане продолжалось государственно-правовое строительство. На XVI сессии Верховного Совета (16 ноября — 2 декабря 1992 г.) председателем Верховного Совета был избран Э. Ш. Рахмонов, который стал фактически главой республики.

Накопленный за первые годы силового противоборства и диалога с оппозицией опыт государственно-правового строительства Таджикистана свидетельствовал о том, что созрели необходимые предпосылки для кардинального изменения Конституции республики, которая была принята еще в 1987 г. и фактически исчерпала себя и возможности внесения в нее новых изменений и дополнений. Сформированный массив нормативных правовых актов, политические декларации, содержащиеся в многочисленных соглашениях и договорах с оппозицией, требовали упорядочивания с конституционно-правовой точки зрения.

Всё более очевидным становился тот факт, что Таджикистану нужна новая Конституция, а вялотекущую работу Комиссии по подготовке проекта новой Конституции необходимо активизировать. Так, Постановление Верховного Совета Республики Таджикистан от 26 июня 1993 г. «О внесении изменений и дополнений в Постановление Верховного Совета Республики Таджикистан от 23 августа 1990 г. “Об образовании комиссии по подготовке проекта новой Конституции (Основного закона) Республики Таджикистан”» послужило предпосылкой заметной активизации разработки новой Конституции. Постановлением Верховного Совета был утвержден новый состав Комиссии под руководством председателя Верховного Совета Республики Таджикистан Э. Ш. Рахмонова.

С учетом поручений XVIII сессии Верховного Совета Республики Таджикистан в начале апреля 1994 г. рабочая группа по подготовке проекта новой Конституции представила на рассмотрение Комиссии два альтернативных проекта, потому что у общественно-политических сил были полярные точки зрения, особенно по поводу формы государственного правления.

В проектах сторонников как парламентарной, так и президентской республики было много общего, что существенно облегчало и ускоряло подготовку единого документа. Оба проекта предусматривали республиканскую форму правления, приоритет прав человека, разделение властей, различные формы собственности, институт президентства, политический плюрализм и легальное существование оппозиционных партий, а также статус местных органов государственной власти и местного самоуправления. Кроме того, представленные проекты имели преамбулу, в которой декларировались такие ценности, как гражданский мир, согласие, свобода, вера, добро и справедливость; отмечалось, что Таджикистан является неотъемлемой частью мирового сообщества, подтверждались приверженность идеям национальной государственности, признания прав и свобод человека и гражданина.

⁷ О провозглашении государственной независимости Республики Таджикистан: Пост. Верховного Совета Республики Таджикистан от 9 сентября 1991 г. // Ведомости Верховного Совета Таджикской ССР. 1991. № 18.

⁸ Рахмон Э. Мир, единство и национальное согласие // Мир Содружества. 2011. С. 54–55.

Оба проекта провозглашали Таджикистан суверенным демократическим, правовым, светским и унитарным государством и гарантировали каждому его гражданину условия, необходимые для достойной жизни и труда, независимо от национальности, вероисповедания и политических убеждений. Вместе с тем в проектах содержалось и немало различий. Конституционная комиссия в результате обсуждения проектов приняла решение рекомендовать Верховному Совету Республики Таджикистан вынести на всенародное обсуждение проект Конституции президентской республики. Формальным основанием для отклонения проекта Конституции, предусматривающего создание парламентской республики, были ссылки на отсутствие в Таджикистане традиций парламентаризма, реальной многопартийности, низкий уровень политической культуры населения. Как представляется, многие из этих элементов действительно в тот период имели место. Однако сама обстановка в республике, существование вооруженной оппозиции, экономическая стагнация ориентировали на сильную президентскую власть.

В соответствии с Постановлением Президиума Верховного Совета Республики Таджикистан 13 апреля 1994 г. проект новой Конституции был опубликован в средствах массовой информации. После широкого обсуждения и доработки с учетом высказанных замечаний и предложений проект в соответствии с Постановлением XX сессии Верховного Совета Республики Таджикистан от 7 сентября 1994 г. был вынесен на общенародное голосование (референдум)

После опубликования проекта Конституции, но до референдума Верховным Советом Республики Таджикистан был принят закон от 20 июля 1994 г. № 974 «О конституционной реформе, порядке принятия и введения в действие Конституции Республики Таджикистан». В преамбуле закона отмечалось, что с окончанием гражданской войны, в ходе постепенного преодоления ее последствий, в результате напряженного труда народа, усилий центральных и местных органов государственной власти и управления и при поддержке Содружества Независимых Государств, других стран, международных организаций созданы условия для осуществления радикальных преобразований во всех сферах жизни общества на основе новой Конституции Республики Таджикистан. Отмечалось, что состоявшееся в апреле – июне 1994 г. всенародное обсуждение проекта Конституции Республики Таджикистан, в ходе которого он получил широкую поддержку, подтверждает необходимость осуществления конституционной реформы и требует в ближайшее время принять Конституцию Республики путем народного голосования (референдума). Верховный Совет подчеркнул, что институт президентства, предусмотренный в проекте Конституции, получил одобрение большинства участников его обсуждения, и это позволяет развернуть работу по подготовке и проведению выборов президента Республики Таджикистан⁹.

В постановляющей части закона среди иных положений закреплялось, что Конституция Республики Таджикистан будет считаться принятой, если за нее проголосует более половины избирателей Республики Таджикистан, принявших участие в референдуме. Законом учреждался пост президента Республики Таджикистан, устанавливалось, что его выборы будут проводиться на основе специального закона.

6 ноября 1994 г. состоялся референдум по принятию Конституции, в котором приняли участие 2 535 437 граждан, или 94,4 % от общего числа избирателей. За принятие Конституции Республики Таджикистан было подано 2 352 554 голоса, или 87,59 %. Конституция вступила в силу¹⁰.

Как справедливо отмечает В. Д. Зорькин: «Конституциям, принятым в государствах, ранее бывших республиками СССР, в первой половине 90-х гг. прошлого века, принадлежит особая роль в истории этих стран. На их основе государства сумели пройти сложнейшие годы крайне масштабных, воистину революционных трансформаций, не обрушив общество и не потеряв государственность. Совершая действительно историческую революцию, именно в конституциях мы получили тот правовой фундамент, который обеспечил политическую, экономическую, социальную целостность обретших суверенитет стран»¹¹.

⁹ Ведомости Верховного Совета Республики Таджикистан. 1994. № 13. С. 194.

¹⁰ Об итогах референдума о принятии Конституции (Основного закона) РТ 1994 г. Сообщение Центральной избирательной комиссии по выборам и референдуму РТ // Газета Джумхурият. 12.11.1994.

¹¹ Зорькин В. Д. Роль конституций постсоветских государств в формировании новой государственности // Право и государство. 2015. № 3 (68). С. 22. EDN: VEDMEZ

По нашему мнению, «некоторые конституции развивающихся стран стали законодательной основой нового политического и социально-экономического развития этих государств. Политика этих стран направлена на развитие рыночных отношений и строительство социального правового независимого государства.

Развитие этих отношений, изменение общественно-политического и социально-экономического устройства развивающихся государств, их вхождение в рынок, требует осмысления и понимания общественных реалий и их регулирования нормами права»¹².

В таджикской юридической литературе Конституция 1994 г. оценивается неоднозначно. Наряду с признанием ее несомненного значения в укреплении таджикской государственности отмечаются и слабые стороны, технико-юридические просчеты, «скудность» в прописывании ряда конституционно-правовых институтов и т. д. Несомненно, таджикская конституция, как, впрочем, и большинство конституций государств мирового сообщества, имеет свои слабые стороны и недостатки; очевидно, что не всё из задуманного и предлагавшегося участниками конституционного процесса удалось реализовать в тексте этого документа. Но у Таджикистана не было выбора: стране нужен был Основной закон, для того чтобы остановить противостояние легитимной власти и оппозиции, преодолеть раскол в обществе, закрепить всё то позитивное, что было накоплено за последние годы.

Сходные движущие силы в 1993 г. обусловили появление Конституции Российской Федерации, содержание которой уже более десяти лет вызывает дискуссии российских ученых. Один из разработчиков российской Конституции С. Шахрай, вспоминая обстоятельства ее подготовки, прямо пишет, что общественно-политическая ситуация не оставила выбора: либо «хасбулатовская» конституция в неопределенном будущем, с вертикалью Советов и всевластием Съезда, либо конституция, подготовленная в сжатые сроки, но способная выдержать испытание временем за счет гибкой системы прописанных сдержек и противовесов. Обстоятельства, отмеченные С. Шахраем, применительно к Конституции Таджикистана не должны восприниматься как некое оправдание недостатков: была, мол, сложная обстановка, поэтому и получилось так, как получилось. Дело в ином — в подходе к оценке предложенной модели действующего Основного закона республики с позиций науки конституционного права. Отметим ряд важных для такой оценки моментов.

Первое. Как известно, теория конституционализма различает конституцию юридическую и фактическую, или формально-юридическую. Под конституцией в формальном смысле, как правило, понимается закон, принимаемый и изменяемый в особом порядке и обладающий высшей юридической силой по сравнению с иными нормативными актами. Под конституцией в материальном смысле понимается совокупность норм, предметом регулирования которых является главным образом организация государственной власти. При этом не имеет значения происхождение норм: содержатся ли они в одном особом правовом акте, нескольких актах или вообще являются нормами неписаного, судебного и обычного права.

При всем многообразии понимания конституции и ее сущностных свойств в демократической конституционной доктрине издавна подчеркивается главное: конституция призвана ограничить государственную власть. Известный российский государствовед Е. В. Спекторский еще в 1917 г. писал, что конституционное государство — это государство, в котором власть не только организована, но и юридически ограничена, и «совокупность таких ограничений образует конституцию данного государства». Современный французский исследователь Б. Шантебу констатирует: конституция — это «хартия, которая ограничивает власть в рамках государства и власть государства в рамках общества». «Усилить конституционализм, — по мнению японского ученого Х. Йохи, — это значит усилить эффективность ограничения власти государства». Реализация этого тезиса в практике конституционно-правового строительства Таджикистана была крайне важна. Как уже отмечалось, «диффузия власти» при отсутствии механизмов контроля за принимаемыми решениями нередко приводила к тому, что эти решения, принимаемые «за закрытыми дверями», приводили к эскалации насилия и углублению раскола в обществе. Достаточно вспомнить факты применения оружия против митингующих в Душанбе. Именно поэтому в Конституции заложен юридический механизм

¹² Гафуров А. Д. Формирование и развитие финансового права развивающихся стран (на примере Исламской Республики Афганистан, Исламской Республики Иран, Кыргызской Республики и Республики Таджикистан) // Душанбе: Сино, 2017. С. 11. EDN: VRQSSB

ограничения власти. Прежде всего, речь идет о прямом запрете узурпации власти или присвоения ее кем бы то ни было (ст. 6); о Конституционном суде (ст. 84), призванном обеспечить цивилизованное разрешение возможных споров о власти и «увести» конфликтующие стороны с улиц и баррикад в зал судебного заседания.

Второе. В характеристике сущности конституций и причин их появления, как правило, доминируют два подхода, достаточно условно обозначаемые как классово-политический и рационалистический. Суть первого подхода, ориентированного на закрепление нормами конституции классовых или групповых интересов, сформулирована Ф. Лассалем: «Конституция является действительным отношением общественных сил страны»¹³, а позднее воспроизведена В. И. Лениным в тезисе: «...Сущность конституции в том, что основные законы государства... выражают действительное соотношение сил в классовой борьбе»¹⁴.

Сторонники рационалистического подхода, не отрицая роль социально-политических факторов, акцентируют внимание на служебной роли конституции как позитивного документа, закрепляющего государственную организацию и основы статуса личности, упорядочивающего общественные отношения и содействующего их движению вперед.

Не секрет, что очень часто именно общественные катаклизмы, борьба различных сил за власть и итоги этой борьбы, как бы мы ни называли этот процесс — классовой борьбой или борьбой социальных сил, — обуславливают один из главнейших результатов — появление новой конституции. Данный факт можно рассматривать и как проявление определенного консенсуса независимо от того, каким путем стороны пришли к нему. Главное — не допустить или прекратить вооруженные или физические столкновения, не «задушить в конституционных объятьях» плюрализм мнений и идей, поскольку без борьбы идей не обходятся даже внутренне достаточно стабильные общества.

Не менее важна и конструктивистская роль конституции, поскольку с появлением Основного закона, адаптированного к социально-политическим реалиям и учитывающего их динамику, общество получает фундаментальную государственно-правовую основу, дает начало новому общественно-политическому укладу жизни, он становится обязательным, в том числе и для тех, кто сопротивлялся принятию конституции. В соответствии с конституцией создаются и начинают действовать государственные органы, появляются развивающие конституцию законодательные акты, складывается запрограммированный ею политический режим.

Конституция Таджикистана должна была сыграть и действительно сыграла эту двоякую роль. Как позитивный документ, она закрепила основы государственного и политического устройства страны, продемонстрировала силу и уверенность легитимной власти, способной в условиях продолжающейся вооруженной конфронтации не просто подготовить проект документа, но и организовать его широкое обсуждение и принятие путем всенародного голосования. Откажись непримиримая оппозиция от участия в этом процессе, она продемонстрировала бы свое противостояние не власти, а народу. Как конструктивный документ, конституция предложила всем общественно-политическим силам страны тот государственно-правовой фундамент, который способен обеспечить консолидацию общества и национальное согласие.

Конституция, определив народ Таджикистана носителем суверенитета и единственным источником власти, консолидировала всех граждан республики независимо от национальности (ст. 6). Она даже пошла дальше, легализовав право на существование политических партий не только светского, но и религиозного характера (ст. 28). Уравновесив это право с интересами незыблемости конституционного строя и сохранения статуса светского государства, конституция отделила религиозные организации от государства, запретила им вмешиваться в государственные дела, поставила вне закона те общественные объединения и партии, которые пропагандируют расовую, национальную, социальную и религиозную вражду (ст. 8).

Третье. Содержание Основного закона образует совокупность конституционных норм, институтов и принципов, регулирующих общественные отношения, определяющих организацию государственной власти, ее взаимоотношение с обществом и образующими его социальными группами. Отсюда — проблема определения предмета и пределов конституционного регулирования, которая в той или иной

¹³ См.: Лассаль Ф. Субъект конституции. Что же дальше? СПб.: Молот, 1905. 64 с. С. 33.

¹⁴ Ленин В. И. Полное собрание сочинений. М.: Издательство политической литературы, 1969. Т. 34. С. 302.

конституционной модели — либеральной, этатистской и либерально-этактистской — определяется роль государства, масштабами его вмешательства в жизнь общества и граждан.

При всей внешней привлекательности либеральной модели, для которой характерны ограниченность предмета конституционного регулирования организацией государственной власти и закреплением правового статуса личности, ограниченность гражданских и политических прав и свобод, она во многом архаична для современных условий развитых демократических стран. Тем более она не подходит странам, где процесс перехода к новому обществу находится на начальной стадии и где более или менее длительное время государство осуществляло тотальное вмешательство в экономическую, социальную и духовную сферы жизни общества, что особенно характерно для постсоциалистических и развивающихся стран.

В либерально-этактистской модели предмет конституционного регулирования расширен за счет включения общественных отношений, определяющих основы организации общества, а также отношений между личностью и государством (предоставление социальных благ в форме экономических, социальных и культурных прав, реализация которых невозможна без содействия государства), но такое расширение предмета конституционного регулирования, в отличие от этатистской модели, осуществляется в оптимальных пределах, обеспечивающих нормальное функционирование механизма саморегулирования общества и исключающих возможность чрезмерного вмешательства государства.

К этой модели относятся основные законы многих стран со зрелой демократией (конституции второго поколения в ФРГ, Франции, Италии, Испании, Португалии и др.), всех постсоциалистических и большинства развивающихся стран. В Конституции Таджикистана либерально-этактистская модель получила воплощение во второй главе, предусматривающей права, свободы, основные обязанности человека и гражданина. Отражена она и в ст. 12, провозгласившей многоукладность национальной экономики и государственные гарантии свободы экономической и предпринимательской деятельности, правовой защиты всех форм собственности, в том числе частной.

Четвертое. Конституция как Основной закон является главным источником системы национального права, юридической базой правотворческой и правоприменительной практики. В ней определены главные цели и объекты правового регулирования, то есть предусмотрены сферы общественных отношений, подлежащие правовому регулированию, и указаны те конкретные законы, которые должны быть приняты. В связи с этим важнейшее юридическое свойство — ее верховенство, означающее приоритетное положение в системе и изменения конституции и придания ей высшей юридической силы. Все правовые акты должны соответствовать конституции и в случае противоречия являются недействительными. В этом свойстве конституции находит отражение один из признаков правового государства — верховенство права, прежде всего конституции.

В конституциях значительной группы стран со зрелой демократией прямо не говорится ни о верховенстве этого документа, ни о высшей юридической силе. Это свойство презюмируется, само собой подразумевается как присущее конституции правового государства по определению. Умалчивали об этом свойстве, правда по иным причинам, и конституции стран с тоталитарным или авторитарным режимом, поскольку там высшим законом была не конституция, а устав или программа единственной правящей партии, что иногда признавалось прямо и официально (например, ст. 6 Конституции Алжира 1976 г.) либо косвенно (ст. 6 Конституции СССР и соответствующие статьи конституций всех союзных республик).

В Конституции Таджикистана, как и в конституциях всех постсоветских государств, зафиксирована ее высшая юридическая сила и прямой характер действия конституционных норм (ст. 10). Учитывая, что конституция является «генеральным планом» государственного устройства, в Конституции Таджикистана предусмотрено некое «поле правовой свободы», которое по мере развития и укрепления государственности, уточнения функциональных возможностей институтов публичной власти должно заполняться конкретизирующими этот «план» законодательными нормами.

Вместе с тем в Конституции не удалось избежать норм неопределенно уполномочивающего характера, адресованных высшим государственным органам и должностным лицам. Так, в п. 26 ст. 49, п. 7 ст. 52, п. 8 ст. 54, п. 26 ст. 69 и п. 3 ст. 89 Конституции 1994 г. за соответствующими субъектами предусмотрено право осуществления (исполнения) «других полномочий, определяемых конституцией и законами». Такая

норма, по справедливому замечанию А. Имомова, считается «очень скользкой и не характерной для конституций, поэтому конституции других стран воздерживаются от установления таких норм, так как они дают шанс высшим структурам власти через законы обойти или смягчить некоторые неугодные им конституционные нормы и расширить пределы своей компетенции»¹⁵.

Пятое. Одним из юридических свойств конституции как Основного закона является ее стабильность — важнейшее условие режима законности, устойчивости всей правовой системы и организации государственной власти, определенности отношений между личностью и государством. Стабильность конституции зависит от многих объективных и субъективных факторов (например, от состояния наиболее важных общественных отношений, составляющих предмет конституционного регулирования, от отношения к ней общества и государственной власти, от уровня политической и правовой культуры и т. д.), стабильность конституции, отмечает С. А. Авакьян, основывается на незыблемости самого социального строя, отраженного в ней. Вместе с тем стабильность конституции определяется и ее содержанием, в частности, степенью конкретизации и детализации системы организации государственной власти и возможностью внесения изменений и дополнений в Основной закон¹⁶.

Как правило, чем больше в конституции конкретных детализированных норм, которым место в обычном законодательстве, тем чаще возникает необходимость внесения поправок в Основной закон. Ярким примером в этом отношении была Конституция СССР 1936 г. и соответствующие конституции союзных республик, в которых, как нами уже отмечалось, содержался перечень министерства и ведомств, а изменения их названий требовали внесения поправок в Конституцию.

В ходе подготовки Конституции Таджикистана 1994 г. в одном из альтернативных проектов предлагалось ввести специальный раздел, посвященный силовым структурам. Конституционная комиссия не пошла по этому пути и не стала прописывать в Конституции саму систему организации исполнительной власти, отнеся этот вопрос к компетенции президента и правительства республики. Аналогичный верный подход используют и конституции иных государств, в том числе Российской Федерации. Однако в отличие от Конституции России, в Основном законе Таджикистана выделены в отдельную главу нормы, посвященные прокуратуре¹⁷.

Стабильность конституций связана со сложными процедурами их изменения. Эта сложность имеет два последствия. С одной стороны, специальные процедуры обеспечивают длительность действия конституций без внесения существенных изменений, с другой — сложные процедуры изменения конституции могут превратить ее в конституцию формальную, оторванную от действительности.

Конституция Таджикистана предусматривает возможность ее изменения и устанавливает необходимые для этого процедуры (гл. 10). В силу ст. 100 не может быть изменена форма правления, территориальная целостность, демократическая, правовая, светская и социальная сущность государства. Жесткость данной формулировки вызывает критические замечания ряда ученых, в том числе А. Имомова, считающего подобную формулировку не соответствующей теории права и государства. Действительно, многие конституции — Испании, ФРГ, США, Российской Федерации, Мексиканских Соединенных Штатов, Китайской Народной Республики, Казахстана, Кубы, Кыргызстана, Узбекистана, Швеции, Японии — не содержат норм о неизменности основ конституционного строя. Конституции Греции (ст. 110), Италии (ст. 139), Соединенных Штатов Бразилии (ст. 217), Туркменистана (ст. 115), Франции (ст. 89), Исламской Республики Иран (ст. 177) и некоторых других стран устанавливают неизменность лишь республиканской формы правления. Конституция Соединенных Штатов Бразилии дополнительно признает неизменным и федеративное государственное устройство (ст. 217). Примечательной является норма ст. 110 Конституции Греции, которая, наряду с неизменностью парламентской республики, объявляет о неизменности положений статей, посвященных уважению и охране личности, равноправию граждан перед законом, нерушимости

¹⁵ Имомов А. Разработка и принятие первой Конституции Таджикистана // Укрепление законности и правопорядка, совершенствование советского законодательства и социалистической государственности. Вып. 2. Душанбе, 1978. С. 270.

¹⁶ См: Авакьян С. А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 1997.

¹⁷ Маджидзода З. Д. Конституция Республики Таджикистан: 20 лет. Теория и история, право, эволюция, современность, сравнительный анализ, законодательство. Душанбе: Эр-граф, 2014. 152 с.

личной свободы, свободы совести и организации государственной власти на основе принципа разделения властей.

Критика А. Имомовым ст. 100 Конституции Республики Таджикистан вызвана констатацией в ней неизменности не только формы правления, но и сущностных характеристик государства: демократической, правовой, социальной. Как представляется, уважаемый ученый противоречит сам себе. Верно подчеркивая, что сущность государства находит свое конкретное выражение в функциях государства (точнее сказать, не только в функциях, но и в государственной политике), а их содержание не остается неизменным, он делает вывод: «...Изменение основных целей и функции государства непременно влечет изменение и сущностных характеристик государства». В связи с этим положения ст. 100 Конституции Таджикистана в части неизменности сущностных характеристик государственности должны вызывать не удивление, а удовлетворение, поскольку неизменными провозглашаются цели и содержание деятельности государства. Иными словами, всенародным голосованием закреплено, что при любых содержательных изменениях в функционировании государства (расширение или сужение полномочий президента или парламента, упразднение института президентуры, расширение или сужение полномочий центральных и местных органов исполнительной власти) само государство не должно трансформироваться в клерикальное, тоталитарное, антинародное. Строго говоря, суть межтаджикского конфликта как раз и заключалась в том, что оппозиция хотела изменить сущностные характеристики государственности Таджикистана, в частности превратить его в исламское государство, неизменность которых и зафиксирована ст. 100 действующей Конституции республики.

Неизменность сущностных характеристик государственности, то есть ее стабильность, неразрывно связана со стабильностью самой Конституции. Эта проблема стала своеобразным стержнем многоаспектного обсуждения современного конституционализма, состоявшегося 14–15 марта 2013 г. в Санкт-Петербурге в рамках Международной научно-практической конференции, приуроченной к 20-летию Конституции Российской Федерации. В докладах ведущих российских и зарубежных конституционалистов — участников конференции: председателя Конституционного Суда Республики Армения Г. Г. Арутюняна, одного из разработчиков действующей Конституции России 1993 г. С. М. Шахрая, председателя Конституционного Суда Республики Болгария Е. Танчева и др. с той или иной определенностью звучала мысль, наиболее рельефно сформулированная Б. С. Эбзеевым: «Находящейся в процессе становления демократии угрожают две опасности. Революционный дух требует постоянных реформ, дух консервативный видит сохранение государственной идентичности в неприкосновенности сложившихся организационных и политических форм. Противостояние между ними влечет периодические кризисы и даже кровавые конфликты».

Справедливость этих слов таджикская государственность испытала на себе. Именно поэтому для Республики Таджикистан, ее многонационального народа так важно, чтобы столкновение революционного духа с духом консервативным, столкновение инноваций и традиций сопровождалось только поступательным движением вперед без кризисов и тем более конфликтов. В таком поступательном движении государства огромную роль играет стабильность Конституции Республики Таджикистан, конституционный принцип о неизменности сущностных характеристик таджикской государственности.

Литература

1. Пашковский П. И. Проблема интерпретации понятия «постсоветское пространство» // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. Философия. Политология. Культурология. 2015. Т. 1 (67), № 4. С. 41–48. EDN: YQADHJ
2. Зоиров Д. М. Таджики: от государства Саманидов до суверенной государственности (историко-правовой анализ). СПб.: Реноме, 2014. 287 с. EDN: YKGSMH
3. Рахмон Э. Мир, единство и национальное согласие // Мир содружества. 2011. С. 54–55.
4. Зорькин В. Д. Роль конституций постсоветских государств в формировании новой государственности // Право и государство. 2015. № 3 (68). С. 22–24. EDN: VEDMEZ
5. Лассаль Ф. Сущность конституции. Что же дальше? СПб.: Молот, 1905. 64 с.

6. *Имомов А.* Разработка и принятие первой Конституции Таджикистана // Укрепление законности и правопорядка, совершенствование Советского законодательства и социалистической государственности. Вып. 2. Душанбе, 1978. С. 270.
7. *Авакьян С. А.* Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 1997.
8. *Маджидзода З. Д.* Конституция Республики Таджикистан: 20 лет. Теория и история, право, эволюция, современность, сравнительный анализ, законодательство. Душанбе: Эр-граф, 2014. 152 с.
9. *Гафуров А. Д.* Формирование и развитие финансового права развивающихся стран (на примере Исламской Республики Афганистан, Исламской Республики Иран, Кыргызской Республики и Республики Таджикистан) // Душанбе: Сино, 2017. 352 с. EDN: VRQSSB

Об авторах:

Гафурзода Абдухалил Давлатали, заместитель генерального секретаря совета Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ, доктор юридических наук, профессор;
e-mail: halil-77@mail.ru

Зоир Джурахон Маджидзода, начальник отдела государства и права Института философии, политологии и права имени А. Баховадинова Национальной академии наук Таджикистана (Душанбе, Республика Таджикистан), доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник Республики Таджикистан, генерал-майор милиции;
e-mail: zoirov2009@mail.ru

References

1. Pashkovsky, P. I. (2015) The Problem of Interpretation of the Concept "Post-Soviet Space". *Scientific Notes of V. I. Vernadsky Crimean Federal University. Philosophy. Political science. Cultural Studies*, vol. 1 (67), no. 4, pp. 41–48.
2. Zoirov, D. M. (2014) The Tajik: From the Samani's State to the Sovereign Statehood (Historical and Legal Analysis). *Renome*. 287 p.
3. Rahmon, E. (2011) Peace, Unity and National Accord. *World of the Commonwealth*. Pp. 54–55.
4. Zorkin, Z. (2015) The Role of the Constitutions of the Post-Soviet States in the Formation of a New Statehood and Unification of Society. *Law and State*, no. 3 (68), pp. 22–24.
5. Lassalle, F. (1905) On the essence of the constitution. *Molot*. 449 p.
6. Imomov, A. (1978) Development and adoption of the first Constitution of Tajikistan. *Strengthening of the Rule of Law, Improving Soviet Legislation and Socialist*. P. 270.
7. Avakyan, S. A. (1997) The Constitution of Russia: Nature, Evolution, Modernity. 528 p.
8. Majidzoda, Z. J. (2014) Constitution of the Republic of Tajikistan: 20 years. Theory and history, law, evolution, modernity, comparative analysis, legislation. *Er-graf Publishing House*.
9. Gafurov, A. D. (2017) Formation and Development of the Financial Law of Developing Countries (On the Example of the Islamic Republic of Afghanistan, Islamic Republic of Iran, Kyrgyz Republic of Republic of Tajikistan). Sino. 352 p.

About the authors:

Gafurzoda Abdukhalil Davlatali, Deputy Secretary General of the IPA CIS Council — Plenipotentiary Representative of the Majlisi Oli of the Republic of Tajikistan, Doctor of Science (Jurisprudence), Professor;
e-mail: halil-77@mail.ru

Zoir Jurakhon Majidzoda, Head of the Department of State and Law of the Institute of Philosophy, Political Science and Law named after A. Bakhovaddinov of the National Academy of Sciences of Tajikistan (Dushanbe, Republic of Tajikistan), Doctor of Science (Jurisprudence), Professor, Honored Worker of the Republic of Tajikistan, Major General of Police;
e-mail: zoirov2009@mail.ru

Злоупотребление правом в конституционном праве: постановка проблемы¹

Евстафьев А. И.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: aievstafev@hse.ru

Аннотация

Злоупотребление правом принято рассматривать как правовое явление, наиболее характерное для частного права. Исторически злоупотребление правом впервые возникло в частном римском праве, доктринальное развитие и применение оно нашло в частноправовых науках. В конституционно-правовом регулировании и науке конституционного права этому вопросу не уделяется должного внимания, как и возможности существования злоупотребления правом в данной сфере правового регулирования. В настоящей статье предпринимается попытка обосновать существование злоупотребления правом (полномочиями) в конституционно-правовой сфере и обозначить проблему недостаточности соответствующего правового регулирования, порождающего предпосылки злоупотребления правом. Также выделяются характерные элементы исследуемого правового явления, дается определение и оценка «серой зоны», в которой возможно злоупотребление правом в конституционно-правовых отношениях.

Ключевые слова: злоупотребление правом, злоупотребление полномочиями, конституционное право, пределы права.

Для цитирования: Евстафьев А. И. Злоупотребление правом в конституционном праве: постановка проблемы // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 88–101. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-88-101. EDN: YBUONY

The Abuse of Right in Constitutional Law: Problem Statement²

Evstafyev A. I.

National Research University Higher School of Economics (HSE University) (Moscow, Russian Federation);

e-mail: aievstafev@hse.ru

Abstract

Abuse of law is generally considered to be a legal phenomenon most inherent to private law. Historically, it first appeared in private Roman law; it found doctrinal development and application in legal sciences associated with private law. This issue and even the possibility of its existence are not paid due attention in constitutional legal regulation and the science of constitutional law. This article attempts to substantiate the existence of abuse of rights (powers) in the spheres that were mentioned, and to identify the problem of the insufficiency of appropriate legal regulation, which gives rise to

¹ Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ.

² This article is an output of a research project implemented as part of the Basic Research Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE University).

the preconditions for abuse of rights. The current paper highlights distinctive elements of the legal phenomenon under study, and also gives a definition and assessment to the “gray zone” in which abuse of law in constitutional and legal relations is possible.

Keywords: abuse of law, abuse of power, constitutional law, limits of law.

For citation: Evstafyev, A. I. (2024) The Abuse of Right in Constitutional Law: problem statement. *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 88–101. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-88-101

Определение правового явления «злоупотребление правом»

Под злоупотреблением правом, по мнению В. П. Грибанова, необходимо понимать «особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения»³. В понимании автора «субъективное право представляет собой некий предусмотренный законом общий тип поведения, а его осуществление происходит в различных конкретных формах»⁴, при этом общий тип поведения и конкретная форма есть «соотношение общего и конкретного»⁵.

Подход, предложенный В. П. Грибановым, стал одним из основополагающих и, как отмечает С. Д. Радченко⁶, нашел выражение как в судебной практике, так и в законодательстве, но между тем был подвергнут и обоснованной критике, вызванной сложностью практической реализации⁷.

Другое определение исследуемого феномена основывается на такой категории, как интерес, что вполне обоснованно, ведь реализация любого права — это есть реализация воли субъектом, обусловленной определенным интересом. А. И. Экимов отмечал, что «субъективное право, использованное во вред обществу, по существу изменяет свой социальный смысл. Фактором, приводящим его в действие, становится узкокорыстный, эгоистический интерес, отрицающий правомерность существования всякого иного интереса»⁸. С позицией А. И. Экимова сложно не согласиться: действительно, интерес есть некоторое стремление субъекта к какому-либо результату, и в зависимости от характера интереса формируется и соответствующий конечный результат реализации права. С учетом этой позиции С. Д. Радченко определил злоупотребление правом как «осуществление принадлежащего управомоченному лицу права в противоречии с имеющимся у данного лица признанным законом интересом в его осуществлении»⁹.

«Теория интереса» имеет несколько направлений, дополняющих указанный подход. Например, существует позиция, предполагающая наличие, кроме противоречащего закону интереса, дополнительного критерия в виде причинения вреда¹⁰ и др. Следует отметить, что категория интереса при исследовании злоупотребления правом имеет немаловажное значение.

Другая точка зрения относительно определения злоупотребления правом основана на категории «добросовестность». По мнению И. Б. Новицкого, злоупотребление правом представляет собой реализацию субъективных прав в противоречии с добросовестностью, то есть в противоречии с добрыми намерениями¹¹. И. Б. Новицкий пришел к выводу о том, что добросовестность в субъективном смысле подразумевает под собой определенное сознание субъекта правоотношений как некое неведение тех или иных обстоятельств, а объективная добросовестность — это внешнее мерило, которое должно приниматься во внимание законом, судом и участниками гражданского оборота¹². В рамках обозначенной теории следует отметить, что добросовестность действительно является антиподом по отношению

³ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. М.: Статут, 2001. С. 63.

⁴ Там же. С. 55.

⁵ См. Иоффе О. С., Грибанов В. П. Пределы осуществления субъективных гражданских прав // Советское государство и право. 1964. № 7. С. 77.

⁶ См. Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России: дисс. ... канд. юрид. наук / Радченко Сергей Дмитриевич. Москва, 2007. С. 21. EDN QDYNZDC

⁷ См. Малеин Н. С. Юридическая ответственность и справедливость / Н. С. Малеин. М.: Манускрипт, 1992. С. 160.

⁸ Экимов А. И. Интересы и право в социалистическом обществе / А. И. Экимов. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1984. С. 90–91.

⁹ Радченко С. Д. Указ. соч. С. 87.

¹⁰ См. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Ю. С. Гамбаров. Под ред. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. С. 413. EDN: QVRMXF

¹¹ См. Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1. Т. 6. С. 124–125.

¹² Новицкий И. Б. Указ. соч. С. 165–166.

к исследуемому правовому явлению, что подтверждается, в частности, Г. А. Гаджиевым¹³ и может, на наш взгляд, выступать в роли «ориентира нормального правоупотребления». Примечательно, что и в п. 1 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) при перечислении форм злоупотребления правом, оставляя перечень открытым, законодатель указал: «а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав»¹⁴.

Интересна позиция к определению правового явления А. А. Малиновского, который считает, что злоупотребление правом — это «...форма осуществления субъективного права в противоречии с его назначением, посредством которого субъект причиняет вред другим участникам общественных отношений»¹⁵. В указанном подходе важно отметить понимание категории «назначение» автором: «Если субъект достигает поставленной цели при помощи использования другого средства (реализует потребность, для удовлетворения которой предусмотрено одно субъективное право посредством осуществления другого субъективного права), то он осуществляет субъективное право в противоречии с его назначением»¹⁶, то есть А. А. Малиновский рассматривает злоупотребление правом через ненадлежащее средство для достижения цели.

Довольно широкое определение понятию «злоупотребление правом» дает А. В. Волков, который понимает под ним «особый вид гражданского правонарушения, связанного с умышленным выходом управомоченного лица за внутренние пределы (смысл, назначение) субъективного гражданского права (определяемые в том числе критериями разумности и добросовестности) для достижения своей незаконной скрытой цели с использованием юридического формализма гражданского права, как то: пробелы, оговорки, недостатки, узость, противоречия правовых норм и договорных условий»¹⁷.

Вариативность подходов к определению свидетельствует об отсутствии общей точки зрения в отношении правового феномена, что сказывается и на правоприменительной практике. В частности, Верховный Суд Российской Федерации определяет злоупотребление правом: исходя из интереса субъекта права¹⁸, исходя из пределов осуществления права¹⁹, исходя из последствий реализации права²⁰ и др.

При этом анализ понятия «злоупотребление правом» строится вокруг его оценки в частном праве. Такое развитие правового явления закономерно вызывает вопрос о применимости изложенных подходов в других отраслях права.

Исходя из изложенного, можно увидеть, что характеризующими категориями для определения факта злоупотребления правом выступают: а) назначение и цель права; б) признанный законом интерес в осуществлении права; в) добросовестность.

На наш взгляд, ключевой для исследуемого правового явления выступает категория «цель». Под целью в праве надлежит понимать «идеальный, желательный результат, ради которого осуществляется юридическая деятельность»²¹. При этом «следует различать виды правовых целей: цели в праве, которые создаются правотворцем, закрепляются в нормах права и обоснованы абстрактным пониманием общего блага, и цели субъектов права, формируемые ими самими, связанные с их потребностями и интересами, те цели, на достижение которых субъекты права рассчитывают при совершении юридически значимых действий»²².

¹³ См. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. 2002. № 7. С. 59–62.

¹⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: от 30.11.1994 № 51-ФЗ. Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

¹⁵ Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом: (теоретико-правовое исследование) / А. А. Малиновский. М.: Юрлитинформ, 2007. С. 109–110. EDN: QXJRGH

¹⁶ Там же. С. 97.

¹⁷ Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики. Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук / Волков Александр Викторович. Москва, 2010. С. 23. EDN: ZOCHNN

¹⁸ Определение Верховного Суда РФ от 03.02.2015 № 32-КГ14-17. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ Определение Верховного Суда РФ от 20.10.2015 № 18-КГ15-181. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ Определение Верховного Суда РФ от 14.06.2016 № 52-КГ16-4. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект / А. В. Малько. 3-е изд., перераб. и доп. Sarbrücken: LAP LAMBERT, 2012. С. 11. EDN: QZEKEZ

²² Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права / С. Ю. Филиппова. М.: Статут, 2013. С. 49.

По нашему мнению, злоупотребление правом происходит в том случае, когда цели, с которыми тот или иной управомоченный субъект реализует свое право, вступают в противоречие с целями, заложенными законодателем в правовую норму. Известным доктринальным примером, демонстрирующим изложенное, является строительство одним из собственников земельного участка забора на границе двух участков значительной высоты. Понятно, что соответствующее право дано собственнику с целью обеспечения защиты, неприкосновенности собственности, однако фактически, исходя из значительной высоты забора, можно сделать вывод об иной, злонамеренной цели собственника — например, затенить растения, находящиеся на земельном участке соседа²³.

Кроме цели, немаловажным выступает интерес субъекта в реализации права. По мнению С. В. Михайлова, интерес «представляет собой потребность, присущую человеку как социальному субъекту, то есть потребность, имеющую социальный характер. Такая потребность выступает в качестве интереса»²⁴. На основе интереса у управомоченного субъекта формируется конкретная цель реализации того или иного права.

В. Ю. Панченко в своей работе указывает, что цель реализации права «поглощает» интерес²⁵, и в этом смысле, на наш взгляд, цель выступает, как правило, некоторой квинтэссенцией интереса, хотя интерес — «это не только этап целеполагания, но и самостоятельное правовое явление, имеющее юридическое значение для правового взаимодействия»²⁶.

Однако можно ли, определив соответствующее противоречие двух видов целей, квалифицировать поведение уполномоченного субъекта в качестве злоупотребления? На наш взгляд, это сделать довольно сложно. Ведь расхождение указанных целей может происходить и вследствие неправильно избранных субъектом прав как средств для достижения определенных целей.

По этой причине следующим элементом, необходимым для квалификации поведения в качестве злоупотребления правом, выступает наличие негативного последствия в виде неправомерного воздействия на права, свободы и интересы третьих лиц. Подобное воздействие может выражаться, например, в ущемлении прав, нарушении баланса интересов. Важно отметить, что такое последствие необязательно должно являться целью злоупотребляющего субъекта, однако его присутствие указывает на противоправность соответствующей цели.

Таким образом, злоупотребление правом — это есть реализация права, где действия субъекта противоречат и/или частично отклоняются от цели, заложенной законодателем в данной норме права, и влекут негативное противоправное воздействие на права, свободы и интересы третьих лиц.

О «серой зоне» в реализации права

Исходя из того, что правовое поведение принято делить на правомерное и неправомерное, возникает вполне закономерный вопрос — каким же в этой системе координат выступает злоупотребление правом? В каких границах оно существует?

Как нам представляется, для ответа на указанные вопросы важно ввести в настоящее исследование такую категорию, как «серая зона», — это область возможной реализации права, находящаяся в определенных границах, где существует вероятность осуществить злоупотребление правом.

По мнению В. П. Грибанова, субъект, злоупотребляя правом, использует недозволенные формы и выходит за пределы осуществления права²⁷. Пределы осуществления права в представлении В. П. Грибанова — это содержание права, очерченное временем, способом осуществления права, социальным назначением права и др.²⁸

²³ См. Бурмистрова С. А. О применении категории добросовестности при разрешении коллизий интересов / С. А. Бурмистрова // Российский юридический журнал. 2019. № 2. С. 139. EDN: ЕТОАРТ

²⁴ Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве / С. В. Михайлов. М.: Статут, 2002. С. 21.

²⁵ См. Панченко В. Ю. К вопросу о соотношении интересов и целей в правовом взаимодействии / В. Ю. Панченко // Актуальные теоретические и практические вопросы развития юридической науки: общегосударственный и региональный аспекты. 2014. № 1. С. 93. EDN: TFKRAD

²⁶ Там же. С. 93.

²⁷ См. Грибанов В. П. Указ. соч. С. 55.

²⁸ См. там же. С. 47–49.

Можно сказать, что пределы осуществления права всегда находятся в пределах содержания права (таких пределах, выход за которые трансформирует правомерное поведение в неправомерное). При этом существование пределов осуществления и их последующее соблюдение — это гарантия существования экономического равенства субъектов, а выход за них — нарушение соответствующего равенства. Важно отметить, что в числе ключевых критериев «злоупотребления правом» автор обозначает использование права «во зло»²⁹, то есть когда «...право используется управомоченным лицом в ущерб интересам общества и отдельных его членов»³⁰.

В. В. Пашин справедливо указывает на сложность практического применения подхода В. П. Грибанова, вызванную отсутствием четких критериев разграничения пределов содержания права и пределов осуществления права³¹. С указанным сложно не согласиться — выход за отдельные элементы, формирующие пределы осуществления права, не всегда будет являться злоупотреблением.

Н. С. Малеин отмечал, что «если субъект действует в границах принадлежащего ему права — и тогда он не злоупотребляет своим правом, или он выходит за пределы, установленные законом, и таким образом... совершает элементарное правонарушение»³². На наш взгляд, позиция Н. С. Малеина строится на отрицании существования пределов осуществления права и исходит из деления правового поведения на правомерное и неправомерное. Исключая возможность злоупотребления правом, Н. С. Малеин исключает возможность противостояния недобросовестной реализации права со стороны законодателя и правоприменительных органов, ибо исходно злоупотребление не обличено в правонарушение, а выступает внешне реализацией прав, не нарушающей установленных запретов.

Однако такой научный феномен, как «пределы осуществления права», может вполне уместно объяснить положение злоупотребления правом в конструкте реализации права. В сущности, оно не является типичным правонарушением, то есть не выходит за границы содержания представленного лицу права, но между тем и не является поведением правомерным.

В этой связи можно обозначить, что злоупотребление правом находится в пределах содержания права, но за пределами осуществления права.

Обозначенные пределы образуют «серую зону», где акт реализации права пребывает между границами формально правомерного (конкретные действия в этой плоскости не запрещены) и неправомерного поведения, иначе говоря — право реализуется в соответствии с буквой закона, но в противоречии с его духом. В этом заключается некоторая уникальность правового явления — как верно заметил А. А. Малиновский, злоупотребление правом нельзя относить к категории «правомерное — неправомерное», оно нуждается в «третьем измерении»³³.

Выведение злоупотребления правом в «третье измерение» тоже, на наш взгляд, является условным. Можно заметить, что если в отраслевом законодательстве существует запрет на злоупотребление правом, а также установлена ответственность, то вполне логично сделать вывод о том, что злоупотребление — особое правонарушение, поскольку в этом свете установленный факт злоупотребления является выходом за пределы содержания права (происходит нарушение запрета).

Важной особенностью такого вида правонарушения (злоупотребление правом признается таким лишь только в том случае, если в отраслевом законодательстве установлен запрет) выступает то обстоятельство, что о правонарушении злоупотребляющее лицо узнает лишь постфактум, исходя из решения суда. Отдельные авторы такое обстоятельство рассматривают в качестве основания для недопущения существования «злоупотребления правом». Например, И. А. Покровский считал, что поиск тонкой грани между злоупотреблением правом и деликтом нарушает прочность права и порождает весьма большую область для усмотрения правоприменителям при квалификации поведения субъекта в качестве соответ-

²⁹ Там же. С. 50.

³⁰ Там же. С. 62.

³¹ См. Пашин В. М. Институт злоупотребления субъективными правами *de lege ferenda* // Актуальные проблемы гражданского права. М.: Норма, 2003. № 7. С. 45.

³² Малеин Н. С. Указ. соч. С. 160.

³³ См. Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом: (теоретико-правовое исследование). М.: Юрлитинформ, 2007. С. 223. EDN: QXJRGH

ствующего, и в связи с чем полагал недопустимым существование данного правового явления³⁴. Такая позиция, на наш взгляд, является весьма спорной.

Таким образом, злоупотребление правом выступает уникальным правовым явлением, поскольку одновременно входит в пределы содержания права, но при этом не включается в более узкую категорию — пределы осуществления права.

Важно отметить, что нарушение границы содержания права соотносимо с моментом перехода реализации права в правонарушение. Однако каким образом определить границу осуществления права?

Анализ предложенных подходов к определению правового феномена дает возможность предположить, что одним из ключевых факторов, формирующих «оплот» правового, добросовестного поведения, является цель, заложенная законодателем при закреплении правовой нормы.

О существовании злоупотребления правом («серой зоны») в конституционно-правовых отношениях

Злоупотребление правом в конституционно-правовых отношениях существует в действительности. Оно находит свое отражение как в судебной практике, так и в немногочисленных положениях отдельных нормативно-правовых актов. Между тем понятие «злоупотребление правом» не имеет достаточной доктринальной разработки в конституционном праве. Хотя активное развитие общественных отношений требует глубокого научного анализа этой категории.

Конституционно-правовое регулирование запрета на злоупотребление правом в России имеет свою правовую основу.

Во-первых, ч. 3 ст. 17 Конституции РФ запрещает реализацию прав и свобод в нарушение прав и свобод других лиц. Указанная норма выступает «золотым правилом нравственности»³⁵, а также лежит в основе развития запрета злоупотребления правом в частном праве, закреплённого в ст. 10 ГК РФ.

Во-вторых, ст. 52 Конституции РФ закрепляет, что права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом.

В-третьих, согласно ст. 18 Конституции РФ, права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Иначе говоря, государство в лице любых властных органов и должностных лиц при реализации своих полномочий обязано руководствоваться интересами обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина. С. Е. Тюрин полагает, что в основе указанной нормы Конституции РФ лежит противодействие такому виду злоупотребления правом, как «действия властных субъектов по реализации своих дискреционных полномочий в пределах буквальных предписаний права, но с нарушением внутренних пределов усмотрения в виде публичного интереса, совершаемые из корыстных мотивов в состоянии конфликта интересов и наносящие вред обществу»³⁶. Такой подход, на наш взгляд, нельзя назвать полным, потому что корыстные мотивы не всегда могут выступать в числе обязательных признаков, однако в остальной части с С. Е. Тюриным сложно не согласиться.

Как отмечает Н. С. Бондарь, из положений указанной статьи вытекает и вывод о том, что «законодатель не вправе принимать решений, способствующих злоупотреблению правом, и, во всяком случае, должен стремиться к тому, чтобы свести возможности для злоупотребления к минимуму»³⁷.

Указанные положения Конституции РФ получили различное продолжение в отраслевых законодательных актах.

³⁴ См. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. С. 117–118.

³⁵ Виноградов В. А., Масленникова С. В., Мазаев В. Д. Конституционное право России: учебник / под общ. ред. В. А. Виноградова. М.: Эксмо, 2022. С. 318.

³⁶ Тюрин С. Е. Понятие публично-правового злоупотребления (злоупотребления властью) // Конституционное и муниципальное право. 2021. № 9. С. 8. DOI: 10.18572/1812-3767-2021-9-8-11. EDN: KNXZYR

³⁷ Бондарь Н. С. Решения Конституционного Суда как мера свободы и ответственности // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 10. С. 3. EDN: KXZHOZ

Особое развитие рассматриваемое правовое явление получило в гражданском праве. ГК РФ с учетом редакции 2012 г. подробно описывает исследуемый феномен. В ст. 10 ГК РФ отражены последствия и формы злоупотребления правом. Вследствие изложенного правовое явление часто применяется в судебной практике и становится объектом исследования ученых-цивилистов.

Существование возможности злоупотребления правом в частноправовом регулировании надлежит связывать с тем, что для частного права характерен диспозитивный метод, суть которого заключается в наличии свободы выбора варианта поведения в гражданско-правовом обороте, а также равенстве в объеме правомочий. Наделение такой широтой выбора для субъектов частного права выступает необходимостью, обусловленной сущностью частноправовых отношений. Между тем широкое усмотрение для субъектов одновременно влечет необходимость в установлении пределов осуществления гражданских прав (ст. 10 ГК РФ)³⁸. Указанные пределы позволяют сдерживать баланс частных интересов, то есть обеспечивать равенство сторон.

Как уже было отмечено, в конституционно-правовом регулировании злоупотребление правом серьезного развития не получило. Однако исследуемое правовое явление в указанной сфере имеет куда более серьезное значение, поскольку в результате злоупотребления урон причиняется не частным, а общественным интересам. Как верно отмечает А. Шайо, «учитывая, что конституционное право связано с монополией на власть *par excellence*, было бы совершенно естественным и необходимым, чтобы оно было вооружено теорией злоупотребления правами»³⁹.

Соответствующая сфера правового регулирования не содержит положений, аналогичных положениям ст. 10 ГК РФ, то есть таких положений, которые могли бы универсальным образом устанавливать пределы осуществления права. Для конституционно-правового регулирования характерно точечное закрепление последствий и запретов на отдельные виды злоупотребления правом.

В таких условиях правового регулирования суды, рассматривая споры, вытекающие из публично-правовых отношений, вынуждены обращаться к положениям ст. 10 ГК РФ. Об этом пишет К. А. Сасов, применительно к злоупотреблению правом в налоговых правоотношениях, отмечая, что появившаяся в 2017 г. ст. 54.1 Налогового кодекса Российской Федерации, предусматривающая пределы осуществления прав по исчислению налоговой базы и/или суммы налога, сбора, страховых взносов, требует переориентации на «хорошо зарекомендовавшую себя ст. 10 ГК РФ»⁴⁰. Полагаем позицию К. А. Сасова весьма важной. Действительно, частноправовое регулирование может выступать успешным примером реализации запрета на злоупотребление правом, что, несомненно, должно учитываться при регулировании соответствующего запрета в публичных отраслях права.

Правоотношения в конституционно-правовой отрасли имеют немаловажные отличия, которые сказываются на особенностях исследуемого правового явления. Прежде всего, отдельным конституционным правоотношениям присущ характер «власти-подчинения»⁴¹ (императивный метод), и, соответственно, возникает такое явление, как злоупотребление полномочиями. Но между тем в конституционном праве присутствует и диспозитивный метод. Граждане наделяются пассивным и активным избирательными правами (ст. 32 Конституции РФ), правом обращаться в государственные и муниципальные органы власти (ст. 33 Конституции РФ) и многими другими правами, которые могут реализовывать по своему усмотрению.

Исходя из указанного, злоупотребление правом в конституционно-правовой сфере можно разделить — на злоупотребление полномочиями (злоупотребление властными субъектами) и злоупотребление правами.

Остановимся на каждом из них отдельно, а также определим предпосылки к возможности злоупотребления правом (полномочиями).

³⁸ См. Гордеев П. А. Диспозитивность в регулировании гражданских правоотношений: теоретико-методологический анализ // Российское право: образование, практика, наука. 2018. № 4 (106). С. 84. EDN: VMWCXO

³⁹ Шайо А. Злоупотребление основными правами, или Парадоксы преднамеренности // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2 (63). С. 163. EDN: NTOYQN

⁴⁰ Сасов К. А. Какой должна быть общая норма о налоговых злоупотреблениях // Закон. 2021. № 8. С. 104–105. EDN: MPWECX

⁴¹ См. Стариков Ю. Н. Курс общего административного права. М.: Норма, 2002. С. 406.

Злоупотребление полномочиями — двоякое явление, поскольку за злоупотребление в Уголовном кодексе Российской Федерации (далее — УК РФ) предусмотрена ответственность (например, ст. 285 УК РФ устанавливает ответственность за злоупотребление должностными полномочиями), но между тем, по нашему мнению, существуют и иные злоупотребления полномочиями, которые не являются уголовно-наказуемыми и о которых идет речь в настоящей статье. В целях их разграничения рассмотрим одну из статей УК РФ.

Согласно ст. 285 УК РФ, злоупотребление должностными полномочиями — это использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, если это деяние совершено из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. Важно отметить, что изложенные положения УК РФ в полной мере подтверждают ориентирующий характер интереса в реализации права (полномочий) в целях определения факта злоупотребления правом (полномочием).

Как известно, состав преступления, предусмотренного статьей УК РФ, возникает при наличии в деянии всей совокупности объективных и субъективных признаков, закрепленных в соответствующей статье УК РФ.

Детальное рассмотрение ст. 285 УК РФ указывает на необходимость установления: использования служебного положения вопреки интересам службы, наличия корыстной или иной личной заинтересованности, существенного нарушения прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства.

Все указанные элементы подробно раскрыты в соответствующем Постановлении Пленума Верховного Суда РФ⁴², и можно заключить, что указанная норма УК РФ направлена на действия, обладающие особой общественной опасностью.

Статья 285 УК РФ не является единственной устанавливающей ответственность за злоупотребление полномочиями. К числу таковых относятся также статьи УК РФ, устанавливающие ответственность за преступления коррупционного характера, и др.

По нашему мнению, злоупотребления полномочиями, за которые не предусмотрена уголовная ответственность, затрагивают другие, «менее опасные» действия властвующих субъектов.

Меньшая опасность таких злоупотреблений заключается в том, что таковые не предполагают существенного нарушения прав граждан или организаций и могут выражаться, например, в неэффективной работе государственного аппарата, в частности, в принятии властвующим субъектом (при вариативности) менее эффективного и справедливого решения, чем можно было бы принять. Такое решение может быть вызвано желанием создания отдельным субъектом каких-либо неблагоприятных обстоятельств для другого субъекта либо нежеланием властвующего субъекта эффективно исполнять свои полномочия.

К таким действиям властвующих субъектов, в частности, можно отнести волокиту и формализм — случай, когда властвующий субъект осуществляет свои полномочия не в полном соответствии с интересами общества. Важно отметить, что проблема формализма со стороны органов публичной власти была отмечена и Верховным Судом Российской Федерации, который указал, что «органам публичной власти, их должностным лицам запрещается обременять физических или юридических лиц обязанностями, отказывать в предоставлении им какого-либо права лишь с целью удовлетворения формальных требований, если соответствующее решение, действие может быть принято, совершено без их соблюдения, за исключением случаев, прямо предусмотренных законом»⁴³.

Приведем гипотетический пример волокиты со стороны органов публичной власти. Статьей 12 Федерального закона № 59-ФЗ устанавливаются сроки для рассмотрения обращений граждан:

⁴² О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий: Пост. Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_93013/ (дата обращения: 01.02.2024).

⁴³ О некоторых вопросах применения судами положений главы 22 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и главы 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации: Пост. Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28.06.2022 № 21. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_420838/ (дата обращения: 01.02.2024).

по общему правилу срок рассмотрения обращения составляет 30 дней, но в исключительных случаях, а также в случае направления запроса срок рассмотрения обращения может быть продлен дополнительно на 30 дней. Между тем для лиц, обращающихся в органы публичной власти с тем или иным вопросом, оперативность реакции органа является ключевой в решении их проблемы. На практике органы власти зачастую рассматривают обращения не менее 30 дней. Кроме того, Федеральный закон № 59-ФЗ не поясняет, что входит в число исключительных случаев, дающих право увеличить срок рассмотрения обращения, что, как следствие, дает возможность большой дискреции для должностных лиц и создания «волокиты». Указанное может происходить по различным причинам — как в силу загруженности ответственных лиц, так и в силу ненадлежащего исполнения ими своих обязанностей. Д. Е. Зайков применительно к ч. 3 ст. 11 Федерального закона № 59-ФЗ отметил, что «наличие в ней неоднозначного правового регулирования и использование оценочных категорий нередко приводит к результатам, не соответствующим ожиданию»⁴⁴, что, на наш взгляд, применимо и к указанному случаю.

Как уже было отмечено, злоупотребление в исследуемой области возможно не только со стороны властвующего субъекта, но и со стороны граждан. Такие злоупотребления в конституционно-правовых отношениях разнообразны. Они встречаются в сфере проведения публичных мероприятий, при направлении обращений в органы публичной власти и множестве других.

Одной из наиболее «насыщенных» сфер злоупотребления правом стоит отметить институт избирательных кампаний. Злоупотребление правом в избирательных правоотношениях, как верно отметил И. В. Советников, осуществляется путем использования политических технологий⁴⁵. Среди них можно выделить технологию «технический кандидат». Это такой случай, когда какое-либо лицо реализует пассивное право и приобретает статус кандидата не с целью избрания в состав представительного или законодательного органа и представления интересов избирателей, а с целью осуществления каких-либо девиантных форм политических технологий в интересах другого — «основного кандидата», например написания жалоб на кандидата-конкурента и др. Такую технологию используют, чтобы исключить как репутационные, так и правовые риски для «основного кандидата».

Таким образом, злоупотребление в конституционно-правовых отношениях возможно со стороны как должностных лиц и органов публичной власти, так и граждан. Между тем возникает вопрос о предпосылках такого поведения, формирующих «серую зону» в условиях конституционно-правового регулирования.

На наш взгляд, одной из таковых является применение диспозитивного метода в конституционно-правовом регулировании. Как отмечает Р. Г. Валиев, «в системе права в порядке использования законодателем технико-юридической конструкции диспозитивной нормы наряду с частным началом представлено публичное начало диспозитивного метода, которое находит свое реальное выражение в дискреционных полномочиях публичных субъектов»⁴⁶, но между тем «диспозитивные по своему характеру правовые нормы, адресованные публичным субъектам, отражают объективные процессы модернизации отечественной системы права»⁴⁷. Особенно заметно проявление диспозитивного метода при волоките и формализме со стороны органов власти, когда у последних появляется возможность выбора поведения. При этом диспозитивный метод встречается и в других сферах, как, например, в избирательном праве, особенно в сфере агитации⁴⁸.

Отсутствие детальной регламентации как реализации прав гражданами, так и реализации полномочий органами публичной власти является необходимостью и обеспечивает гибкость права, дает возможность адаптироваться праву в условиях многообразия и активного развития общественных отноше-

⁴⁴ Зайков Д. Е. Недопустимые обращения граждан: проблемы квалификации и правоприменительной практики // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 8 (105). С. 69. EDN: JHZNCS

⁴⁵ См. Советников И. В. Злоупотребления правом в избирательном процессе: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Советников Иван Васильевич. Москва, 2006. С. 9–10. EDN: NKGLMR

⁴⁶ Валиев Р. Г. О статусе диспозитивного начала в механизме публично-правового регулирования // Ученые записки Казанского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2011. Т. 153, № 4. С. 24. EDN: OJYPGL

⁴⁷ Там же. С. 23.

⁴⁸ См. Турищева Н. Ю. Публично-правовое и частноправовое начала регулирования предвыборной агитации / Н. Ю. Турищева // Журнал российского права. 2020. № 1. С. 90–91. DOI: 10.12737/jrl.2020.006. EDN: QESJZG

ний. Как верно отмечает А. Шайо, «некоторые основные права содержат в себе свободы, и их нельзя четко определить, поскольку для того, чтобы обеспечить пространство автономного выбора, которое существует в форме фундаментальных прав, необходима некоторая расплывчивость. Именно эти неуверенность и отсутствие четкости и создают интеллектуальную атмосферу, в которой стало возможным современное расширение применения понятия “злоупотребление”»⁴⁹.

Кроме диспозитивности, способствующей злоупотреблению правом, но действующей без очерченных законодателем пределов, немаловажной предпосылкой является присутствие в конституционно-правовом регулировании законодательных пробелов.

Яркий пример тому — ситуация с Б. Л. Вишневым, сложившаяся во время избирательной кампании 2021 г. в Законодательное Собрание Санкт-Петербурга.

Среди кандидатов, выдвинувших себя по избирательному округу совместно с кандидатом — действующим депутатом Б. Л. Вишневым, были выдвинуты еще два Бориса Вишневских, с отличающимися отчествами от отчества Б. Л. Вишневого. Действующая на тот момент редакция Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12.06.2002 № 67-ФЗ⁵⁰ в ст. 63 предусматривала необходимость указания в бюллетенях для голосования прежних фамилии, имени, отчества только в случае их полного и одновременного совпадения с другими. Тем самым допускалась возможность обхода требования, направленного на недопущение введения избирателей в заблуждение относительно кандидата, представленного в бюллетене. Соответствующий законодательный пробел был устранен только в 2022 г., после окончания избирательной кампании.

Таким образом, наличие законодательных пробелов, а также применение диспозитивного метода в конституционно-правовом регулировании являются предпосылками к злоупотреблению правом, создают условия для его существования, то есть «серую зону».

В этой связи становится очевидным, что недобросовестным действиям различных субъектов права важно противостоять, но между тем отраслевые нормативные акты, как уже отмечалось, содержат лишь точечные запреты на злоупотребление правом. К примеру, в Федеральном законе № 67-ФЗ единственным запретом на злоупотребление правом выступает запрет злоупотребления свободой массовой информации. Как было ранее показано, реализация пассивного избирательного права не ограничивается злоупотреблением правом на средства массовой информации.

В результате отсутствия достаточного правового регулирования злоупотребления в конституционном праве складывается такая ситуация, когда противостояние недобросовестной реализации прав (полномочий) является практически невозможным.

Между тем наличие указанных предпосылок к злоупотреблению должно влечь за собой наличие отраслевых пределов осуществления права, конкретизирующих положения ч. 3 ст. 17 Конституции РФ. Такие пределы (границы) позволят более точно определить «серую зону» осуществления прав и, как следствие, дадут возможность отграничить злоупотребление правом от нормального правоупотребления.

Таким образом, в отраслевых законодательных актах необходимо закрепить запрет злоупотребления правом (полномочиями), которым будут установлены пределы осуществления права (полномочия), а также ответственность и последствия злоупотребления. Такой запрет должен быть универсальным, то есть применимым ко всем возможным правоотношениям в соответствующей отрасли права. В качестве предела полагаем уместным использование критерия целевого использования права. Содержательно такой критерий может исходить как от частного случая, то есть недопустимость реализации права с определенной противоправной целью, либо же исходя от общей недопустимости реализации права в противоречии с целью, заложенной законодателем в правовую норму.

Обозначенная проблема характерна не только для конституционного права. Так, в сфере правового регулирования государственного контроля (надзора) и муниципального контроля были закреплены

⁴⁹ Шайо А. Указ. соч. С. 164.

⁵⁰ Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации: Федер. закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ. Собрание законодательства РФ, 2002. № 24. Ст. 2253.

нормы, направленные на противодействие злоупотреблению. Федеральным законом «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» от 31.07.2020 № 248-ФЗ⁵¹ в ст. 11, именуемой как «Недопустимость злоупотребления правом», установлен запрет на злоупотребление для лиц, осуществляющих контрольно-надзорные мероприятия; для лиц, в отношении которых осуществляется контроль, а также для третьих лиц. Для первых установлен запрет на использование полномочий в целях воспрепятствования законной деятельности контролируемых лиц, необоснованного увеличения сроков осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, для вторых — запрет на использование прав и гарантий, установленных соответствующим федеральным законом, в целях воспрепятствования осуществлению государственного контроля (надзора), муниципального контроля, а для третьих — запрет на злоупотребление путем направления обращений в контрольные (надзорные) органы, содержащих заведомо недостоверную информацию о соблюдении контролируемыми лицами обязательных требований.

Анализ положений указанной статьи подтверждает тезис, изложенный в начале статьи, об ориентирующем характере цели права. Как следует из указанной нормы, реализация полномочий и прав в целях, отличающихся от целей, закрепленных в Федеральном законе № 248-ФЗ, признается злоупотреблением.

В 2022 г. Постановлением Правительства РФ от 10.03.2022 № 336⁵² был объявлен мораторий на проведение плановых и внеплановых проверок при осуществлении видов государственного контроля (надзора), муниципального контроля, за исключением отдельных. Этот мораторий неоднократно продлевался и частично сохранил свое действие до 2030 г. В связи с изложенным возможность исследования практики применения ст. 11 Федерального закона № 248-ФЗ практически исключена. Однако сам факт включения соответствующей нормы в Федеральный закон № 248-ФЗ свидетельствует о значимости правового явления в практической плоскости.

Заключение

Правовая категория «злоупотребление правом» не имеет однозначного подхода к определению ее сущности и основных характеристик. Она трактуется посредством использования различных понятий: интереса, назначения и цели права, добросовестности. Отсутствие общего подхода влечет отсутствие единых критериев для отнесения того или иного действия к числу злоупотреблений. Исследование судебной практики также подтверждает обозначенную неопределенность, но уже на уровне правоприменения.

Все доктринальные исследования злоупотребления правом строятся исключительно в рамках частного права, что вызывает закономерный вопрос о возможности их применения при исследовании правового явления в конституционном праве.

Важным фактором существования злоупотребления правом в частноправовой отрасли является действие диспозитивного метода правового регулирования, обуславливающего формирование «серой зоны» для злоупотребления правом. В рамках конституционного права злоупотребление правом тоже во многом связано с использованием метода диспозитивности, а также наличием законодательных пробелов в регулировании общественных отношений. Указанные факторы создают возможность существования злоупотребления правом и полномочиями в конституционном праве.

В этой связи требуется более определенное закрепление пределов осуществления права (полномочия) в конституционном праве. Указанное позволит определить «серую зону» и предоставит возможность противодействия недобросовестному поведению субъектов.

Литература

1. Бондарь Н. С. Решения Конституционного Суда как мера свободы и ответственности // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 10. С. 2–5. EDN: KXZHOZ

⁵¹ О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации: Федер. закон от 31.07.2020 № 248-ФЗ. Собрание законодательства РФ, 2020. № 31. Ст. 5007.

⁵² Постановление Правительства РФ от 10.03.2022 № 336 «Об особенностях организации и осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля». Собрание законодательства РФ, 2022. № 11. Ст. 1715.

2. Бурмистрова С. А. О применении категории добросовестности при разрешении коллизий интересов // Российский юридический журнал. 2019. № 2. С. 135–143. EDN: ЕТОАРТ
3. Валиев Р. Г. О статусе диспозитивного начала в механизме публично-правового регулирования // Ученые записки Казанского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2011. Т. 153, № 4. С. 22–29. EDN: OJYPGL
4. Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Волков Александр Викторович. Москва, 2010. 53 с. EDN: ZOCHNN
5. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. 2002. № 7. С. 54–62.
6. Гордеев П. А. Диспозитивность в регулировании гражданских правоотношений: теоретико-методологический анализ // Российское право: образование, практика, наука. 2018. № 4 (106). С. 79–86. EDN: VMWCXO
7. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. 410 с.
8. Зайков Д. Е. Недопустимые обращения граждан: проблемы квалификации и правоприменительной практики // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 8 (105). С. 68–74. EDN: JHZNGS
9. Иоффе О. С. Пределы осуществления субъективных гражданских прав / О. С. Иоффе, В. П. Грибанов // Советское государство и право. 1964. № 7. С. 76–85.
10. Малеин Н. С. Юридическая ответственность и справедливость. М.: Манускрипт, 1992. 204 с.
11. Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом: (теоретико-правовое исследование). М.: Юрлитинформ, 2007. 350 с. EDN: QXJRGN
12. Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект / 3-е издание, перераб. и доп. Sarbruken: LAP LAMBERT, 2012. 363 с. EDN: QZEKEZ
13. Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве. М.: Статут, 2002. 205 с.
14. Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1. Т. 6. С. 124–181.
15. Панченко В. Ю. К вопросу о соотношении интересов и целей в правовом взаимодействии // Актуальные теоретические и практические вопросы развития юридической науки: общегосударственный и региональный аспекты. 2014. № 1. С. 89–99. EDN: TFKRAD
16. Пашин В. М. Институт злоупотребления субъективными правами de lege ferenda // Актуальные проблемы гражданского права. М.: Норма, 2003. С. 28–62.
17. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. 349 с.
18. Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России: дисс. ... канд. юрид. наук / Радченко Сергей Дмитриевич. Москва, 2007. 202 с. EDN: QDYNZD
19. Сасов К. А. Какой должна быть общая норма о налоговых злоупотреблениях // Закон. 2021. № 8. С. 102–106. EDN: MPWECX
20. Советников И. В. Злоупотребления правом в избирательном процессе: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Советников Иван Васильевич. Москва, 2006. 26 с. EDN: NKGLMR
21. Турищева Н. Ю. Публично-правовое и частноправовое начала регулирования предвыборной агитации // Журнал российского права. 2020. № 1. С. 89–100. DOI: 10.12737/jrl.2020.006. EDN: QESJZG
22. Тюрин С. Е. Понятие публично-правового злоупотребления (злоупотребления властью) / С. Е. Тюрин // Конституционное и муниципальное право. 2021. № 9. С. 8–11. DOI: 10.18572/1812-3767-2021-9-8-11. EDN: KNXZYR
23. Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права / С. Ю. Филиппова. М.: Статут, 2013. 347 с.
24. Шайо А. Злоупотребление основными правами, или Парадоксы преднамеренности // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2(63). С. 162–182. EDN: NTOYQN
25. Экимов А. И. Интересы и право в социалистическом обществе / А. И. Экимов. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1984. 134 с.

Об авторе:

Евстафьев Андрей Игоревич, стажер-исследователь Центра фундаментальных исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация); аспирант департамента публичного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация);
e-mail: aievstafev@hse.ru

References

1. Bondar', N. S. (2006) Decisions of the Constitutional Court as a measure of freedom and responsibility. *Constitutional and municipal law*. No. 10. Pp. 2–5 (In Russ.)
2. Burmistrova, S. A. (2019) On the application of good faith in the resolution of conflicts of interest. *Russian juridical journal*. No. 2 (125). Pp. 135–143. (In Russ.)
3. Valiev, R. G. (2011) On the status of the dispositive principle in the mechanism of public legal regulation. *Scientific notes of Kazan University. Series: Humanities*. No. 4. Pp. 22–29. (In Russ.)
4. Volkov, A. V. (2010) Abuse of civil rights: problems of theory and practice. Dis. abstract ... Doctor of Law. 53 p. (In Russ.)
5. Gadzhiev, G. A. (2002) Constitutional principles of good faith and inadmissibility of abuse of subjective rights. *State and law*. No. 7. Pp. 54–62. (In Russ.)
6. Gordeev, P. A. (2018) Dispositivity in the regulation of civil legal relations. A theoretical and methodological analysis. *Russian law: education, practice, research*. No. 4 (106). Pp. 79–86. (In Russ.)
7. Gribanov, V. P. (2001) Implementation and protection of civil rights. *Statute*. 410 p. (In Russ.)
8. Zaykov, D. E. (2019) Inadmissible appeals of citizens: problems of qualification and law enforcement practice. *Actual problems of Russian law*. No. 8 (105). Pp. 68–74. (In Russ.)
9. Ioffe, O. S., Gribanov, V. P. (1964) Limits of the exercise of subjective civil right. *Soviet state and law*. No. 7. Pp. 76–85. (In Russ.)
10. Malein, N. S. (1992) Legal responsibility and justice. *Manuskript*. 204 p. (In Russ.)
11. Malinovskii, A. A. (2007) Abuse of subjective rights: (theoretical and legal research). *Yurlitinform*. 350 p. (In Russ.)
12. Mal'ko, A. V. (2012) Incentives and restrictions in law: information-theoretic aspect. *Sarbrücken: LAP LAMBERT*. 363 p. (In Russ.)
13. Mikhailov, S. V. (2002) Category of interest in Russian civil law. *Statute*. 205 p.
14. Novitskii, I. B. (2006) The principle of good conscience in the draft law of obligations. *Bulletin of civil law*. No. 1, T. 6. Pp. 124–181. (In Russ.)
15. Panchenko, V. Yu. (2014) On the issue of the relationship between interests and goals in legal interaction. *Current theoretical and practical issues of development of legal science: national and regional aspects*. No. 1. Pp. 89–99 (In Russ.)
16. Pashin, V. M. (2003) Institute of abuse of subjective rights de lege ferenda. *Current problems of civil law. Norma*. No. 7. Pp. 28–62. (In Russ.)
17. Pokrovskii, I. A. (2001) Main problems of civil law. *Statute*. 349 p. (In Russ.)
18. Radchenko, S. D. (2007) Abuse of law in civil law of Russia: Dis. ... Ph.D. of Juridical Sciences. 202 p. (In Russ.)
19. Sasov, K. A. (2021) What should be a general rule on tax abuse. *Statute*. No. 8. Pp. 102–106. (In Russ.)
20. Sovetnikov, I. V. (2006) Abuse of rights in the electoral process: Dis. abstract ... Ph.D. of Juridical Sciences. Moscow. 26 p. (In Russ.)
21. Tourishcheva, N. Yu. (2020) Public-legal and private legal principles of election campaigning regulation. No. 1. Pp. 89–100. (In Russ.)
22. Tyurin, S. E. (2021) The concept of public law abuse (abuse of power). *Constitutional and municipal law*. No. 9. Pp. 8–11. (In Russ.). DOI: 10.18572/1812-3767-2021-9-8-11

23. Filippova, S. Yu. (2013) Instrumental approach to the science of private law. *Statute*. 347 p. (In Russ.)
24. Sajo, A. (2008) Abuse of fundamental rights or the difficulties of purposiveness. *Comparative constitutional review*. No. 2 (63), pp. 162-182 (in Russ.)
25. Ekhimov, A. I. (1984) Interests and law in socialist society. *Leningrad University Publishing House*. 134 p. (In Russ.)

About the author:

Andrej I. Evstafyev, intern researcher at the Centre for Basic Research, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation);
postgraduate student of the Department of Public Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation);
e-mail: aievstafev@hse.ru

Дата поступления статьи: 25.09.2024

Дата поступления рецензии: 07.11.2024

Дата принятия статьи к публикации: 18.11.2024

Целеполагание в обзорах бюджетных расходов: сравнительный анализ российской и зарубежной практик¹

Киреева А. В.^{1, 2, 3, *}

¹ Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Москва, Российская Федерация)

* e-mail: kireeva@ranepa.ru

Аннотация

Целью исследования стал сравнительный анализ российской и зарубежной практик целеполагания при выборе видов расходов и проблем, которые впоследствии будут рассматриваться в рамках обзоров бюджетных расходов. При проведении исследования были преимущественно использованы методы сравнительно-правового, логического и системного анализа. Проведенное исследование показало, что целеполагание оказывает определяющее влияние на процесс отбора проблем при подготовке обзоров бюджетных расходов, их структуру и последующее использование: в том числе наблюдается тенденция конкуренции целей экономии и повышения эффективности бюджетных расходов. Цель экономии бюджетных средств становится приоритетной либо в ситуации нарастающего бюджетного дефицита, либо же — под давлением международных структур, таких как Еврокомиссия. При этом задача преодоления бюджетного инкрементализма, то есть ежегодного «наследования» структуры и объема текущих расходов, как правило, не решается, даже если она находит свое отражение в обзорах. Таким образом, основной задачей при подготовке обзоров становится повышение эффективности бюджетных расходов, под которым понимается весьма неопределенный круг управленческих решений. К тому же повышение эффективности бюджетных расходов, как правило, не достигается на практике. Также проведенное исследование показало, что большинство стран при постановке целей обзоров бюджетных расходов и отборе видов расходов для их последующего проведения какой-либо формализованной методикой в большинстве случаев не пользуются.

Ключевые слова: обзоры бюджетных расходов; эффективность бюджетных расходов; аудит эффективности; стратегический аудит; бюджетирование, ориентированное на результат; программно-целевое управление.

Для цитирования: Киреева А. В. Целеполагание в обзорах бюджетных расходов: сравнительный анализ российской и зарубежной практик // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 102–112. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-102-112. EDN: YSBRTS

¹ Работа выполнена в соответствии с государственным заданием РАНХиГС на 2024 г. по научному направлению «Экономические науки» НИР «Обзоры бюджетных расходов как инструмент бюджетной политики».

Goal-Setting in Budget Expenditure Reviews: A Comparative Analysis of Russian and Foreign Practice²

Kireeva A. V.^{1, 2, 3, *}

¹ Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Moscow, Russian Federation)

* e-mail: kireeva@ranepa.ru

Abstract

The purpose of the study is to analyze Russian and foreign goal-setting practices when choosing types of expenses and problems that will later be considered in the framework of budget expenditure reviews. The author used methods of comparative legal, logical and systemic analysis. The study showed that goal setting has a major impact on the process of selecting issues when budget expenditure reviews are preparing, on their structure and subsequent use: at the same time, there is a competition between the goals of saving and increasing the efficiency of budget expenditure. The goals of saving budget become a priority in a situation of increasing budget deficit, or under pressure from international structures such as the European Commission. At the same time, the task of overcoming budgetary incrementalism, that is, the annual “inheritance” of the structure and volume of current expenditures, is usually not solved, even if it is reflected in the reviews. Thus, the main task in preparing reviews is to increase the efficiency of budget expenditures, which, as a rule, means a very vague range of management decisions. In addition, increasing the efficiency of budget expenditures, as a rule, is not achieved in practice. The study also showed that most countries, as a rule, do not use any formalized methodology when setting goals and selecting types of expenditures for subsequent reviews of budget expenditures.

Keywords: budget expenditure, budget expenditure efficiency, efficiency audit, strategic audit, result-oriented budgeting, program-targeted management.

For citation: Kireeva, A. V. (2024) Goal-setting in budget expenditure reviews: A comparative analysis of Russian and foreign practice. *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 102–112. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-102-112

Введение. Обзоры бюджетных расходов представляют собой относительно новый элемент бюджетного контроля, направленный на «...детальный анализ объекта обзора, включая соответствующую первичную документацию (конкретные соглашения, контракты, обоснования бюджетных ассигнований и иные документы), а также выработку по результатам обзора предложений по направлениям оптимизации бюджетных ассигнований, в том числе обусловленных необходимостью внесения изменений в нормативные правовые акты Российской Федерации»³. Необходимость внедрения в бюджетный процесс такого широко применяемого в международной практике инструмента, как обзоры бюджетных расходов, изначально предусматривалась Концепцией повышения эффективности бюджетных расходов в 2019–2024 гг., а позднее, в 2024 г., их актуальность была подтверждена Основными направлениями бюджетной, налоговой и таможенно-тарифной политики на 2024 г. и на плановый период 2025 и 2026 гг. В настоящее время Российской Федерацией накоплен пятилетний опыт подготовки обзоров, однако необходимая правовая база для их интеграции в бюджетный процесс так и не сформирована, а общее число обзоров, официально утвержденных Министерством финансов России

² The work was carried out in accordance with the state task of the RANEPa for 2024 in the scientific direction “Economic Sciences” of the Research Institute “Reviews of Budget Expenditures as a Tool of Budgetary Policy”.

³ Регламент проведения обзоров бюджетных расходов: утв. председателем Правительственной комиссии по вопросам оптимизации и повышения эффективности бюджетных расходов 12 октября 2023 г. (приказ 11803-П13-ДГ).

(далее — Минфин), не превысило пяти единиц; хотя Минфин готовил в течение пяти лет и иные обзоры, они не были официально утверждены и опубликованы.

С учетом ограниченных кадровых и административных возможностей Минфина по подготовке обзоров особую значимость приобретает вопрос о целях проведения и порядке отбора тематики для их проведения. Регламент проведения обзоров бюджетных расходов, утвержденный в 2023 г., выделяет стратегические и быстрые обзоры, не устанавливая четкого различия в целях использования этих двух инструментов бюджетного анализа, что позволяет смешивать предмет и направления их подготовки.

Обзор литературы. В российской правовой базе обзорам бюджетных расходов уделяется недостаточно внимания. В 2020–2024 гг. были опубликованы работы Н. А. Бегчина, О. В. Богачевой, О. В. Смородинова⁴, С. П. Соляниковой, Н. О. Бондаренко⁵, П. А. Михалкина⁶, И. Н. Рыковой, М. О. Ивановой, В. А. Мориной⁷ и некоторых других авторов, однако большинство из них носили описательный характер и актуальные проблемы внедрения обзоров в российской и зарубежной практике не рассматривали. Наиболее интересные и значимые исследования по теме обзоров публиковались в последние несколько лет за рубежом, в частности, наибольший интерес представляют комплексные исследования, проводившиеся в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР) и Евросоюза, включая Cahier de L'IBSA⁸; L. N. Doherty, A. Sayegh⁹; C. Vandierendonck¹⁰; J. A. Fallov, E. Georgieva-Andonovska¹¹; E. Bova, R. Ercoli¹², а также критические статьи ведущего эксперта в области обзоров М. Робинсона^{13, 14, 15} и др.

Целью исследования стал анализ целеполагания при подготовке обзоров бюджетных расходов за рубежом и в России, в том числе на предмет их соответствия международной практике.

Методология исследования. Для достижения поставленной цели были использованы общенаучные методы познания, сравнительно-правовой метод, логический и системный анализ. Была исследована практика подготовки обзоров в странах Евросоюза, США, Канады, а также иных государств, входящих в Организацию экономического сотрудничества и развития.

Результаты исследования. Проведенное исследование показало, что институт обзоров бюджетных расходов недостаточно разработан как в научной литературе, так и с позиции их правового регулирования. Их нормативная и методическая база остается недостаточно открытой и преимущественно представляет собой совокупность нескольких официально неопубликованных актов. В частности, за пять лет, прошедших с начала внедрения обзоров бюджетных расходов в России, было принято два регламента их проведения, хотя ни один из этих документов не был официально опубликован.

⁴ Бегчин Н. А., Богачева О. В., Смородинов О. В. Обзоры расходов как инструмент управления общественными финансами в странах ОЭСР: теоретический аспект // Научно-исследовательский фин. институт. Финансовый журнал. 2018. № 3. С. 49–63. DOI: 10.31107/2075-1990-2018-3-49-63

⁵ Соляникова С. П. Зарубежный опыт проведения обзоров бюджетных расходов и возможности его использования в российской практике // С. П. Соляникова, Н. О. Бондаренко // Финансовая жизнь. 2020. № 3. С. 86–90. EDN: EYMNYQ

⁶ Михалин П. А. Новые инструменты управления бюджетными расходами в Российской Федерации // Научный вектор: сборник научных трудов / Под науч. ред. Е. Н. Макаренко. Вып. 8. Ростов-на-Дону: Ростовский государственный экономический университет РИНХ, 2022. С. 184–187. EDN: TWXGOR

⁷ Рыкова И. Н. Методологические подходы к проведению обзоров бюджетных расходов в сфере сельского хозяйства / И. Н. Рыкова, М. О. Иванов, В. А. Морина // Вестник Северо-Осетинского государственного университета имени К. Л. Хетагурова. 2020. № 4. С. 200–214. DOI: 10.29025/1994-7720-2020-4-200-214. EDN: VYPFVH

⁸ Cahier de L'IBSA No. 10. Comment mener avec succès une spending review? Expériences étrangères et recommandations pour la Région de Bruxelles-Capitale. Février 2023. URL: https://ibsa.brussels/sites/default/files/publication/documents/Cahier_spending_FR_Final.pdf (дата обращения: 20.05.2024).

⁹ Doherty L. N., Sayegh A. (2022). How to Design and Institutionalize Spending Reviews. IMF Fiscal Affairs Department, Note 22/04. <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2022/09/20/How-to-Design-and-Institutionalize-Spending-Reviews-523364> (дата обращения: 20.05.2024).

¹⁰ Vandierendonck C. (2014) Public Spending Reviews: Design, Conduct, Implementation. Economic Papers 525, European Commission, Brussels. URL: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2014/pdf/ecp525_en.pdf (дата обращения: 20.05.2024).

¹¹ Fallov J. A., Georgieva-Andonovska E. (2018) Bulgaria Spending Review Manual, World Bank Group. URL: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/94092153236622268/bulgaria-spending-review-manual> (дата обращения: 20.05.2024).

¹² Bova E., Ercoli R., Vanden Bosch X. (2020) Spending Reviews: Some Insights from Practitioners.

¹³ Robinson M. (2018) The Role of Evaluation in Spending Review. *Canadian Journal of Program Evaluation*. No. 32 (3). DOI: 10.3138/cjpe.43177. URL: <https://www.utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/cjpe.43177> (дата обращения: 20.05.2024).

¹⁴ Robinson M. (2021) Making Spending Review Fit for Purpose. URL: <https://blog.pfmresults.com/making-spending-review-fit-for-purpose/> (дата обращения: 20.05.2024).

¹⁵ Robinson M. (2022) Attacking Budgetary Incrementalism. URL: <https://blog.pfmresults.com/attacking-budgetary-incrementalism/> (дата обращения: 20.05.2024).

Первая версия регламента была утверждена министром финансов Российской Федерации 5 февраля 2019 г. (приказ 1025-п-П13), вторая — председателем Правительственной комиссии по вопросам оптимизации и повышения эффективности бюджетных расходов 12 октября 2023 г. (приказ 11803-П13-ДГ).

Второй версией регламента была предпринята попытка разделить обзоры на стратегические и быстрые. Стратегический обзор предполагает «детальный анализ объекта обзора, включая соответствующую первичную документацию (конкретные соглашения, контракты, обоснования бюджетных ассигнований и иные документы), а также выработку по результатам обзора предложений по направлениям оптимизации бюджетных ассигнований, в том числе обусловленные необходимостью внесения изменений в нормативные правовые акты»¹⁶.

Быстрый обзор предполагает «анализ объекта обзора с выявлением основных проблем и недостатков в рамках соответствующей сферы (направления), а также выработку по результатам обзора предложений преимущественно концептуального характера»¹⁷. Тематика первых определяется Министерством финансов «с учетом поручений» Правительственной комиссии или ее рабочей группы, а быстрых — может определяться непосредственно самим Минфином. Однако в обоих случаях Регламент не предлагал каких-либо критериев для определения целей проведения обзора, а также отбора тематики обзоров и видов анализируемых расходов, что, с учетом низкой «пропускной способности» структур, координирующих и готовящих обзоры, может снижать эффективность использования данного инструмента. В связи с этим интерес представляет зарубежная практика определения целей обзоров и методики отбора тематики для их проведения.

Сами обзоры как инструмент финансового контроля получили в практике стран с развитыми системами бюджетного управления широкое распространение. Так, если в 2011 г. обзоры внедрило 11 стран ОЭСР, то по состоянию на 2020 г. данная практика была внедрена уже в 31 стране и еще 4 страны находились в процессе принятия решения о применении обзоров бюджетных расходов (далее — ОБР). При этом странами ОЭСР, как правило, устанавливалась одна или несколько следующих целей (на это обращают внимание авторы ряда комплексных исследований практики стран ОЭСР^{18, 19} и др.).

1. Фискальная (налоговая) оптимизация^{20, 21}, предполагающая анализ данных о налоговых льготах, способах уклонения от уплаты налогов, а также о направлениях перераспределения налогового бремени внутри экономики и уточнения условий использования налоговых льгот, характерна, в первую очередь, для стран, столкнувшихся с проблемой чрезмерного государственного долга; в частности, практика внедрения обзоров бюджетных расходов началась с решения этой проблемы в Канаде, Нидерландах и некоторых других странах. Так, в 2021–2022 гг. обзоры проводились на региональном уровне в Бельгии с целью решения следующей проблемы: бюджетный дефицит Бельгийского региона вырос стремительнее, чем в целом на уровне государства и в других регионах. Как следствие, потребовалась оптимизация и налогов, и бюджетных расходов²².

2. Бюджетная консолидация, направленная на высвобождение финансовых ресурсов (fiscal space) за счет текущих расходов в пользу новых проектных и программных мероприятий²³. При этом

¹⁶ Регламент проведения обзоров бюджетных расходов, утв. Приказом председателя Правительственной комиссии по вопросам оптимизации и повышения эффективности бюджетных расходов 12 октября 2023 г. (приказ 11803-П13-ДГ).

¹⁷ См. там же.

¹⁸ Cahier de L'IBSA No. 10. Comment mener avec succès une spending review? Expériences étrangères et recommandations pour la Région de Bruxelles-Capitale. Février 2023. URL: https://ibsa.brussels/sites/default/files/publication/documents/Cahier_spending_FR_Final.pdf (дата обращения: 20.05.2024). Pp. 9–10.

¹⁹ Doherty L. N., Sayegh A. (2022). How to Design and Institutionalize Spending Reviews. IMF Fiscal Affairs Department, Note 22/04. <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2022/09/20/How-to-Design-and-Institutionalize-Spending-Reviews-523364> (дата обращения: 20.05.2024).

²⁰ Vandierendonck C. (2014) Public Spending Reviews: Design, Conduct, Implementation. Economic Papers 525, European Commission, Brussels. URL: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2014/pdf/ecp525_en.pdf (дата обращения: 20.05.2024).

²¹ Fallov J. A., Georgieva-Andonovska E. (2018) Bulgaria Spending Review Manual, World Bank Group. URL: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/94092153236622268/bulgaria-spending-review-manual> (дата обращения: 20.05.2024).

²² Cahier de L'IBSA No. 10. Comment mener avec succès une spending review? Expériences étrangères et recommandations pour la Région de Bruxelles-Capitale. Février 2023. URL: https://ibsa.brussels/sites/default/files/publication/documents/Cahier_spending_FR_Final.pdf (дата обращения: 20.05.2024). P. 11.

²³ OECD, Best Practices for Performance Budgeting – 2018 [Электронный ресурс]. URL: [https://one.oecd.org/document/GOV/PGC/SBO\(2018\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/GOV/PGC/SBO(2018)7/en/pdf) (дата обращения: 20.05.2024).

цель бюджетной экономии может ставиться как гибко — без указания сколько-нибудь четких параметров планируемого сокращения отраслевых расходов, так и достаточно жестко. Так, в Канаде при составлении обзоров бюджетных расходов в антикризисных целях 2007 и 2010 гг. финансовое ведомство поставило перед отраслевыми министерствами задачу разработки вариантов экономии в размере не менее 5 % от общего объема выделяемых им бюджетных средств. Сделать это предлагалось посредством приоритизации расходов, а также выявления программ и проектов, имеющих низкую эффективность²⁴. В Нидерландах применяется несколько иная практика поиска ресурсов для обеспечения «финансового пространства»: предложения по экономии бюджетных ресурсов носят сценарный характер, при этом разработка вариантов экономии бюджетных средств осуществляется независимой рабочей группой, включающей представителей министерства финансов, отраслевых ведомств и независимых аналитических центров, сотрудничающих с отраслевыми ведомствами. При этом окончательные политические решения в части варианта экономии принимаются непосредственно кабинетом министров — у Минфина, организующего работу по подготовке обзоров, соответствующих полномочий нет²⁵.

М. Робинсон²⁶ именует цель экономии за счет сокращения бюджетных расходов целью обеспечения стратегической экономии, тогда как цель экономии за счет повышения эффективности существующих бюджетных расходов — целью тактической экономии, что представляется отчасти спорным, поскольку при подобном подходе экономия рассматривается как самостоятельное благо и наиболее приоритетный показатель, тогда как сама по себе она может не обеспечивать достижения стратегических целей и задач и даже, напротив, может ему препятствовать. М. Робинсон исходит из того, что расходы можно приоритизировать и выявить неэффективные расходы в целях их последующего сокращения, однако это, по нашему мнению, на практике затруднительно, поскольку неэффективность расходов может иметь различные причины; при этом даже неэффективные на первый взгляд расходы могут иметь высокую социальную и политическую значимость.

3. Перераспределение бюджетных ассигнований между различными направлениями бюджетных расходов. При решении вопроса о направлениях возможной экономии учитываются не только такие параметры каждого из видов расходов, как их эффективность и соответствие целям и задачам расходования, но и «приоритетность» (в том случае, если имеет место ранжирование расходов по степени их приоритетности)²⁷.

4. Адаптация бюджетных расходов к новым политическим приоритетам и/или оптимизация бюджетных расходов в условиях постоянно увеличивающихся расходных обязательств (так называемая цель создания «фискального пространства» (fiscal space))²⁸.

5. Перераспределение бюджетных ассигнований от менее приоритетных и/или неэффективных вопросов к наиболее приоритетным.

6. Повышение эффективности бюджетных расходов, в том числе посредством проведения сопоставительного анализа и поиска способов получения аналогичных результатов с меньшими затратами и высвобождением ресурсов для достижения²⁹. Эффективность оценивается с двух позиций: являются ли расходы эффективными для достижения заявленных целей государственной политики, а также являются ли расходы экономически эффективными, а именно, насколько они способствуют достижению целей государственной политики с использованием минимального количества ресурсов³⁰.

²⁴ Bova E., Ercoli R., Vanden Bosch X. (2020) Spending Reviews: Some Insights from Practitioners. P. 43.

²⁵ Там же. P. 44.

²⁶ Robinson M. (2018) The Role of Evaluation in Spending Review. *Canadian Journal of Program Evaluation*. No. 2 (3). DOI: 10.3138/cjpe.43177. URL: <https://www.utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/cjpe.43177> (дата обращения: 20.05.2024).

²⁷ Doherty L. N., Sayegh A. (2022). How to Design and Institutionalize Spending Reviews. IMF Fiscal Affairs Department, Note 22/04. <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2022/09/20/How-to-Design-and-Institutionalize-Spending-Reviews-523364> (дата обращения: 20.05.2024).

²⁸ Robinson M. (2018) The Role of Evaluation in Spending Review. *Canadian Journal of Program Evaluation*. No. 32 (3). DOI: 10.3138/cjpe.43177. URL: <https://www.utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/cjpe.43177> (дата обращения: 20.05.2024).

²⁹ Doherty L. N., Sayegh A. (2022). How to Design and Institutionalize Spending Reviews. IMF Fiscal Affairs Department, Note 22/04. <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2022/09/20/How-to-Design-and-Institutionalize-Spending-Reviews-523364> (дата обращения: 20.05.2024). P. 7.

³⁰ Bova E., Ercoli R., Vanden Bosch X. (2020) Spending Reviews: Some Insights from Practitioners. P. 8.

Рассмотрим опыт Канады, в которой налоговая экономия была заявлена как основная цель ОБР, а экономия бюджетных расходов и повышение их эффективности — как вспомогательные. В Канаде ОБР первоначально были направлены, в первую очередь, именно на фискальную оптимизацию³¹, что обусловило особое внимание к анализу выпадающих доходов (налоговых расходов). По состоянию на середину 90-х гг. (1994–1996 гг.), когда в стране были сделаны первые обзоры, дефицит бюджета достигал 9 % ВВП, а государственный долг — 130 % ВВП. Внедрение практики ОБР позволило выявить ресурсы для сокращения налоговых расходов. Так, в 2015–2016 гг. обзоры налоговых расходов обеспечили 8,3 % от общего объема экономии бюджетных средств, а в 2020–2021 гг. это значение, в соответствии с планами правительства, составило 94,2 %. Таким образом, налоговые льготы были подвергнуты существенному сокращению. Кроме того, правительство проанализировало наиболее распространенные способы уклонения от уплаты налогов и провело работу по предотвращению таких ситуаций³². В этом плане канадские ОБР являются скорее аналогом российской практики составления информационных материалов о налоговых расходах на федеральном и региональном уровне (см., например, Постановление Правительства РФ «Об утверждении Методики оценки эффективности налоговых льгот (налоговых расходов) субъектов Российской Федерации и муниципальных образований»³³ и Рекомендации Минфина России по формированию информации о налоговых расходах субъектов Российской Федерации (доработанные)³⁴). Позднее функционал обзоров бюджетных расходов был расширен: в них были интегрированы задачи, направленные на поиск возможностей экономии и повышения эффективности расходов с позиции социально-экономического развития. При этом сами обзоры из инструмента выборочных проверок перешли в разряд постоянных элементов бюджетного процесса³⁵, включаемых в состав приложений к закону о бюджете («Государственные обзоры налоговых расходов и затрат»). Однако, несмотря на расширение функционала опросов, а также сферы их применения, в 2022–2023 гг. правительству Канады пришлось вернуться к первоочередной задаче экономии. Ее актуальность была обусловлена тем фактом, что вне постоянного контроля и мониторинга бюджетные расходы имеют тенденцию к постоянному росту, особенно в условиях чрезвычайных обстоятельств. Так, канадские расходы существенно выросли в 2019–2020 гг. в силу включения в бюджет «чрезвычайных расходов» на борьбу с эпидемией COVID-19, что потребовало проведения их обзора и формирования плана по их сокращению в 2022–2023 гг. на сумму порядка 3,8 млрд долл. в течение четырех лет³⁶. При этом интерес представляют направления, в отношении которых Канаде удалось достичь экономии. К их числу в большинстве случаев нельзя отнести принципиальные содержательные изменения, направленные на перераспределение бюджетных ассигнований между различными проектами, программами и государственными воздействиями в целях повышения эффективности их использования. По большей части речь идет о сокращении ассигнований, заведомо носивших временный чрезвычайный характер, а также об аудите и сокращении неиспользованных ассигнований, которые по различным причинам были не полностью израсходованы в течение года или осуществлялись с нарушениями (неэффективно).

При анализе постоянных, не являющихся проектными расходов бюджета эксперты в качестве самостоятельной цели также упоминают «преодоление бюджетного инкрементализма»³⁷.

³¹ Robinson M. (2018) The Role of Evaluation in Spending Review. *Canadian Journal of Program Evaluation*. No. 32 (3). DOI: 10.3138/cjpe.43177. URL: <https://www.utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/cjpe.43177> (дата обращения: 20.05.2024).

³² Соляникова С. П. Зарубежный опыт проведения обзоров бюджетных расходов и возможности его использования в российской практике // С. П. Соляникова, Н. О. Бондаренко // Финансовая жизнь. 2020. № 3. С. 86–90. EDN: EYMNQY

³³ Об утверждении Методики оценки эффективности налоговых льгот (налоговых расходов) субъектов Российской Федерации и муниципальных образований: проект Пост. Правительства РФ. СПС «КонсультантПлюс». URL: https://minfin.gov.ru/common/upload/library/2018/04/main/Pismo_ot_28.04.2018_23-05-07_29126_v_subekty_RF.pdf (дата обращения: 20.05.2024).

³⁴ Рекомендации по формированию информации о налоговых расходах субъектов Российской Федерации (доработанные). URL: https://minfin.gov.ru/ru/document?id_4=130047-rekomendatsii_po_formirovaniyu_informatsii_o_nalogovykh_raskhodakh_subektov_rossiiskoi_federatsii_dorabotannye (дата обращения: 20.05.2024).

³⁵ Budget Plan 2019. Department of Finance Canada – 2019 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.budget.gc.ca/2019/docs/plan/budget-2019-en.pdf>.

³⁶ Правительство Канады: Эффективное правительство и справедливая налоговая система. URL: <https://www.budget.canada.ca/2023/report-report/chap6-en.html> (дата обращения: 20.05.2024).

³⁷ Bova E., Ercoli R., Vanden Bosch X. (2020) Spending Reviews: Some Insights from Practitioners.

Обсуждение. Ряд экспертов, говоря о целях составления обзоров, рассматривают их с позиции тех задач, которые планировалось достичь посредством их внедрения, с позиции рынка и экономики³⁸. В частности, активизация практики использования обзоров в Евросоюзе была обусловлена стремлением преодолеть последствия экономического кризиса 2008 г., в том числе: восстановить доверие рынка; сформировать план мероприятий, направленных на снижение ущерба, причиненного государственным финансам экономическим и финансовым кризисом; обеспечить консолидацию государственных финансов, которые ранее уже, до кризиса, являлись структурно несбалансированными; в части такой цели, как поиск «фискального пространства», — обеспечить соответствие европейским налоговым стандартам.

Е. Bova и R. Ercol приводят в своем исследовании³⁹ описанные далее примеры формулировки целей обзоров за несколько предшествующих лет в странах Евросоюза.

Бельгия (2019): оптимизация состава и повышение эффективности государственных расходов, в частности, посредством обзоров расходов.

Испания (2017) — комплексное исследование в целях выявления возможных направлений повышения эффективности бюджетных расходов.

Франция (2019): 1) экономия бюджетных средств, 2) повышение эффективности бюджетных расходов по всем отраслям госуправления, 3) выявление и последующий мониторинг расходов, связанных с реализацией мер, необходимых в контексте Программы действий государства до 2022 г. (Public Action 2022).

Ирландия (2017): 1) уточнение (установление) связи бюджетных расходов с целями государственной политики, 2) анализ эффективности бюджетных инвестиций в приоритетных направлениях, таких как транспорт, водоснабжение, инновации, а также меры поддержки малого и среднего бизнеса.

Италия (2016): анализ результатов реформы бюджетного процесса и интеграция обзоров бюджетных расходов в бюджетный процесс.

Латвия (2017): выявление возможностей для повышения эффективности и доступности медицинского обслуживания, в том числе посредством сокращения очередей (времени ожидания) и количества платных для населения услуг.

Мальта (2017): внедрение бюджетирования по результатам и расширение сферы охвата обзоров бюджетных расходов на более широкий спектр государственных услуг.

Нидерланды (2016): повышение эффективности бюджетной поддержки инноваций и исследовательской деятельности.

Польша (2019): повышение эффективности бюджетных расходов посредством совершенствования системы управления бюджетом (администрирования).

Словацкая республика (2018): повышение экономической эффективности системы здравоохранения, включая задачу выработки новой, более эффективной кадровой стратегии в отрасли.

С учетом проведенного исследования зарубежного опыта в числе выводов, касающихся определения целей составления обзоров бюджетных расходов, можно отметить, в частности, следующие:

а) Обзоры представляют потенциальный интерес для всех видов расходов, включая как проектные и программные, так и текущие. В том числе они могут использоваться для уточнения и текущей корректировки целей и задач действующих проектов и программ с учетом меняющихся потребностей их стейкхолдеров, однако наиболее развитой в странах ОЭСР оказалась практика анализа «базовых показателей текущих расходов в рамках среднесрочного бюджета...»⁴⁰. Проще говоря, практику внедрения обзоров целесообразно начинать с текущих, а не проектных расходов бюджета.

³⁸ Cahier de L'IBSA № 10. Comment mener avec succès une spending review? Expériences étrangères et recommandations pour la Région de Bruxelles-Capitale. Février 2023. URL: https://ibsa.brussels/sites/default/files/publication/documents/Cahier_spending_FR_Final.pdf (дата обращения: 20.05.2024). P. 14.

³⁹ Bova E., Ercoli R., Vanden Bosch X. (2020) Spending Reviews: Some Insights from Practitioners. P. 14.

⁴⁰ Doherty L. N., Sayegh A. (2022). How to Design and Institutionalize Spending Reviews. IMF Fiscal Affairs Department, Note 22/04. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2022/09/20/How-to-Design-and-Institutionalize-Spending-Reviews-523364> (дата обращения: 20.05.2024). P. 6.

б) Результативность ОБР остается относительной. По данным авторов исследования, наибольшие результаты были достигнуты в вопросах бюджетной экономии: в случае когда оптимизация расходов являлась основной целью составления ОБР, ее в той или иной степени достигли 90 % государств, в случае если она не была заявлена в качестве основной, 80 % государств также сумели обеспечить определенную экономию⁴¹. При этом авторы обзоров не говорят о том, насколько значительной оказалась данная экономия, — возможно, она не обеспечила принципиальной оптимизации.

в) Такая цель составления обзоров, как повышение эффективности бюджетных расходов, была достигнута лишь тремя странами: одной — в форме перераспределения бюджетных расходов по результатам обзора и еще двумя — посредством сокращения бюджетных расходов, ведущего к быстрому повышению эффективности госуправления соответствующими публичными функциями. Еще 14 стран достигли указанной цели частично. (При этом авторы исследования не указывают, насколько именно успешными были меры по повышению эффективности бюджетных расходов.) Еще 12 опрошенных стран заявили о частичном повышении эффективности бюджетных расходов в средне- и долгосрочной перспективе⁴². В остальных случаях задача повышения эффективности бюджетных расходов достигнута не была.

г) В дополнение к выводам, которые можно сделать на основании представленных материалов⁴³, нужно обратить внимание на выводы, которые следуют из материалов исследования⁴⁴, включая следующее. Еврогруппа, осуществляющая мероприятия по внедрению практики использования обзоров бюджетных средств, провела в 2017–2019 гг. ряд опросов представителей государств — членов Евросоюза, показавших, что обзоры интегрированы в бюджетный процесс довольно слабо и в подавляющем большинстве стран Евросоюза их проведение не является обязательным; там же, где они проводятся на регулярной основе, правовое регулирование и методическое обеспечение охватывает не все аспекты обзоров. Так, процедуры планирования обзоров урегулированы более чем в 80 % государств, которые их проводят, порядок проведения обзоров подробно урегулирован более чем в 50 % стран Евросоюза (частично его регламентирует еще порядка 20 % государств — членов ЕС), однако при этом вопросы реализации обзоров подробно регулируются правом и методическими документами менее чем в 10 % стран (и частично — примерно еще в 20 % государств), а последующий анализ внедрения результатов обзоров был регламентирован еще примерно у 20 % респондентов. Таким образом, влияние обзоров на среднесрочный бюджет большинства государств, которые их используют, оставалось незначительным, даже в случае обязательного и регулярного их проведения. При этом респондентами отмечались следующие проблемы, характерные, по нашему мнению, и для российской практики: недостаток статистических и иных данных отметили более 60 % респондентов, чуть менее 60 % отметили также дефицит персонала для проведения обзоров, дефицит внимания высшего руководства (недостаточную вовлеченность уровня, принимающего решения), еще около 50 % респондентов отметили нехватку временных ресурсов, компетенций, необходимых для проведения обзоров, в том числе нехватку опыта в проектном управлении и аналитических возможностей. В совокупности эти недостатки говорят о неполной реализации принципов «устойчивой политической приверженности» политике внедрения обзоров.

д) М. Робинсон⁴⁵ отмечает, что цели бюджетной экономии и эффективности бюджетных расходов при проведении обзоров бюджетных расходов, как правило, конфликтуют; причем в странах Евросоюза имеет место постепенное вытеснение и подмена целей обеспечения экономии и поиска «финансового пространства» целями повышения эффективности бюджетных расходов. Данную практику Робинсон оценивает негативно, поскольку в европейской практике обзоры являются одним из немногих инструментов, направленных именно на поиск дополнительных резервов в бюджете.

⁴¹ Doherty L. N., Sayegh A. (2022). How to Design and Institutionalize Spending Reviews. IMF Fiscal Affairs Department, Note 22/04. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2022/09/20/How-to-Design-and-Institutionalize-Spending-Reviews-523364> (дата обращения: 20.05.2024). Р. 6.

⁴² Там же. Р. 7.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Bova E., Ercoli R., Vanden Bosch X. (2020) Spending Reviews: Some Insights from Practitioners. Pp. 16–17.

⁴⁵ Robinson M. (2021) Making Spending Review Fit for Purpose. URL: <https://blog.pfmresults.com/making-spending-review-fit-for-purpose/> (дата обращения: 20.05.2024).

е) При внедрении практики подготовки обзоров в странах Европейского союза ключевую роль играют перспективы получения субсидий со стороны фондов, управляемых Еврокомиссией, которая стимулирует страны, особенно в Центральной и Восточной Европе, к постановке целей бюджетной экономии⁴⁶ [13], однако последние стремятся подменить их более широкими целями «повышения эффективности» бюджетных расходов, позволяющими вместо реального сокращения бюджетных ассигнований отдельным ведомствам обойтись устранением «недостатков» в их работе.

Выводы

Вышеизложенное позволяет сделать следующие выводы:

– Целеполагание при подготовке обзоров бюджетных расходов принципиально влияет на отбор объектов для анализа, что при ограниченных возможностях организующего их ведомства оказывается значимым.

– Методологическая база отбора тематики для проведения обзоров бюджетных расходов в зарубежной практике до конца не сформирована, не развита она и в российском законодательстве.

– Анализ зарубежной практики показывает, что по причине недостаточной определенности целей проведения и порядка отбора объектов для подготовки обзоров бюджетных расходов эффективность данной практики управления расходами может снижаться.

– Цель экономии бюджетных ассигнований и преодоления бюджетного инкрементализма по мере снижения остроты кризиса, простимулировавшего внедрение и/или активизацию практики использования ОБР, как правило, уходит на второй план. Как следствие, обзоры бывают наиболее эффективны именно в кризисных условиях, предполагающих наличие политической мотивации к экономии и пересмотру постоянных расходов бюджета. Однако по мере превращения в обязательный элемент бюджетного процесса они могут страдать формализмом и частично дублировать иные формы контроля за исполнением бюджета, что снижает их практическую полезность.

– Для того чтобы усилить роль обзоров бюджетных расходов в российской практике управления бюджетным планированием, целесообразно детализировать вопросы, связанные с целеполаганием и отбором объектов для подготовки обзоров в регламентах, определяющих порядок их проведения, а также внести поправки в Бюджетный кодекс, определяющие понятие и место обзоров бюджетных расходов в системе управления бюджетными расходами.

Литература

1. Бегчин Н. А., Богачева О. В., Смородинов О. В. Обзоры расходов как инструмент управления общественными финансами в странах ОЭСР: теоретический аспект // Научно-исследовательский финансовый институт. Финансовый журнал. 2018. № 3. С. 49–63. DOI: 10.31107/2075-1990-2018-3-49-63
2. Михалин П. А. Новые инструменты управления бюджетными расходами в Российской Федерации // Научный вектор: сборник научных трудов / Под науч. ред. Е. Н. Макаренко. Вып. 8. Ростов-на-Дону: Ростовский государственный экономический университет РИНХ, 2022. С. 184–187. EDN: TWXGOR
3. Рыкова И. Н. Методологические подходы к проведению обзоров бюджетных расходов в сфере сельского хозяйства / И. Н. Рыкова, М. О. Иванов, В. А. Морина // Вестник Северо-Осетинского государственного университета имени К. Л. Хетагурова. 2020. № 4. С. 200–214. DOI: 10.29025/1994-7720-2020-4-200-214. EDN: VYPFVN
4. Соляникова С. П. Зарубежный опыт проведения обзоров бюджетных расходов и возможности его использования в российской практике / С. П. Соляникова, Н. О. Бондаренко // Финансовая жизнь. 2020. № 3. С. 86–90. EDN: EYMNYQ
5. Bova E., Ercoli R., Vanden Bosch X. (2020) Spending Reviews: Some Insights from Practitioners.

⁴⁶ Дрю Дж. Еврокомиссия. Вопросы и ответы: Фонд восстановления и устойчивости. URL: <https://ru.eureporter.co/politics/european-commission/2021/04/23/questions-and-answers-the-recovery-and-resilience-facility/> (дата обращения: 20.05.2024).

6. Doherty L. N., Sayegh A. (2022). How to Design and Institutionalize Spending Reviews. *IMF Fiscal Affairs Department*. Note 22/04. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2022/09/20/How-to-Design-and-Institutionalize-Spending-Reviews-523364> (дата обращения: 20.05.2024).
7. Fallov J. A., Georgieva-Andonovska E. (2018) Bulgaria Spending Review Manual. *World Bank Group*. URL: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/940921532366222268/bulgaria-spending-review-manual> (дата обращения: 20.05.2024).
8. Robinson M. (2021) Making Spending Review Fit for Purpose. URL: <https://blog.pfmresults.com/making-spending-review-fit-for-purpose/> (дата обращения: 20.05.2024).
9. Robinson M. (2022) Attacking Budgetary Incrementalism. URL: <https://blog.pfmresults.com/attacking-budgetary-incrementalism/> (дата обращения: 20.05.2024).
10. Robinson M. (2018) The Role of Evaluation in Spending Review. *Canadian Journal of Program Evaluation*. No. 32 (3). DOI: 10.3138/cjpe.43177. URL: <https://www.utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/cjpe.43177> (дата обращения: 20.05.2024).
11. Vandierendonck C. (2014) Public Spending Reviews: Design, Conduct, Implementation. *Economic Papers 525, European Commission*. URL: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2014/pdf/ecp525_en.pdf (дата обращения: 20.05.2024).

Об авторе:

Киреева Анастасия Викторовна, ведущий научный сотрудник лаборатории исследований бюджетной политики Института прикладных экономических исследований Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Москва, Российская Федерация), кандидат юридических наук, доцент

e-mail: kireeva@ranepa.ru

SPIN: 8230-1684

AuthorID: 342101

ORCID: 0000-0002-9361-2959

Статья подготовлена в соответствии с государственным заданием РАНХиГС на 2024 год по научному направлению «Экономические науки» (НИР «Обзоры бюджетных расходов как инструмент бюджетной политики»).

References

1. Begchin, N. A., Bogacheva, O. V., Smorodinov, O. V. (2018) Spending Reviews as an Instrument for Public Finance Management in OECD Countries: Theoretical Aspect. *Financial Journal*. No. 3. Pp. 49–63. DOI: 10.31107/2075-1990-2018-3-49-63 (In Russ.)
2. Mikhailin, P. A. (2022) New Tools for Managing Budget Expenditures in the Russian Federation. *Scientific Vector*. Pp. 184–187. (In Russ.)
3. Rykova, I. N., Ivanov, M. O., Morina, V. A. (2020) Methodological approaches to conducting reviews of budget expenditures in agriculture. *Bulletin of North Ossetian State University Named after K. L. Khetagurov*. Pp. 200–214. DOI: 10.29025/1994-7720-2020-4-200-214 (In Russ.)
4. Solyannikova, S. P., Bondarenko N. O. (2020) Foreign experience in conducting budget spending reviews and the possibility of its use in Russian practice. *Financial life*. No. 3. Pp. 86–90. (In Russ.)
5. Bova, E., Ercoli, R., Vanden Bosch, X. (2020) Spending Reviews: Some Insights from Practitioners.
6. Doherty, L. N., Sayegh, A. (2022) How to Design and Institutionalize Spending Reviews. *IMF Fiscal Affairs Department*. Note 22/04. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2022/09/20/How-to-Design-and-Institutionalize-Spending-Reviews-523364> (date of access: 20.05.2024).

7. Fallov, J. A., Georgieva-Andonovska, E. (2018) Bulgaria Spending Review Manual. *World Bank Group*. URL: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/940921532366222268/bulgaria-spending-review-manual> (date of access: 20.05.2024).
8. Robinson, M. (2021) Making Spending Review Fit for Purpose. URL: <https://blog.pfmresults.com/making-spending-review-fit-for-purpose/> (date of access: 20.05.2024).
9. Robinson, M. (2022). Attacking Budgetary Incrementalism. URL: <https://blog.pfmresults.com/attacking-budgetary-incrementalism/> (date of access: 20.05.2024).
10. Robinson, M. (2018) The Role of Evaluation in Spending Review. *Canadian Journal of Program Evaluation*. No. 32 (3). DOI: 10.3138/cjpe.43177. URL: <https://www.utpjournals.press/doi/pdf/10.3138/cjpe.43177> (date of access: 20.05.2024).
11. Vandierendonck, C. (2014) Public Spending Reviews: Design, Conduct, Implementation. *Economic Papers 525, European Commission*. URL: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2014/pdf/ecp525_en.pdf (date of access: 20.05.2024).

About the author:

Anastasia V. Kireeva, leading researcher of the Budget Policy Research Laboratory of the Institute of Applied Economic Research of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Moscow, Russian Federation). PhD in Jurisprudence, Associate Professor
e-mail: kireeva@ranepa.ru
SPIN: 8230-1684
AuthorID: 342101
ORCID: 0000-0002-9361-2959

The work was carried out in accordance with the state task of the RANEPa for 2024 in the scientific direction "Economic Sciences" of the Research Institute "Reviews of Budget Expenditures as a Tool of Budgetary Policy".

Правовая теория инвестиционных режимов

Лаптева А. М.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

e-mail: laptevaann@rambler.ru

Аннотация

В статье предпринята попытка выявить особенности правового регулирования инвестиционной деятельности под углом зрения концепции нормативно-правового режима. Исследование позволяет отобразить своеобразные черты регулирования данной области хозяйствования, выявить уровень активности субъектов инвестиционных отношений в зависимости от соотношения императивного и диспозитивного методов регулирования. В статье проанализированы и систематизированы доктринальные позиции ученых в отношении понятия «правовой режим», сформулировано авторское определение инвестиционного режима, под которым предлагается понимать порядок регулирования инвестиционной деятельности, выраженный в комплексе правовых средств, опосредующих сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний и создающих особую направленность регулирования инвестиционной активности. Инвестиционный режим, по мнению автора, представляет собой разновидность правового режима, специфика которого отражает своеобразие регулирования инвестиционной деятельности, особенности правовых средств и способов правового регулирования, степень императивности, формулируемой законодателем с целью влияния на поведение субъектов инвестиционных отношений.

Ключевые слова: правовой режим, инвестиционный режим, инвестиции, инвестиционная деятельность, правовое средство, инвестиционное законодательство.

Для цитирования: Лаптева А. М. Правовая теория инвестиционных режимов // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 113–127. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-113-127. EDN: XSHBFH

The Legal Theory of Investment Regimes

Lapteva A. M.

National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg, Russian Federation)

e-mail: laptevaann@rambler.ru

Abstract

This article is devoted to identify the features of the legal regulation of investment activity from the point of view of the concept legal regime. It should be stressed that such type the investment research is shown us the specific it's regulation, the ratio of imperativeness and dispositivity and also the subjects activity level of the investment.

The article analyzes and systematizes the doctrinal point of view on the concept of "legal regime", it's features and structure. The author's definition of the investment regime is formulated, by which it is proposed to understand the procedure for regulating investment activity, expressed in a set of legal

means characterizing a combination of interacting permits, prohibitions, as well as positive obligations and creating a special focus on regulating investment activity. The investment regime, according to the author, is a kind of legal regime.

Keywords: legal regime, investment regime, invest, investment, legal means, investment legislation.

For citation: Lapteva, A. M. (2024) The Legal Theory of Investment Regimes. *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 113–127. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-113-127

Анализ отечественного инвестиционного законодательства показывает, что оно представляет собой сложно структурированную систему различных по своей цели, содержанию и способам регулирования нормативных правовых актов. Эта система включает в себя как акты международно-правового характера, так и национальные, а также подзаконные нормативные акты, то есть нормативные правовые акты разного уровня и различной правовой природы. Такая ситуация обусловлена тем, что предметом регулирования выступает инвестиционная деятельность, которая весьма многообразна по своим целям, содержанию и характеру, а отношения, возникающие в процессе ее осуществления, складываются в самых разных сферах экономико-хозяйственной и социальной деятельности.

При этом в инвестиционном законодательстве отсутствует единый закон об инвестициях, формирующий единообразную систему понятий, охватывающих все сферы инвестиционной активности. В юридической доктрине высказывается мнение о необходимости систематизации инвестиционного законодательства в форме консолидации или даже кодификации¹. Указанная позиция представляется весьма дискуссионной, поскольку состав инвестиционного законодательства, как ранее отмечалось, достаточно многообразен и по юридической силе нормативных правовых актов, и по их правовой природе. Как следствие, довольно проблематично будет объединить разнородные правовые подходы в рамках единого кодифицированного акта. Проблема усугубляется и необходимостью согласования такого кодифицированного акта с существующими базовыми кодификациями, в которых имеют место «вкрапления», регулирующие отдельные вопросы инвестиционной деятельности (например, ГК РФ, НК РФ, ГрК РФ и прочие).

Существующая система нормативных правовых актов построена по принципу регулирования инвестиционной деятельности в отдельных сферах экономической и социальной жизни. Такое положение в законодательстве некоторые авторы связывают с тем, что правовые конструкции, закрепляющие инвестиционные отношения, изначально формировались стихийно, без разработки концептуальной базы формализации государственной инвестиционной политики, как результат лоббирования интересов крупных компаний или реализации антикризисного управления государством. Поэтому действующее инвестиционное законодательство характеризуется раздельным регулированием реальных и финансовых, долговых и долевого, отечественных и иностранных, публичных и частных инвестиций, которые не воспринимаются законодателем во взаимосвязи, что не отвечает потребностям рынка².

Таким образом, в российском праве не сложилось единой концепции инвестиционного законодательства, что, в свою очередь, зачастую приводит к декларативным положениям, порой противоречащим

¹ См., напр., Вдовин И. А. Механизм правового регулирования инвестиционной деятельности (исторический и теоретико-правовой анализ): дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. 388 с.; Лисица В. Н. Инвестиционное право. Минобрнауки России; Новосибирский нац. исслед. гос. ун-т. Новосибирск, 2015. С. 467. Отметим, что в отечественном правовом порядке 2019 г. была предпринята попытка систематизации национального инвестиционного законодательства. В частности, первоначальная редакция проекта Федерального закона № 828237-7 «О защите и поощрении капиталовложений и развитии инвестиционной деятельности в Российской Федерации» (далее — Проект) предполагала ввести в систему инвестиционного права понятие «инвестиционный режим» (ст. 1 Проекта), который подразделялся на виды (общий и проектный). Указанный Проект не нашел поддержки ни в юридической доктрине, ни у законодателя. В дальнейшем был принят закон со схожим наименованием, но с совершенно иной идеей и другим содержанием, что свидетельствовало об отказе от систематизации инвестиционного права на основе единого закона. См.: <https://sozd.duma.gov.ru/> (дата обращения: 18.04.2023).

² Подробнее см.: Предпринимательское право России: итоги, тенденции и пути развития: монография / Е. Г. Афанасьева, А. В. Белицкая, В. А. Вайпан и др.; отв. ред. Е. П. Губин. М.: Юстицинформ, 2019. С. 536–538 (автор главы — А. В. Белицкая). С такой позицией можно согласиться отчасти, поскольку, с одной стороны, действительно, законодатель принимает нормативный акт в практических нуждах, с другой — подобный подход предопределяется самим характером инвестиционной деятельности, в рамках которой могут быть опосредованы отношения различной природы. Подобный подход можно наблюдать и в нормотворческой практике международного инвестиционного права. См.: Коммерческое (предпринимательское право) право / под ред. В. Ф. Попондопуло. М.: Проспект, 2009. Т. 2. С. 108 (автор главы — О. Ю. Скворцов).

друг другу и не всегда согласующимся с нормами гражданского и финансового законодательства. Особой проблемой инвестиционной сферы является наличие различных моделей взаимоотношений частного сектора и государства. Примером тому могут быть договорные формы, опосредующие отношения государства и коммерческих организаций (соглашение о разделе продукции, соглашение о ГЧП, специальный инвестиционный контракт, концессионное соглашение, соглашения о защите и поощрении капиталовложений), формы коллективного инвестирования (инвестиционные фонды, инвестиционная деятельность с использованием инвестиционных платформ), зоны с особым правовым режимом.

В связи с изложенным возникает вопрос о выявлении особенностей правового регулирования инвестиционной деятельности под углом зрения концепции правового режима. Эта категория, как отмечается в юридической литературе, позволяет рассматривать специфику юридического регулирования определенного сектора деятельности в динамике, в функционировании³, в процессе упорядочивания определенных отношений.

Другими словами, исследование инвестиционной деятельности с точки зрения правового режима⁴ позволяет увидеть своеобразие ее регулирования, степень императивности, а также уровень активности субъектов инвестиционной деятельности.

Следует отметить, что само слово «режим» довольно богато по своему содержанию и употребляется в самых разных смыслах и контекстах. В переводе с французского оно означает: 1) государственный строй, совокупность средств, методов, способов осуществления власти; 2) строго установленный распорядок жизни (труда, отдыха, питания, лечения, сна); 3) система обязательных правил, требований, норм, принципов, установленных для какого-либо вида деятельности (например судоходства, лесо-водо-землепользования, охоты, рыболовства и т. д.); 4) определенное состояние, положение, статус кого-либо или чего-либо (отсюда выражение «режимное производство»)⁵.

Обращение к используемой в доктрине категории «правовой режим» позволяет выявить различные точки зрения относительно содержания этого понятия. Однако общей чертой существующих в литературе определений исследуемого понятия является отнесение его к одному виду или совокупности правовых средств. При этом сложность этого вопроса заключается в том, что в правовой доктрине нет универсального определения термина «правовое средство»⁶ и единообразной системы правовых средств⁷.

В связи с этим полагаем, что существующие точки зрения о содержании понятия «правовой режим» можно сгруппировать следующим образом.

1. Первый подход состоит в том, что понятие «правовой режим» рассматривается в аспекте правового регулирования, то есть под углом действия, движения права. Указанный подход неоднороден по своему содержанию и его можно дифференцировать в зависимости от того, какие элементы правового регулирования включаются в понятие «правовой режим».

³ См.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юридическая литература, 1989. С. 184.

⁴ В настоящей статье освещаются вопросы концептуализации теории инвестиционных режимов на основе внутреннего российского законодательства. Сложившаяся в международном праве и праве иностранных инвестиций концепция инвестиционных режимов не затрагивается.

⁵ См.: Матузов Н. И., Малько А. В. Политико-правовые режимы: актуальные аспекты // Общественные науки и современность, 1997. № 1. С. 63.

⁶ Так, А. В. Малько пишет, что правовые средства имеют известную неопределенность, рядом с ними вполне можно поставить слова «правовые явления», «правовые феномены», «правовые факторы», «правовые условия». (См.: Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. М.: Юрист, 2004. С. 16). К числу дискуссионных вопросов относится и содержание понятия «правовое средство», например «субстанциональный» (См.: Алексеев С. С. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1995. С. 223), комплексный (интегрированный) подход (средства-установления и средства деяния (Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. С. 17–18, 21). Вероятно, указанная дискуссия повлияла на исследование понятия «правовой режим», поскольку он рассматривается как система (комплекс) правовых средств.

⁷ Например, в юридической литературе идет дискуссия о допустимости отнесения норм права к правовым средствам. Некоторые авторы полагают, что норма права есть одно из правовых средств (См.: Проблемы теории государства и права / под ред. С. С. Алексеева. М. Юридическая литература, 1987. С. 240 (автор главы — С. С. Алексеев). Другие идут дальше и пишут о том, что каждый из элементов нормы выстраивается из определенных правовых средств, то есть правовая норма — это правовое средство, состоящее из правовых средств. (См.: Нормы права: теоретико-правовое исследование: монография / Ю. Р. Барышникова, Р. Г. Валиев, Т. В. Губаева и др.; отв. ред. Т. В. Губаева, А. В. Краснов; Рос. акад. правосудия. М.: РАП, 2014 (авторы главы А. В. Краснов, А. И. Илалутдинов). Третьи, напротив, считают недопустимым отождествление правового средства и правовой нормы. Правовая норма может выступать лишь способом выражения правового средства. Таким же способом выражения правового средства может выступать и договор, и обычай. На основании перечисленного можно предположить (прямо об этом не указывается), что авторы, определяющие правовой режим через систему норм права, также исходят из того, что правовой режим — это система правовых средств, но относящихся к одному их виду — норме.

1.1. В контексте этого подхода первая группа авторов исходит из того, что правовой режим — это само регулятивное воздействие (система регулятивного воздействия), регулятор общественных отношений. В рамках этой группы возможно выделить подгруппы по критерию наличия взаимосвязи правового режима и социального режима.

1.1.1. Представители первой подгруппы акцентируют внимание на взаимосвязи правового режима и социального режима, первый может найти воплощение во втором при условии его нормативного закрепления. Основоположником такой позиции можно назвать В. Б. Исакова, который писал, что правовой режим — это социальный режим определенного объекта, закрепленный правовыми нормами и обеспечиваемый совокупностью юридических средств⁸. Такое определение, по мнению автора, выражает главную особенность понятия «правовой режим» — его социально-юридический характер⁹. Другими словами, правовой режим — это правовая форма социального режима, то есть совокупность юридических средств, его обеспечивающих.

Схожую точку зрения можно увидеть у В. А. Горленко, который пишет, что это не только социальный, но еще и нормативный порядок, являющийся средством достижения конкретных целевых установок, который осуществляется при помощи юридических (правовых) средств и методов, направленных на реализацию правил поведения, закрепленных в правовых нормах, а также на осуществление мер юридической ответственности¹⁰. Автор также отмечает, что режим правового регулирования (правовой режим) выступает в качестве динамической составляющей механизма правового регулирования, позволяющей рассматривать последний в действии как функционирующую систему, специфическую форму правового регулирования.

1.1.2. Представители второй подгруппы первого подхода рассматривают понятие «правовой режим» как «порядок регулирования», «правовое средство», «комплекс (систему) правовых средств» в целях регулятивного воздействия. В частности, С. С. Алексеев определял правовой режим как порядок регулирования, который выражен в комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний и создающих особую направленность регулирования¹¹.

Похожие определения можно встретить и у других авторов. Так, Н. И. Матузов, А. В. Малько и О. С. Родионов рассматривают правовой режим как «функциональную характеристику права, особый порядок правового регулирования, который выражается в определенном сочетании юридических средств и создает желаемое социальное состояние и конкретную степень благоприятности либо неблагоприятности для удовлетворения интересов субъектов права»¹².

Г. С. Беляева пишет, что правовой режим — это особый порядок правового регулирования, служащий для беспрепятственной реализации основных целей правового регулирования (и в том числе интересов субъектов права)¹³.

Некоторые авторы предлагают сузить содержание понятия «правовой режим». Так, С. А. Старостин отмечает, что на практике понятие «режим» применяется в широком смысле и может включать как

⁸ См.: Исаков В. Б. Проблемы теории государства и права / под ред. С. С. Алексеева. С. 258–259 (автор главы — В. Б. Исаков).

⁹ См.: Исаков В. Б. Указ соч. С. 259.

¹⁰ См.: Горленко В. А. Режим правового регулирования (теоретико-прикладной аспект). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002. С. 6.

¹¹ Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. С. 185.

¹² См.: Матузов Н. И., Малько А. В. Правовые режимы: вопросы теории и практики // Правоведение, 1996. № 4; Малько А. В., Родионов О. С. Правовые режимы в российском законодательстве // Журнал российского права. 2001. № 9.

¹³ См.: Беляева Г. С. Понятие правового режима в теории права: основные подходы // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. Дополнительный выпуск (85). С. 30. А. П. Лиманская отмечает, что правовой режим представляет собой установленный нормативными правовыми актами и обеспечиваемый государством порядок правового регулирования, который на основе оптимального сочетания юридических средств ограничительного или стимулирующего характера служит субъектом общественных отношений для беспрепятственной реализации ими своих прав и законных интересов. См.: Лиманская А. П. Специальные правовые режимы: общетеоретический анализ. Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2014. С. 20–23. К этой же группе взглядов можно отнести работу В. К. Бабаева, В. М. Баранова и В. И. Гоймана, считающих, что правовой режим представляет собой качественно целостную специфическую систему средств, приемов, методов правового регулирования, которая выражается в особенностях нормативно-правовых отношений и индивидуальных предписаний, возникновения правоотношения, юридических последствий, способов обеспечения реализации требований права. См.: Бабаев В. К., Баранов В. М., Гойман В. И. Словарь категорий и понятий общей теории права. Н. Новгород, 1992. С. 29.

правовые, так и неправовые средства воздействия на общественные отношения¹⁴. Под правовым режимом в широком смысле автор понимает особую форму управления, отличающуюся властным характером, высокой степенью определенности, конкретизации и четкости управленческого воздействия на определенную группу общественных отношений¹⁵.

Э. К. Утяшов считает необходимым определять правовой режим как ограниченное по объему и времени изъятие из общего порядка правового регулирования, обусловленное необходимостью осуществления предусмотренных государством правовых мер и средств, с преобладающим использованием тех или иных методов, для устранения фактических обстоятельств, препятствующих его текущему осуществлению либо созданию благоприятных условий, с целью обеспечения наступления желаемого правопорядка. То есть он применим лишь тогда, когда государство в силу особенностей (чрезвычайности или значимости) возникших обстоятельств и целей готово поступиться правами и интересами всего общества или его части ради разрешения крайне важного для него вопроса¹⁶.

Таким образом, представители этой подгруппы приходят к выводу, что правовой режим отражает особенности правового регулирования определенного участка деятельности; он представляет собой содержательную характеристику правовых средств, особенности формирования и осуществления прав и обязанностей, специфику санкций и способы их реализации.

1.2. Вторая подгруппа первого подхода исходит из того, что правовой режим — это результат регулирующего воздействия. Например, Л. А. Морозова пишет, что правовой режим — это результат регулирующего воздействия на общественные отношения систем (определенного набора) юридических средств, присущих конкретной отрасли права и обеспечивающих нормальное функционирование данного комплекса общественных отношений¹⁷.

Таким образом, представители указанной группы связывают правовой режим не с самими правовыми средствами, а с фактическим итогом, результатом правового регулирования.

1.3. Третья группа первого подхода представляет собой «синтезированную, комбинированную» позицию. При этом авторов, входящих в эту группу, можно разделить на несколько подгрупп в зависимости от того, какие элементы они «комбинируют» в своем подходе.

1.3.1. В частности, особенность подхода Э. Ф. Шамсумовой состоит в том, что, с одной стороны, правовой режим есть социальный режим, а с другой — таковой является не только самим регулирующим воздействием, но и его результатом. Так, автор пишет, что понятие «социальный режим» может использоваться в широком и узком смыслах. В широком смысле автор понимает социальный режим так же, как и профессор В. Б. Исаков (социальный режим — это относительно устойчивая взаимосвязь социального объекта (явления, процесса, института) с другими социальными объектами, обеспечивающая

¹⁴ Старостин С. А. Чрезвычайные административно-правовые режимы: монография. М.: Проспект, 2022. С. 8, 18. Обратим внимание, что в юридической литературе указывается, что сущность правового режима состоит в абсолютном приоритете правовых средств достижения целей, что и отличает его от режима вообще. См.: Космынина П. В. Правовой режим предупреждения преступлений в условиях чрезвычайных ситуаций. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 16.

¹⁵ Специальные административно-правовые режимы: Учебное пособие / под ред. С. А. Старостина. М.: Проспект, 2021. С. 14–15.

¹⁶ Утяшов Э. К. Правовой режим в современной юридической доктрине: от правовой химеры к узкому пониманию // Право и политика. 2022. № 12. С. 45, 51–52. П. В. Космынина также полагает, что правовой режим означает неординарный порядок. Космынина П. В. Указ соч. С. 32–33. Авторы указанного подхода поднимают вопрос об универсальности термина «правовой режим» («урегуливание»), то есть допустимости его распространения на все виды общественных отношений. И, как следствие, смешение его с понятиями «правовое регулирование», «метод правового регулирования». Выход из сложившейся ситуации ученые видят в ограничении его содержания до специального (строгого) порядка, применимого к особым ситуациям. Соглашаясь в целом с необходимостью размежевания понятия «правовой режим» от сходных понятий и категорий, на наш взгляд, такое узкое толкование исследуемого понятия не вполне верно. Правовой режим, полагаем, подобно уникальному узору, при помощи правовых средств и способов правового регулирования создает неповторимую картину юридического воздействия на определенные группы общественных отношений. И такой «уникальный узор» необязательно связан с какими-то чрезвычайными обстоятельствами. В качестве примера назовем инвестиционный режим на фондовом рынке, где публично-правовое образование предусматривает особые правила осуществления вложений розничными инвесторами.

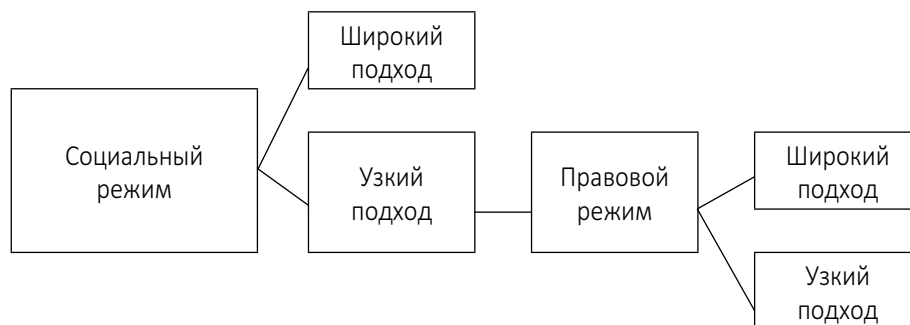
¹⁷ См.: Морозова Л. А. Конституционное регулирование в СССР. М., 1985. С. 123. К числу авторов, поддерживающих такой подход, можно отнести и И. С. Самощенко, который писал, что правовой режим — это правопорядок. См.: Самощенко И. С. Охрана режима законности советским государством. М.: Госюриздат, 1966. С. 13. Поскольку правопорядок является непосредственным итогом правового регулирования, то он представляет собой венец действия права в условиях правового государства — состояние фактической упорядоченности общественных отношений, выражающее реальное, практическое осуществление требований права и режима законности. См.: Алексеев С. С. Теория права. С. 274.

достижение некоторых целей), а в узком смысле — это юридический режим или, в соответствии с часто употребляемым выражением, юридические предписания¹⁸.

Как следствие, автор выделяет широкий и узкий подходы к пониманию правового режима. В широком смысле, по мнению Э. Ф. Шамсумовой, правовой режим определяется как особый порядок законодательного урегулирования деятельности, действий или поведения физических и юридических лиц в различных сферах общественных отношений либо на определенных объектах, включающий в себя установление механизма обеспечения фактической реализации системы дозволений, стимулов, нормативов, гарантий, запретов, ограничений, обязываний, а также их компетентное исполнение и применение мер принуждения и привлечения виновных к ответственности, а в узком смысле — это закрепленное в нормах права особое сочетание юридического инструментария (юридических средств), характеризующееся наличием определенных условий, конкретностью (определенностью) общественных отношений, относительностью к определенному объекту и преследующее благоприятную, полезную для общества и государства цель¹⁹. Из буквального толкования указанных определений правового режима можно прийти к выводу, что правовой режим (и в широком, и в узком понимании) — это социальный режим в узком смысле.

Схема. Соотношение понятий «социальный режим» и «правовой режим»

Scheme. Correlation terminology “social regime” and “legal regime”²⁰



1.3.2. Во вторую подгруппу также следует отнести взгляды А. В. Подольского, выделяющего статическую и динамическую составляющие правового режима и понимающего под ним установленный законом или иным разрешенным законом способом порядок правового регулирования и реализации субъективных прав и исполнения обязанностей в определенных условиях при помощи правовых средств стимулирующего или ограничивающего характера с целью достижения конкретного социально значимого результата. Таким образом, позицию автора можно также назвать комбинированной, поскольку он включает в правовой режим не только общий порядок правового регулирования, но и реализацию субъективных прав и юридических обязанностей²¹.

2. Второй подход к пониманию правового режима состоит в том, что правовой режим определяется через такие понятия, как «система норм», «совокупность правовых актов». Например, Д. Н. Бахрах²² пи-

¹⁸ См.: Шамсумова Э. Ф. Правовые режимы (теоретический аспект). Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 64–65.

¹⁹ См.: Шамсумова Э. Ф. Указ. соч. С. 76, 78.

²⁰ Источник: составлено автором.

²¹ Однако в отличие от Э. Ф. Шамсумовой он не пишет о нем как о разновидности социального режима. См.: Подольский А. В. Льготные правовые режимы: теоретико-правовое исследование. Дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2020. С. 21, 25.

²² Бахрах Д. Н. Административное право России. М., 2000. С. 410–412. Л. Х. Вагапова, С. К. Бадамшин также пишут, что правовой режим — это система норм права, которая регулирует отношения между людьми по поводу определенных объектов. См.: Вагапова Л. Х., Бадамшин С. К. Структура правового режима // Оценка правовых режимов: подходы и методы: сб. науч. трудов / отв. за вып. Н. А. Фролова, В. Ю. Панченко. Красноярск: СФУ, 2018. С. 82. Схожую позицию занимает И. Л. Бачило, которая определяет правовой режим как «нормативно установленные правила относительно определенного предмета отношений или ситуации, которые обязательно должны соблюдаться участниками отношений по поводу этого предмета (объекта или определенной ситуации)». Словарь административного права. М., 1999. С. 257. В качестве еще одного примера представителей этого подхода можно назвать И. С. Розанова, определяющего правовой режим как совокупность правовых актов, которые относятся к тому или иному аспекту обеспечения безопасности и оснащены необходимым организационно-техническим

шет, что правовой режим — это система норм, регулирующих определенную деятельность разных субъектов, их отношения по поводу определенного объекта. Обратим внимание, что на определенном этапе своих исследований Д. Н. Бахрах указывал, что правовой режим отрасли права — это совокупность юридических средств регулирования — отраслевой юридический инструментарий, опосредованный отраслевым методом правового воздействия и базирующийся на принципах, специфичных для данной отрасли²³.

Следовательно, указанный подход сводит понятие правового режима к элементам системы права (норма права) или системы законодательства (совокупность нормативных актов), то есть к внутреннему строению права и законодательства, его статике.

Анализируя описанные подходы, можно констатировать следующее. Во-первых, ряд авторов указывают на социально-юридический характер феномена правового режима. В частности, в рамках этой точки зрения указывается на то, что правовой режим следует рассматривать в качестве правовой формы социального режима²⁴, отождествляемой с совокупностью юридических средств.

Представители этого подхода отмечают, что социальный режим закрепляется и обеспечивается не только правовым режимом, но и различными средствами социального управления²⁵. Из этого можно сделать вывод, что у социального режима могут быть различные формы в зависимости от вида средств социального управления (например, религиозная, политическая, общественная). Следовательно, социальный режим первичен, а правовой режим произведен и обеспечивает оптимальное функционирование социального режима с помощью правовых средств. Если нет социального режима, то отсутствует возможность закрепления правового режима, поскольку нельзя регулировать то, чего нет.

Вряд ли допустимо в целом отрицать социальные аспекты правового режима, поскольку право в целом относится к сложному социальному явлению. Необходимо обратить внимание на то, что такой подход порождает ряд существенных вопросов, на которые его представители не дают ответа. В частности, неизбежно возникают вопросы о том, какие виды режимов необходимо выделять (социальные, политические, экономические, религиозные, технические и т. д.)²⁶. Как они между собой соотносятся (например, допустимо ли говорить о том, что они представляют собой формы социального режима)? Может ли у всех этих режимов быть правовая форма (правовой режим)? Если понятие «режим» является родовым по отношению к понятиям «социальный» и «правовой», то почему социальный режим определяется как устойчивая взаимосвязь социальных объектов, а правовой режим — как совокупность правовых средств, то есть у видовых понятий отсутствует общий признак, позволяющий отнести их к режимам?

Указанное, на наш взгляд, свидетельствует о том, что концепция рассмотрения правового режима как правовой формы социального режима требует дальнейшего исследования.

Во-вторых, дискуссионным является вопрос о конкретном «наборе» правовых средств, составляющих правовой режим. Здесь следует обратить внимание на еще одну особенность правового режима, состоящую в том, что таковой не только состоит из правовых средств, но и сам является этим средством. В частности, в юридической литературе указывается, что существует три уровня правовых средств: 1) первичный уровень — элементы механизма правового регулирования (нормы, субъективные права, юридические обязанности, юридические факты); 2) уровень правовых форм (институты, юридические режимы или комплексы взаимосвязанных правовых образований и режимов); 3) операционный уровень (конкретные юридические средства)²⁷. Как отмечалось, большинство исследователей сходятся в том,

механизмом для их неукоснительной реализации. См.: Розанов И. С. Административно-правовые режимы по законодательству Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 9. С. 84–85.

²³ См.: Бахрах Д. Н. Административное право. М., 1993. С. 279. А собственно правовой режим он описывал как комплекс общественных отношений определенного вида деятельности, закрепленный юридическими нормами и обеспеченный совокупностью юридическо-организационных средств. См.: Бахрах Д. Н. Административное право. М., 1996. С. 201.

²⁴ Отметим, что указанная позиция основывается на материалистических традициях советского права. Так, В. Б. Исаков писал, что такое понимание правового режима соответствует материалистическим традициям марксистско-ленинской юридической науки — анализировать правовую форму не абстрактно, а во взаимосвязи с регулируемыми отношениями. См.: Исаков В. Б. Указ. соч. С. 259 (автор главы — В. Б. Исаков).

²⁵ См.: Исаков В. Б. Указ. соч. С. 259, 261.

²⁶ Кроме того, в юридической литературе отмечается неопределенность самого термина «социальный режим». См.: Лиманская А. П. Указ. соч. С. 16.

²⁷ См.: Алексеев С. С. Теория права. С. 219. Другими словами, в таком контексте в уровень сложившихся правовых форм входит правовой режим.

что правовой режим — это система (комплекс) правовых средств, регулирующая определенную деятельность, то есть сам инструментарий, используемый для достижения определенных задач (социальных, экономических), другие — отождествляют правовой режим с результатом регулирующего воздействия. Последнее представляется не вполне верным, поскольку правовой режим в таком случае смешивается с его результатом, с тем социальным эффектом, который необходимо достичь при его закреплении, то есть правовой режим при таком подходе выступает в качестве следствия. Между тем, как верно отмечается в юридической литературе, правовой режим устанавливается с конкретной целью и решает тем самым определенные проблемы, он призван обеспечить наступление желаемого социального эффекта²⁸. В качестве примера можно назвать правовой режим иностранных инвестиций, направленный на привлечение зарубежных вложений в экономику страны. Другими словами, наличие иностранных инвестиций в стране — это результат оптимального выбранного правового режима, а также его эффективного использования.

В-третьих, проанализируем второй подход, приравнивающий правовой режим к системе норм права, правил или совокупности нормативных актов. Речь идет о сведении его к элементам системы права, объединенных по видам экономической деятельности. Аналогичное можно сказать о понимании правового режима как совокупности нормативных актов — с тем отличием, что здесь будут иметься в виду элементы системы законодательства. Такой подход, как пишет О. С. Родионов, не только превращает правовой режим в статичное явление, но и обедняет его содержание, поскольку сводит его к более или менее значительной группе правовых норм, закрепленных в законе²⁹.

Между тем правовой режим позволяет рассматривать право в динамике, увидеть «настрой» в регулировании, что предполагает включение в него всего комплекса правовых средств, воздействующих на определенную область общественных отношений. Другими словами, правовой режим формируется не только при помощи норм, но и с использованием других правовых средств, например, способов правового регулирования, субъективных прав, юридических обязанностей, гарантий. А при вышеуказанном подходе, критикуемом нами, теряются функциональные возможности правового режима.

Подводя краткий итог изложенному, полагаем, что за основу следует взять определение правового режима, сформулированное С. С. Алексеевым, и понимать под ним порядок регулирования, выраженный в комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний и создающих особую направленность регулирования³⁰. Из этого вытекает, что правовой режим — это проявление нормативности права³¹, он подлежит обязательному нормативному закреплению³², также на него оказывают влияние социальные аспекты, поскольку он направлен на урегулирование социальных процессов и, соответственно, должен учитывать их особенности.

Следовательно, инвестиционный правовой режим как разновидность правового режима будет представлять собой особый порядок регулирования инвестиционной деятельности, выраженный в комплексе правовых средств, характеризующих сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний и создающих особую направленность регулирования инвестиционной активности.

²⁸ См.: Матузов Н. И., Малько А. В. Правовые режимы: понятие и виды // Право и политика: современные проблемы соотношения и развития. Воронеж, 1996. С. 14. Как пишет А. М. Малько, правовой режим обусловлен, прежде всего, интересами государства, волей законодателя, а также спецификой и характером общественных отношений, требующих к себе особых подходов, форм и методов правового воздействия, своеобразного юридического инструментария для своей организации. См.: Малько А. В. Категория «правовой режим» в общей теории права: вопросы теории и практики // Оценка правовых режимов: подходы и методы: сб. науч. трудов / отв. за вып. Н. А. Фролова, В. Ю. Панченко. Красноярск, Сибирский федер. ун-т, 2018. С. 9.

²⁹ См.: Родионов О. С. Механизм установления правовых режимов российским законодательством: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 28.

³⁰ См.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. С. 185.

³¹ Алексеев С. С. Теория права. С. 243.

³² При этом нормы права в некоторых случаях могут определять лишь «контур» такого режима, позволяя субъектам самостоятельно определять конкретные модели взаимодействия. В других же случаях взаимодействие субъектов формулируется в конкретизированном виде, за пределами которых иное поведение не допускается.

Отметим, что в юридической литературе и инвестиционном законодательстве термин «правовой режим» иногда используется в отношении определенного вида деятельности или объекта (например, правовой режим инвестиционной деятельности, правовой режим инвестиций). В связи с этим возникает вопрос о соотношении этих понятий. Полагаем, что их допустимо рассматривать в качестве синонимов, так как инвестиционный режим регулирует общественные отношения, возникающие в процессе осуществления инвестиционной деятельности. Что касается правового режима объекта, то здесь следует согласиться с С. С. Алексеевым, который указывал на то, что это лишь сокращенное словесное обозначение порядка регулирования, выраженного в характере и объеме прав по отношению к объекту (тем или иным природным объектам, видам государственного имущества, земле и т. д.)³³. Другими словами, указанное применительно к теме исследования означает, что речь идет об отношениях, возникающих в процессе инвестирования.

Теперь обратимся к признакам правового режима. В юридической доктрине выявлено значительное их множество, что предопределяется различными подходами к самому понятию, а также сложностью этого явления.

В качестве примера таких признаков назовем: 1) установление законодательством и обеспечение государством; 2) регламентирование специфическим образом конкретной области общественных отношений; 3) особый порядок правового регулирования, состоящий из совокупности юридических средств и характеризующийся определенным их сочетанием; 4) создание конкретной степени благоприятности либо неблагоприятности для удовлетворения интересов субъектов права³⁴; 5) специфическая цель; 6) комплексный характер; 7) системный характер; 8) соответствующая целям структура³⁵; 9) нормативный характер³⁶.

В целом все перечисленные признаки будут характерны и для инвестиционного режима, поэтому не будем останавливаться на их анализе подробно, а перейдем непосредственно к содержательному наполнению правового режима.

Во взглядах авторов, анализирующих содержание правового режима, можно выделить несколько подходов к его структуре.

Первый подход основывается на том, что структура правового режима сводится к совокупности правовых норм. Второй подход исходит из того, что структура правового режима аналогична структуре механизма правового регулирования (далее — МПР), поскольку указанные понятия отождествляются. И третий заключается в том, что правовой режим шире понятия МПР. Как следствие, в структуру правового режима, помимо элементов МПР, входят иные элементы (например, методы взаимосвязи конкретных видов субъектов с объектами, система гарантий реализации правового режима, принципы права, цели и способы правового регулирования)³⁷. При этом конкретный перечень «дополнительных элементов» правового режима неоднороден у различных авторов.

Указанное многообразие в отношении содержания и структуры правового режима связано с различными подходами к его пониманию.

На наш взгляд, более предпочтительным является третий подход в связи со следующим. Во-первых, как ранее отмечалось, правовые нормы являются частью правового режима, однако не сводятся к ним,

³³ Алексеев С. С. Теория права. С. 243.

³⁴ См.: Матузов Н. И., Малько А. В. Политико-правовые режимы: актуальные аспекты // *Общественные науки и современность*. 1997. № 1. С. 64.

³⁵ См.: Беляева Г. С. Понятие правового режима в теории права: основные подходы. С. 30. Похожие признаки можно встретить и у других авторов: 1) наличие нормативно-правовой основы, устанавливающей правовой статус субъектов, их субъективные права и юридические обязанности, определяющей порядок взаимоотношений между участниками правоотношений, предусматривающей юридическую ответственность за нарушение данного режима и т. д.; 2) специфическая цель; 3) комплексность правовых средств: поощрений и запретов, стимулов и ограничений, дозволений и приостановлений и т. д.; 4) создание конкретной степени благоприятности либо неблагоприятности для удовлетворения интересов субъектов; 5) определенная стабильность и относительное постоянство; 6) относимость к определенному объекту; 7) системность и структурированность. См.: Лиманская А. П. Указ. соч. С. 20–23, 40.

³⁶ Домченко А. С. Административно-правовой режим и нормативность административно-правового акта: от следствия к основанию // *Российская юстиция*. 2020. № 6. С. 67–68.

³⁷ Подробнее см.: Беляева Г. С. Правовой режим: общетеоретическое исследование. Дис. ... д-ра юрид. наук. Курск, 2013. С. 69; Лиманская А. П. Указ. соч. С. 78.

поэтому отождествлять структуру правового режима с совокупностью норм неверно методологически. Во-вторых, при сравнении понятий «правовой режим» и МПР можно увидеть общие черты: наличие совокупности правовых средств, воздействие на общественные отношения. Помимо прочего, оба этих понятия позволяют рассмотреть право в динамике, увидеть функции, которые выполняют правовые средства, показать их связь между собой.

Между тем МПР — это некая абстрактная модель, показывающая, при помощи каких средств и каким образом осуществляется правовое воздействие. В то же время правовой режим можно рассматривать как укрупненный блок, соединяющий в одну конструкцию определенный комплекс правовых средств для решения специфических задач³⁸. Другими словами, правовой режим регулирует конкретную группу отношений, наполняет МПР конкретным содержанием.

Как указывалось ранее, существует три уровня правовых средств³⁹, где элементы МПР относятся к первичному уровню. При этом правовые режимы относятся ко второму уровню — уровню правовых форм. Таким образом, правовые режимы шире по составу и могут включать в себя правовые средства других уровней.

Применительно к инвестиционным режимам указанное означает, что законодатель конструирует конкретный инвестиционный режим с целью упорядочивания определенной части инвестиционной деятельности (например, правовой режим особых экономических зон, правовой режим бюджетных инвестиций, правовой режим инвестирования при приватизации и т. д.) и не ограничивается элементами МПР, а использует такие элементы как юридические гарантии, поощрения.

В-третьих, если исходить из того, что элементы МПР — это часть правового режима, то возникает вопрос: какие еще элементы следует в него включать?

Как ранее указывалось, правовой режим является «комплексным» правовым средством, состоящим из различных правовых средств, которые можно сгруппировать следующим образом.

Первая группа — это первичные правовые средства, входящие в правовой режим, или, другими словами, элементы МПР.

Вторая группа — это элементы, характеризующие определенную направленность правового регулирования в разрезе правового режима. В связи с тем, что правовой режим отражает функциональную сторону права, в него следует включать метод правового регулирования (приемы юридического воздействия, их сочетание, характеризующие использование в данной области общественных отношений того или иного комплекса юридических средств)⁴⁰, который выражается в соответствующих способах правового регулирования (запрещение и позитивное обязывание)⁴¹. Указанное в конечном счете выражается в правовом статусе субъектов, который в рамках правового режима рассматривается в разрезе характера и объема прав субъектов по отношению к одному объекту.

Сочетание способов правового регулирования образует тип правового регулирования, представляющий собой порядок юридического регулирования, зависящий от того, что лежит в его основе — общее дозволение или общий запрет⁴². Преобладание одного из способов правового регулирования в правовом режиме определяет его специфику, направленность в регулировании.

Таким образом, способы правового регулирования и тип правового регулирования являются юридическими основаниями правового режима⁴³ и показывают его своеобразие.

В эту же группу следует отнести принципы и общие положения, которые определяют исходные идеи, основные положения конкретного правового режима и создают особый порядок использования

³⁸ См.: Алексеев С. С. Теория права. С. 243.

³⁹ См.: Алексеев С. С. Теория права. С. 219.

⁴⁰ См.: Алексеев С. С. Теория права. С. 224. Как отмечается в юридической литературе, первичные методы правового регулирования выражают особенности юридических режимов основных отраслей. См.: Проблемы теории государства и права / под ред. С. С. Алексеева. М.: Юридическая литература, 1987. С. 232 (автор главы — С. С. Алексеев).

⁴¹ Последнее в юридической доктрине также называют правовыми средствами, из которых складываются работающие элементы механизма правового регулирования. См.: Алексеев С. С. Теория права. С. 238.

⁴² См.: Проблемы теории государства и права / под ред. С. С. Алексеева. М.: Юридическая литературы, 1987. С. 235 (автор главы — С. С. Алексеев).

⁴³ См.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. С. 187–188.

правовых средств, отражая специфику правового регулирования, например, инвестиционной деятельности в области капитальных вложений.

Следующая группа элементов правового режима — это правовые стимулы и ограничения⁴⁴. Первые направлены на побуждение правомерного и/или желательного поведения при непосредственной реализации субъектами своих правомочий (интересов). В качестве примера можно назвать государственную поддержку инвестиционной деятельности в форме субсидий, предоставляемых из бюджетов. Вторые — направлены на установление пределов (границ) дозволенного поведения субъектов. Применительно к инвестиционной деятельности можно указать ограничения, касающиеся создания и деятельности предприятий с иностранными инвестициями, например предприятия, имеющие стратегическое значение. Так, согласно ч. 2. ст. 2 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» иностранные государства, международные организации, а также организации, находящиеся под контролем иностранных государств, международных организаций, офшорных компаний, в том числе созданные на территории Российской Федерации, не вправе совершать сделки, иные действия, влекущие за собой установление контроля над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства и т. д.⁴⁵

Таким образом, указанные элементы правового режима определяют степень жесткости юридического регулирования⁴⁶, степень благоприятности правового режима для тех или иных правовых субъектов⁴⁷.

И последняя группа в структуре правового режима — это операционные правовые средства, которые выполняют вспомогательную, служебную функцию и представляют собой конкретные юридические средства, обеспечивающие эффективную работу перечисленных выше групп правовых средств (например, инвестиционный договор). Инвестиционный договор имеет важное значение при создании конкретных инвестиционных режимов, поскольку в большинстве случаев предоставляет возможность субъектам инвестиционной деятельности по своему усмотрению выстраивать взаимоотношения между собой. Между тем среди инвестиционных договоров можно выделить группу инвестиционных соглашений (например, концессионное соглашение, соглашение о разделе продукции, специальный инвестиционный контракт (далее — СПИК)), в которых в силу различных причин (социально-экономических, политических, экологических и прочих) диспозитивные нормы заменяются нормами публичного права. Эти публичные нормы закрепляют изъятие указанных договорных форм из-под частноправового режима и моделируют для них собственный правовой режим с частно-публичными элементами. Указанное означает, что самостоятельность в выстраивании взаимодействия ограничена детальной регламентацией, которая в значительной части случаев не может быть изменена по усмотрению участников⁴⁸. Другими словами, модели взаимодействия сторон формулируются в конкретизированном виде, за пределами которых иное поведение не допускается.

Таким образом, структура правового режима представляет собой не просто совокупность правовых средств, а сложное правовое образование, объединенное едиными регулятивными началами и обеспечивающее их взаимосвязь.

⁴⁴ В доктрине права существуют различные точки зрения на содержания понятия «правовой стимул». Начиная с того, что правовые стимулы могут быть как позитивные (льготы, привилегии, компенсация), так и негативные (запреты, ограничения), заканчивая тем, что такой стимул не только включает в себя внутренне-субъективный фактор, но и создает внешне благоприятную ситуацию. См.: *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект. Изд-е 3-е, доп. и перераб. LAP LAMBERT Academic Publishing. Saarbrücken, Germany. 2011. С. 84. На наш взгляд, к истине ближе позиция, определяющая правовой стимул через его связь с благоприятными последствиями для субъекта, поскольку правовой стимул предполагает повышение позитивной активности деятельности субъекта.

⁴⁵ См.: Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

⁴⁶ *Алексеев С. С.* Теория права. С. 244.

⁴⁷ *Родионов О. С.* Указ. соч. С. 53–54.

⁴⁸ Примерами такой избыточной регламентации являются Правила СПИК (Постановление Правительства РФ от 16.07.2020 № 1048 «Об утверждении Правил заключения, изменения и расторжения специальных инвестиционных контрактов») правила концессионных соглашений в различных сферах экономики.

Литература

1. *Алексеев С. С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве / С. С. Алексеев. М.: Издательство «Юридическая литература» Администрации Президента Российской Федерации, 1989. 288 с. EDN: RKCLEF
2. *Алексеев С. С.* Теория права: Учебник / С. С. Алексеев. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 1995. 320 с. EDN: RLSTNL
3. *Бабаев В. К., Баранов В. М., Гойман В. И.* Словарь категорий и понятий общей теории права. Министрство внутренних дел России, Нижегородская Высшая школа МВД РФ. Нижний Новгород: Нижегородская ВШ МВД РФ, 1992. 99 с.
4. *Барышникова Ю. Р.* Принципы частного права: теоретико-правовое исследование: специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»: дисс. ... канд. юрид. наук / Барышникова Юлия Равильевна. Казань, 2006. 201 с. EDN: NOJOFT
5. *Бахрах Д. Н.* Административное право России: учебник для вузов / Д. Н. Бахрах, С. Д. Хазанов, А. В. Демин. М.: Норма, 2000. 640 с. EDN: FZQZKG.
6. *Бахрах Д. Н.* Административное право: учебник для студентов юрид. вузов и факультетов. М.: БЕК, 1993. 301 с.
7. *Беляева Г. С.* Понятие правового режима в теории права: основные подходы // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2012. № 5 (87). С. 26–31. EDN: PCMBTP
8. *Беляева Г. С.* Правовой режим: общетеоретическое исследование: специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»: дисс. ... доктора. юрид. наук Беляева Галина Серафимовна. Курск, 2013. 407 с. EDN: TGFIOR
9. *Вагапова Л. Х.* Структура правового режима / Л. Х. Вагапова, С. Х. Бадамшин // Санкт-Петербургский образовательный вестник. 2016. № 2 (2). С. 23–25. EDN: MHWXUV
10. *Вдовин И. А.* Механизм правового регулирования инвестиционной деятельности (Исторический и теоретико-правовой анализ): специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»: дисс. ... доктора юрид. наук / Вдовин Игорь Александрович. СПб., 2002. 388 с. EDN: NMAOFP
11. *Горленко В. А.* Режим правового регулирования (теоретико-прикладной аспект). Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002. 21 с.
12. *Домченко А. С.* Административно-правовой режим и нормативность административно-правового акта: от следствия к основанию // Российская юстиция. 2020. № 6. С. 66–68. EDN: ISXIEP
13. *Коммерческое (предпринимательское) право* / под ред. В. Ф. Попондопуло. М.: Проспект. 2009. Т. 2. 640 с.
14. *Космынина П. В.* Правовой режим предупреждения преступлений в условиях чрезвычайных ситуаций: специальность 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право»: дисс. ... канд. юрид. наук / Космынина Полина Владимировна. М., 2004. 200 с. EDN: NOFDZT
15. *Лиманская А. П.* Специальные правовые режимы: общетеоретический анализ: специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»: дисс. ... канд. юрид. наук / Лиманская Анна Петровна, 2015. 186 с. EDN: AIKLWL
16. *Лисица В. Н.* Инвестиционное право / В. Н. Лисица. Новосибирск: Рекламно-издательская фирма «Новосибирск», 2015. 568 с. EDN: VWZCEP
17. *Малько А. В.* Категория «правовой режим» в общей теории права: вопросы теории и практики // Оценка правовых режимов: подходы и методы: сб. науч. трудов / отв. за вып. Н. А. Фролова, В. Ю. Панченко. Красноярск: Сибирский федер. ун-т, 2018. 320 с.
18. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве / А. В. Малько. М.: Юрист, 2004. 96 с. EDN: VHPVCX
19. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект / А. В. Малько. 3-е изд., перераб. и доп. Sarbruken: LAP LAMBERT, 2012. 363 с. EDN: QZEKEZ
20. *Малько А. В.* Правовые режимы в российском законодательстве / А. В. Малько, О. С. Родионов // Журнал российского права. 2001. № 9 (57). С. 19–26. EDN: VDTGMX

21. Матузов Н. И. Политико-правовые режимы: актуальные проблемы / Н. И. Матузов, А. В. Малько // Общественные науки и современность. 1997. № 1. С. 63–71. EDN: VGCUOL
22. Матузов Н. И., Малько А. В. Правовые режимы: понятие и виды // Право и политика: современные проблемы соотношения и развития. Воронеж, 1996. С. 12–21.
23. Матузов Н. И. Правовые режимы: вопросы теории и практики / Н. И. Матузов, А. В. Малько // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1996. № 1 (212). С. 16–29. EDN: TPNNRH
24. Морозова Л. А. Конституционное регулирование в СССР. М., 1985. 143 с.
25. Подольский А. В. Льготные правовые режимы как особая разновидность правовых режимов // Право и государство: теория и практика. 2019. № 9 (177). С. 42–44. EDN: LNUWPS
26. Предпринимательское право России: итоги, тенденции и пути развития / В. А. Вайпан, И. С. Шиткина, С. А. Карелина [и др.]. М.: Юстицинформ, 2019. 664 с. EDN: LMAKGY
27. Проблемы теории государства и права: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Правоведение» / С. С. Алексеев, И. Я. Дюрягин, В. Б. Исаков [и др.]. М.: Издательство «Юридическая литература» Администрации Президента Российской Федерации, 1987. 447 с. EDN: UDSKNF
28. Родионов О. С. Механизм установления правовых режимов российским законодательством: специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»: дисс. ... канд. юрид. наук / Родионов Олег Сергеевич. Саратов, 2001. 157 с. EDN: CLNACQ
29. Розанов И. С. Административно-правовые режимы по законодательству Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 9. С. 84–92.
30. Самощенко И. С. Охрана режима законности советским государством. М.: Госюриздат, 1966. 199 с.
31. Специальные административно-правовые режимы: учебное пособие / под ред. С. А. Старостина. М.: Проспект, 2021. 200 с.
32. Специальные административно-правовые режимы / М. В. Анисифорова, С. В. Ведяшкин, В. С. Власова [и др.]; Министерство науки и высшего образования Российской Федерации; Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА). М.: Проспект, 2022. 200 с. EDN: GTBPLY
33. Утяшов Э. К. Правовой режим в современной юридической доктрине: от правовой химеры к узкому пониманию // Право и политика. 2022. № 12. С. 41–55. DOI: 10.7256/2454-0706.2022.12.38670. EDN: MRJEPX
34. Шамсумова Э. Ф. Правовые режимы (Теоретический аспект): специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»: дисс. ... канд. юрид. наук Шамсумова Эмма Файсаловна. Екатеринбург, 2001. 213 с. EDN: NLXHGJ

Об авторе:

Лаптева Анна Михайловна, заведующая кафедрой финансового права юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург, Российская Федерация), кандидат юридических наук, доцент;
e-mail: laptevaann@rambler.ru
ORCID: 0000-0002-9636-0742

References

1. Alekseev, S. S. (1989) General permits and general prohibitions in Soviet law. *Yuridicheskaya literatura*. 288 p. (In Russ.)
2. Alekseev, S. S. (1995) Theory of law. *BEK*. 320 p. (In Russ.)
3. Babaev, V. K., Baranov, V. M., Goyman, V. I. (1992) Dictionary of categories and concepts of the general theory of law. *Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. 99 p. (In Russ.)
4. Bahrah, D. N. (1993) Administrative law. Moscow. 301 p. (In Russ.)
5. Bahrah, D. N. (2000) Administrative law of Russia. Moscow, 800 p. (In Russ.)

6. Belyaeva, G. S. (2012) The definition of the legal regime in the theory of law: the main approaches. *Vestnik Saratovskoi gosudarstvennoi yuridicheskoi akademii*. No. 5 (87). Pp. 26–31. (In Russ.)
7. Belyaeva, G. S. (2013) The legal regime: a general theoretical study. Dis. ... Doctor of Law, Kursk. 407 p. (In Russ.)
8. Vagapova, L. H., Badamshin, S. K. (2016) The structure of the legal regime *Sankt-Peterburgskij obrazovatel'nyj vestnik*. No. 2 (2). Pp. 23–25. (In Russ.)
9. Vdovin, I. A. (2002) The mechanism of legal regulation of investment activity (historical and theoretical and legal analysis): Dis. ... Doctor of Law. St. Petersburg. 388 p. (In Russ.)
10. Gorlenko, V. A. (2002) The regime of legal regulation (theoretical and applied aspect). Dis. abstract ... Ph.D. of Juridical Sciences. St. Petersburg. 21 p. (In Russ.)
11. Domchenko, A. S. (2020) Administrative-legal regime and normativity of an administrative-legal act: from the investigation to the foundation. The Russian justice system. No. 6. Pp. 66–68. (In Russ.)
12. Popondopulo, V. F. (2009) Commercial (business law) law. *Prospect*. 2009. Vol. 2. 640 p. (In Russ.)
13. Kosmytnina, P. V. (2004) The legal regime for the prevention of crimes in emergency situations. Dis. ... PhD of Jurisprudence. 200 p. (In Russ.)
14. Limanskaya, A. P. (2015) Special legal regimes: general theoretical analysis. Dis. ... PhD of Jurisprudence. 186 p. (In Russ.)
15. Lisitsa, V. N. (2015) Investment law. *Reklamno-izdatel'skaya firma Novosibirsk*. 568 p. (In Russ.)
16. Malko, A. V. (2018) The category “legal regime” in the general theory of law: issues of theory and practice. In: Assessment of legal regimes: approaches and methods: collection of scientific papers. 320 p. (In Russ.)
17. Malko, A.V. (2004) Incentives and restrictions in law. *Jurist*. 250 p. (In Russ.)
18. Malko, A. V. (2012) Incentives and restrictions in law: theoretical and informational aspect. 3rd ed., add. and perab. *LAP LAMBERT Academic Publishing*. Saarbrücken, Germany. 363 p. (In Russ.)
19. Malko, A. V., Rodionov, O. S. (2001) Legal regimes in Russian legislation. *Journal of Russian Law*. No. 9 (57), pp. 19–26. (In Russ.)
20. Matuzov, N. I., Malko, A.V. (1997) Political and legal regimes: current aspects. *Social sciences and contemporarily world*. No. 1, pp. 61–73. (In Russ.)
21. Matuzov, N. I., Malko, A. V. (1996) Legal regimes: concepts and types. *Law and politics: modern problems of correlation and development*. Pp. 12–21. (In Russ.)
22. Matuzov, N. I., Malko, A. V. (1996) Legal regimes: issues of theory and practice. *Pravovedenie*. No. 1 (212). Pp. 16–29. (In Russ.)
23. Morozova, L. A. (1985) Constitutional regulation in the USSR. 143 p. (In Russ.)
24. Baryshnikova, Yu. R. (2006) Principles of private law: theoretical and legal research. Dis. ... PhD of Jurisprudence. 201 p.
25. Podolsky, A. V. (2019) Preferential legal regimes: theoretical and legal research. Dis. ... PhD of Jurisprudence. 172 p. (In Russ.)
26. Gubin, E. P. (eds.) (2019) Business Law of Russia: results, trends and ways of development. *Yustitsinform*. 664 p. (In Russ.)
27. Alekseev, S. S. (eds.) (1987) Problems of the theory of state and law. *Yuridicheskaya literatura*. 448 p. (In Russ.)
28. Rodionov, O. S. (2001) The mechanism of establishing legal regimes by Russian legislation. Dis. ... PhD of Jurisprudence. 157 p. (In Russ.)
29. Rozanov, I. S. (1996) Administrative and legal regimes according to the legislation of the Russian Federation. *State and Law*. No. 9. Pp. 84–92. (In Russ.)
30. Samoshchenko, I. S. (1966) Protection of the rule of law by the Soviet state. *Gosyurizdat*. 199 p. (In Russ.)
31. Starostin, S. A. (2021) Special administrative and legal regimes: textbook. *Prospect*. 200 p. (In Russ.)
32. Starostin, S. A. (eds) (2022) Emergency administrative and legal regimes: a monograph. *Prospekt*. 200 p. (In Russ.)

33. Utyashov, E. K. (2022) The legal regime in modern legal doctrine: from the legal chimera to a narrow understanding. *Law and politics*. No. 12, pp. 41–55. DOI: 10.7256/2454-0706.2022.12.38670 (In Russ.)
34. Shamsumova, E. F. (2001) Legal regimes (theoretical aspect). Dis. ... PhD of Jurisprudence. 213 p. (In Russ.)

About the author:

Anna M. Lapteva, Head of the Department of the Faculty of Law of the National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg, Russian Federation), PhD in Jurisprudence, Associate Professor;
e-mail: laptevaann@rambler.ru
ORCID: 0000-0002-9636-0742

Специальные экономические меры как форма ограничения свободы экономической деятельности в Российской Федерации¹

Дегтярев М. А.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: madeptyarev@hse.ru

Аннотация

В статье рассматривается институт специальных экономических мер в качестве специфической формы ограничения свободы экономической деятельности в России.

В работе дается характеристика сущности специальных экономических мер, определяются их отдельные разновидности, оказывающие наибольшее влияние на реализацию конституционного принципа свободы экономической деятельности в условиях санкций. Проанализированы нормативно-правовое регулирование специальных экономических мер, а также особенности функционирования отдельных видов специальных экономических мер, введенных и применяющихся в условиях внешнеэкономических ограничений.

Сделан вывод о том, что в условиях санкционного правового режима, являющегося экстраординарным, ограничения свободы экономической деятельности отдельных категорий хозяйствующих субъектов могут быть существенно расширены, а пределы вмешательства государства в реализацию данного конституционного принципа сужаются. Это видится обоснованным при соответствии ряду принципов института специальных экономических мер, включая «общие» принципы ограничения прав: в частности, принципу соответствия ограничения конституционно значимым целям (обеспечение обороноспособности и безопасности государства, защита жизни и здоровья граждан и др.), принципу обоснованности ограничения (применение ограничения в целях организации функционирования экономической системы Российской Федерации), принципам законности, срочности, соразмерности вводимых ограничений существующей угрозе, а также принципу правовой определенности. При этом указывается на необходимость совершенствования российского законодательства о специальных экономических мерах (в том числе в части конкретизации оснований, механизмов и гарантий их применения к хозяйствующим субъектам).

Ключевые слова: специальные экономические меры, санкции, свобода экономической деятельности, ограничения прав и свобод.

Для цитирования: Дегтярев М. А. Специальные экономические меры как форма ограничения свободы экономической деятельности в Российской Федерации // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 128–139. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-128-139. EDN: YGCQZU

¹ В данной научной работе использованы результаты проекта «Правовые механизмы преодоления неравенства», выполненного в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2024 г.

Special Economic Measures as a Form of Restriction of Freedom of Economic Activity in the Russian Federation²

Degtyarev M. A.

National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: madeptyarev@hse.ru

Abstract

The article considers the institute of special economic measures as a specific form of restriction of freedom of economic activity in Russia.

The article characterizes the essence of special economic measures, defines their individual varieties that have the greatest impact on the realization of the constitutional principle of freedom of economic activity under sanctions. The author analyzes the normative-legal regulation of special economic measures, as well as the peculiarities of the functioning of certain types of special economic measures introduced and applied in the conditions of foreign economic restrictions.

In the conditions of sanctions legal regime, which is extraordinary, restrictions on the freedom of economic activity of certain categories of economic entities can be significantly expanded, and the limits of state intervention in the implementation of this constitutional principle are narrowed.

It seems reasonable in accordance with a number of principles of the institution of special economic measures. The measures include general principles of restriction of rights: the principle of compliance of the restriction with constitutional purposes (ensuring the defense and security of the state, protection of life and health of citizens, etc.), the principle of reasonableness of the restriction (application of the restriction in order to organize the functioning of the economic system of the Russian Federation), the principles of legality, urgency, proportionality of the restrictions imposed on existing threats.

At the same time, the author admits the necessity to improve the Russian legislation on special economic measures (including in terms of specifying the grounds, mechanisms and guarantees of their application to economic entities).

Keywords: special economic measures, sanctions, freedom of economic activity, restrictions on rights and freedoms.

For citation: Degtyarev, M. A. (2024) Special Economic Measures as a Form of Restriction of Freedom of Economic Activity in the Russian Federation. *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 128–139. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-128-139

Введение

В условиях санкционного давления на Россию, особенно обострившегося с 2022 г., государство активно принимает меры по противодействию внешнеэкономическим ограничениям иностранных государств. Одной из наиболее используемых разновидностей таких мер в 2022–2024 гг. выступают специальные экономические меры (далее также — СЭМ), применяемые в различных сферах отечественной экономики и направленные на сохранение ее устойчивости. СЭМ зачастую предусматривают дополнительные ограничения деятельности хозяйствующих субъектов в России, а значит, неизбежно затрагивают реализацию конституционного принципа свободы экономической деятельности. В этой связи необходимо рассмотреть российский институт СЭМ и определить его роль как формы ограничения свободы экономической деятельности (далее также — СЭД) в России.

² The results of the project “Legal Mechanisms for Overcoming Inequality”, carried out within the framework of the Basic Research Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE University) in 2024, are presented in this work.

Принцип СЭД и возможность его ограничения

Важнейшим конституционным принципом российской экономики является принцип свободы экономической деятельности, закрепленный в ст. 8 Конституции Российской Федерации (далее — КРФ). Как указывал В. Д. Зорькин, СЭД предполагает, в первую очередь, свободу предпринимательства (ст. 34 КРФ) и объединяет в себе несколько относительно самостоятельных принципов правового регулирования отношений в сфере предпринимательской деятельности (принцип свободы договора, общедозволительный принцип, принцип свободы конкуренции и др.)³. Конституционный суд РФ (далее — КС РФ) отмечал, что СЭД реализуется на основе принципов юридического равенства, неприкосновенности собственности и свободы договора, предполагающих равенство, автономию воли и имущественную самостоятельность участников гражданско-правовых отношений, недопустимость произвольного вмешательства в частные дела⁴.

Таким образом, обозначенные принципы являются ключевыми составляющими СЭД и определяют ее правовое содержание.

Принцип СЭД не только отражает разнообразие форм экономической деятельности, но и подразумевает свободу от вмешательства государства в экономику⁵. В этой связи КРФ признает существование рамок, за пределы которых не может выходить государство в процессе регулирования экономических отношений. Такие рамки, на наш взгляд, являются важнейшим условием существования рыночной экономики в стране. Именно они обеспечивают невозможность осуществления «ручного» управления экономикой и возвращения плановой экономической системы.

Вместе с тем любые свободы, в том числе и экономические, не могут быть безграничными. В этой связи государство устанавливает правовые рамки (или ограничения) реализации СЭД, в том числе путем принятия нормативно-правового регулирования. Однако ограничения СЭД не могут быть произвольными. Я. В. Лобанова указывала, что они должны вводиться при наличии объективной и реальной опасности конституционно охраняемым целям в соответствии с принципами равенства, правовой определенности, справедливости и соразмерности. Недопустимы ограничения, которые могут привести к умалению, отмене и иным формам чрезмерного сужения нормативно закрепленного объема прав и свобод⁶.

Существуют принципы, которым должны соответствовать ограничения конституционных прав и свобод. Среди таковых можно выделить:

1. Соответствие и соразмерность ограничений конституционно охраняемым целям (ч. 3 ст. 55 и ч. 1 ст. 56 КРФ), что подразумевает адекватность степени и объема ограничений существующей угрозе, а также их применение лишь в случае, когда более мягкие меры государственного принуждения исчерпаны. Публичные интересы могут оправдать ограничения прав и свобод, если они адекватны социально необходимым целям. Такие ограничения должны быть не чрезмерными, а строго обусловленными конституционными целями⁷. Ограничения должны учитывать баланс интересов человека, общества и государства, а также иметь четкие и разумные временные рамки⁸.

2. Принципы введения ограничений только федеральным законом (ч. 3 ст. 55 КРФ), запрета на ограничение прав и свобод по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (ч. 2 ст. 19 КРФ).

³ См.: Комментарий к Конституции РФ. Под ред. В. Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотр. М.: Норма: Инфра-М, 2011. С. 106.

⁴ По делу о проверке конституционности положения п. 2 ст. 7 ФЗ «Об аудиторской деятельности» в связи с жалобой гражданки И. В. Выставкиной: Пост. КС РФ от 01.04.2003 № 4-П. СЗ РФ. 2003. № 15. Ст. 1416.

⁵ См.: Федоренко В. И. Свобода экономической деятельности в РФ: понятие, пределы и ограничения. Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. С. 72. EDN: NLKNNJ

⁶ См.: Лобанова Я. В. Свобода экономической деятельности: конституционное содержание и пределы: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2019. С. 11–12. EDN: KQJALO

⁷ По делу о проверке конституционности части пятой статьи 97 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В. В. Щелухина: Пост. КС РФ от 13.06.1996 № 14-П. СЗ РФ. 1996. № 26. Ст. 3185.

⁸ По делу о проверке конституционности отдельных положений ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И. Г. Черновой: Определ. КС РФ от 14.07.1998 № 86-О. СЗ РФ. 1998. № 34. Ст. 4368.

3. Принцип невмешательства в существо СЭД, который подразумевает недопустимость ситуации, когда ограничение меняет саму суть и истинное назначение права, в результате чего искажается та цель, ради которой допускались ограничения⁹.

Указанные критерии, наряду с критериями пропорциональности, справедливости и отсутствия обратной силы, выделялись КС РФ в качестве основополагающих принципов СЭД¹⁰. Кроме них КС РФ выделял также принцип правовой определенности ограничений¹¹, согласно которому правовая норма, ограничивающая СЭД, должна иметь формально определенное, недвусмысленное, ясное и однозначное понимание¹².

Особенности санкционного правового режима

Специфическую форму пределы СЭД приобретают в период действия различных специальных правовых ограничительных режимов, называемых «экстраординарными режимами»¹³ (например, режим повышенной готовности, чрезвычайной ситуации, военного положения и т. д.). Особенностью экстраординарных режимов является их «чрезвычайный, срочный, временный характер, существенное изменение регулирующего воздействия на субъекты правоотношений, наличие серьезных ограничений прав и охраняемых законом интересов граждан и организаций»¹⁴.

Среди таких режимов можно выделить и режим экономических санкций, принимаемых одними государствами в отношении других, что подтверждается в научных исследованиях¹⁵.

Режим внешнеэкономических ограничений в научной литературе называют санкционным режимом предпринимательской деятельности (или санкционным правовым режимом). А. Р. Рязанова характеризует его как «порядок регулирования общественных отношений, который временно устанавливает государство <...> для достижения целей внешней политики, ответа на неправомерные или недружественные действия <...> или для обеспечения национальной безопасности посредством запретов и/или ограничений прав граждан и организаций на <...> совершение юридических действий в отношении определенных граждан и организаций другого государства <...>»¹⁶. О. А. Тарасенко отмечал, что такие правила являются срочными, но тяготеющими к неоднократному продлению¹⁷.

Россия подвергается санкционному давлению с 2014 г. Это давление обострилось в 2022 г., когда наша страна стала мировым лидером по числу введенных против нее санкций¹⁸. Условия санкционного давления ставят перед государством новые вызовы, угрожающие функционированию его экономической и финансовой систем. Эти вызовы требуют от него адекватных и своевременных форм реагирования, направленных на сохранение устойчивости экономики. Такие формы реагирования, как правило, предусматривают дополнительные ограничения СЭД.

⁹ См.: Астафьева Е. В. Принципы ограничения конституционных прав и свобод граждан. Вестник Челябинского государственного университета. 2008. № 22 (123). С. 47–48. EDN: MSYLLN

¹⁰ По делу о проверке конституционности положений пп. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ в связи с жалобами граждан О. М. Мариничевой, А. В. Немировской, З. А. Скляновой, Р. М. Скляновой и В. М. Ширяева: Пост. КС РФ от 21.04.2003 № 6-П. СЗ РФ. 2003. № 17. Ст. 1657.

¹¹ Напр.: По делу о проверке конституционности положений ч. 1 и п. 2 ч. 2 ст. 20 ФЗ «О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в РФ» в связи с жалобами граждан США Н. Д. Воргена и П. Д. Олджэма: Пост. КС РФ от 19.07.2017 № 22-П. СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. II). Ст. 4984.

¹² По делу о проверке конституционности положений ч. 4 ст. 170, п. 1 ст. 311 и ч. 1 ст. 312 АПК РФ в связи с жалобами ЗАО «Производственное объединение «Берег», ОАО «Карболит», «Завод «Микропровод» и «Научно-производственное предприятие «Респиратор»: Пост. КС РФ от 21.01.2010 № 1-П. СЗ РФ. 2010. № 6. Ст. 699.

¹³ Тарасенко О. А. Формирование доктрины и законодательства о правовых режимах банковской деятельности. Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2021. № 1. С. 109. DOI: 10.17072/1995-4190-2021-51-105-132. EDN: MBJUTY

¹⁴ См.: Мохов А. А. Правовые режимы осуществления экономической деятельности и саморегулирование предпринимательской или профессиональной деятельности. Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 4. С. 9–14. EDN: TOMOXH

¹⁵ Напр.: Правовое регулирование экономической деятельности: единство и дифференциация / Р. Н. Аганина, Л. В. Андреева, Т. А. Андропова [и др.]. М.: Норма, 2017. С. 127–129. EDN: XRAKZT

¹⁶ Рязанова А. Р. Санкционный режим экономической деятельности: понятие и правовая природа. Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 12. С. 210. DOI: 10.17803/2311-5998.2022.100.12.205-214. EDN: UPWQNO

¹⁷ См.: Тарасенко О. А. Формирование доктрины и законодательства о правовых режимах банковской деятельности. Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2021. Вып. 51. С. 122. DOI: 10.17072/1995-4190-2021-51-105-132. EDN: MBJUTY

¹⁸ Россия стала мировым лидером по количеству введенных против нее санкций [Электронный ресурс]. Forbes. URL: <https://www.forbes.ru/society/458287-rossia-stala-mirovym-liderom-po-kolicestvu-vvedennyh-protiv-nee-sankcij> (дата обращения: 02.04.2024).

Характеристика СЭМ и особенности их применения

Одной из форм ограничений СЭД в условиях санкций сегодня являются специальные экономические меры, относящиеся к кругу мер «воздействия (противодействия) на недружественные действия иностранных государств»¹⁹.

СЭМ — один из наиболее распространенных правовых инструментов государства по отражению внешнего санкционного давления и обеспечению безопасности России (п. 5 ст. 3 ФЗ от 28.12.2010 № 390-ФЗ «О безопасности»). Используя данный инструмент, государство установило ряд новых правил осуществления экономической деятельности в наиболее важных отраслях экономики: например, в топливно-энергетической сфере, сфере промышленности и торговли, банковского сектора и рынка ценных бумаг, сельского хозяйства и др. СЭМ стали оказывать огромное влияние на функционирование отечественной экономической системы.

Что же представляют собой специальные экономические меры?

Общепризнанного определения данного понятия в нормативных правовых актах и доктринальных исследованиях не выработано. При этом вопросам характеристики и применения СЭМ в России посвящен отдельный федеральный закон²⁰ (далее — Закон о СЭМ), согласно которому к СЭМ относится запрет совершения определенных действий в отношении блокируемых лиц: в частности, запрет (ограничение) совершения с ними финансовых и внешнеэкономических операций, замораживание их имущества и запрет осуществления операций с таким имуществом, а также возложение обязанности совершения перечисленных действий. Перечень мер, относящихся к СЭМ, носит открытый характер, так как на блокируемых лиц могут быть наложены «иные ограничения».

Приведенная характеристика СЭМ действует с февраля 2024 г.²¹ Именно тогда было введено понятие «блокируемых лиц»²² — иностранных государств, организаций и физических лиц иностранного происхождения или подконтрольных иностранным организациям, гражданам или апатридам (ч. 2.1 ст. 3 Закона о СЭМ). К подконтрольным относятся организации, более 50 % голосующих акций которых могут прямо или косвенно распоряжаться иностранные граждане или организации.

До февраля 2024 г. СЭМ применялись только в отношении иностранных государств, организаций и граждан, а также апатридов, постоянно проживающих на территории иностранного государства. Таким образом, в 2024 г. перечень лиц, в отношении которых возможно применение СЭМ, был значительно расширен за счет «подконтрольных» организаций.

В случае введения СЭМ блокируемые лица могут быть ограничены в возможности распоряжаться своим имуществом: ст. 3.1 Закона о СЭМ предусматривает весьма узкий перечень базовых прав «блокируемого лица», попавшего под СЭМ (например, выплата работникам зарплаты не выше прожиточного минимума, получение зарплаты и расходование ее в размере не более 10 тыс. руб., получение стипендий и пособий и др.). Иными словами, введение СЭМ может значительно ограничить дееспособность блокируемого лица как участника правоотношений.

Несмотря на открытый перечень СЭМ, возможная их направленность исчерпывающе определена в законе (ч. 2.3 ст. 3 Закона о СЭМ):

- приостановление программ экономической, технической помощи, программ военно-технического сотрудничества, ограничения туризма;
- запрет (ограничение) финансовых и внешнеэкономических операций, а также запрет на участие в международных и иностранных научных и научно-технических программах и проектах;
- прекращение (приостановление) действия внешнеэкономических международных договоров, а также изменение таможенных пошлин;

¹⁹ О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия США и иных иностранных государств: Федер. закон от 04.06.2018 № 127-ФЗ. СЗ РФ. 2018. № 24. Ст. 3394.

²⁰ О специальных экономических мерах и принудительных мерах: Федер. закон от 30.12.2006 № 281-ФЗ. СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 44.

²¹ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ: Федер. закон от 04.08.2023 № 422-ФЗ. СЗ РФ. 2023. № 32 (ч. I). Ст. 6154.

²² Там же.

- запрещение (ограничение) захода иностранных судов в российские порты, а также использования российского воздушного пространства.

Однако в отдельных случаях (часть из которых рассмотрена ниже) применение СЭМ может выходить за рамки данного перечня направлений.

Применение СЭМ осуществляется согласно ряду принципов, среди которых: принципы законности, гласности, обоснованности и объективности применения (ч. 2 ст. 2 Закона о СЭМ), обязательность соблюдения для органов публичной власти, граждан и организаций (ч. 3 ст. 3 Закона о СЭМ), временный характер (применяются на срок, устанавливаемый Президентом) (ч. 1 ст. 3, ч. 1 ст. 5 Закона о СЭМ), а также соразмерность мер обстоятельствам, для устранения которых они применяются (ч. 5 ст. 3 Закона о СЭМ). Исходя из последнего принципа, например, нельзя в случае введения государством санкций на поставку из России какого-либо одного вида товаров (например, сыра) ввести запрет на торговлю с этим государством любыми видами товаров. Однако в ситуации введения большого количества санкций разнонаправленного характера оценить соблюдение критерия соразмерности СЭМ часто проблематично.

Особенности влияния отдельных видов СЭМ на реализацию конституционного принципа СЭД в РФ

С 2022 г. СЭМ приобретают различные формы, которые можно разделить по блокам, в зависимости от той отрасли экономики, на которую они влияют. Из этих блоков можно выделить те, которые оказывают наиболее сильное воздействие на деятельность хозяйствующих субъектов и, следовательно, на реализацию ими принципа СЭД.

Первыми и наиболее значимыми по уровню такого воздействия, на наш взгляд, являются СЭМ, предусматривающие введение временного управления имуществом, принадлежащим «недружественным лицам», или ограничение прав управления таким имуществом.

Институт «временного управления» — новелла отечественного правового регулирования, вызванная необходимостью выработки ответных мер на заморозку российских активов в 2022–2023 гг. Временное управление предусматривает временное изъятие определенных видов имущества у собственника, являющегося лицом недружественных иностранных государств, с временной передачей лицу, назначенному государством, полномочий собственника в отношении указанного имущества.

В качестве «лиц недружественных иностранных государств» выступают лица, связанные с такими государствами (то есть их граждане, резиденты, а также лица, осуществляющие преимущественное ведение хозяйственной деятельности или извлекающие прибыль от своей деятельности на территории таких государств), а также лица, находящиеся под контролем указанных лиц.

Режим вводится в случаях лишения или ограничения права собственности и/или имущественных прав России или российских лиц в недружественных государствах²³, возникновения угрозы такого нарушения, а также возникновения иных угроз безопасности России и ее обороноспособности, в отношении фактически любого имущества «недружественных лиц»: движимого и недвижимого имущества, принадлежащих им ценных бумаг, долей в уставных (складочных) капиталах российских компаний, а также имущественных прав.

В рамках режима временного управления государство временно (до решения Президента РФ об отмене) фактически изымает имущество у владельца и передает временному управляющему, которым, по общему правилу, является Росимущество. Однако Президент РФ вправе определить и иного временного управляющего (к примеру, Правительство Москвы²⁴). Временный управляющий осуществляет полномочия собственника активов, переданных во временное управление, за исключением полномочий по

²³ См.: Перечень иностранных государств и территорий, совершающих в отношении РФ, российских юридических лиц и физических лиц недружественные действия, утвержденные распоряжением Правительства РФ от 05.03.2022 № 430-р. СЗ РФ. 2022. № 11. Ст. 1748.

²⁴ О внесении изменений в перечень движимого и недвижимого имущества, ценных бумаг, долей в уставных (складочных) капиталах российских юридических лиц и имущественных прав, в отношении которых вводится временное управление, утвержденный Указом Президента РФ от 25.04.2023 № 302: Указ Президента РФ от 22.11.2023 № 888. СЗ РФ. 2023. № 48. Ст. 8550.

распоряжению имуществом. Расходы по осуществлению временного управления покрываются за счет доходов от использования имущества.

Конкретное имущество, в отношении которого вводится «временное управление», содержится в специальном перечне²⁵. Изначально (в апреле 2023 г.) в нем были акции всего двух компаний, однако перечень постоянно расширяется (к 1 ноября 2024 г. в нем находилось уже более 30 позиций).

Таким образом, институт временного управления, получающий всё большее распространение на территории России, фактически является инструментом временной экспроприации имущества. Такая экспроприация на неопределенное время полностью лишает лицо возможности осуществлять правомочия собственника в отношении принадлежащего ему имущества. При этом для компании, в отношении которой введено временное управление, существует высокий риск ухудшения ее финансового положения, и даже риск банкротства. Это связано с невозможностью равнозначной замены государственными служащими налаженной системы управления компанией, отсутствием регулирования процедуры введения и осуществления временного управления (в частности, механизма передачи полномочий к временному управляющему, реализации его полномочий) и механизмов контроля расходов на временное управление, осуществляемых за счет активов компании, а также ответственности временного управляющего. Для минимизации обозначенных негативных последствий необходимо четко урегулировать процедуру осуществления механизма временного управления. В частности, нужно определить функции, полномочия и ответственность временного управляющего, а также зафиксировать особенности осуществления им сделок по распоряжению имуществом компании.

Исходя из изложенного, любая компания, связанная с недружественным государством, осуществляющая деятельность на российском рынке, в любом случае, вне зависимости от своего «поведения» на рынке, рискует попасть под режим временного управления, что влечет за собой значительные риски в различных аспектах ее деятельности. В свою очередь, введение данного режима фактически блокирует не только свободное осуществление лицом экономической деятельности, но и возможность осуществлять эту деятельность как таковую. В этой связи на примере данного института можно говорить о возможности существенного расширения ограничений принципа СЭД в условиях санкций.

Столь жесткое ограничение указанного принципа объяснимо — российское государство в данном случае зеркально реагирует на подобную экспроприацию зарубежного имущества России и российских граждан, осуществляемую со стороны иностранных государств (размер которой на начало 2023 г. оценивался в несколько триллионов рублей²⁶). Учитывая, что замороженные активы могут пойти на покупку оружия для Украины²⁷ (то есть для страны, с вооруженными силами которой РФ ведет боевые действия), такое зеркальное реагирование представляется более чем обоснованным.

Кроме того, практика показывает, что государство действительно рассматривает режим временного управления как экстраординарную меру, которая носит срочный характер и рано или поздно будет отменена. Так, первый случай отмены режима временного управления произошел в марте 2024 г. в отношении АО «Данон Россия»²⁸. Наличие таких примеров показывает, что государство постоянно анализирует реальную необходимость режима временного управления в отношении той или иной компании, и, если такая необходимость отпадает, отменяет его.

При этом сам механизм временного управления, главная проблема которого кроется в недостаточности и неопределенности регулирования, вызывает обозначенные выше правовые вопросы. В этой связи нельзя не сравнить его с обсуждаемым с 2022 г. схожим механизмом внешнего управления, законопроект о возможности введения которого был принят Государственной Думой в первом чтении в мае 2022 г. (с тек

²⁵ Перечень движимого и недвижимого имущества, ценных бумаг, долей в уставных (складочных) капиталах российских юридических лиц и имущественных прав, в отношении которых вводится временное управление, утвержденный Указом Президента РФ от 25.04.2023 № 302. СЗ РФ. 2023. № 18. Ст. 3290.

²⁶ ЦБ оценил объем заблокированных за границей активов российских инвесторов [Электронный ресурс]. РИА Новости. URL: <https://ria.ru/20230131/aktivy-1848592825.html> (дата обращения: 02.04.2024).

²⁷ Шольц заявил о планах передать доходы от активов России на оружие для ВСУ [Электронный ресурс]. РБК. URL: <https://www.rbc.ru/politics/15/03/2024/65f472279a794748df8e78a0> (дата обращения: 02.04.2024).

²⁸ О признании утратившими силу отдельных положений актов Президента РФ: Указ Президента РФ от 13.03.2024 № 186. Российская газета. 2024. № 57.

пор его статус не изменился)²⁹. Механизм внешнего управления достаточно сильно напоминает механизм временного управления. При этом между ними существует и ряд принципиальных отличий. Так, институт временного управления предусматривает четкие критерии лиц, которые могут попасть под такое управление (такие критерии зависят, например, от сферы деятельности лица, степени его влияния на рынке, направленности действий собственников иностранных активов в отношении РФ), определяет четкие основания назначения внешней администрации, ее функции, особенности осуществления ею сделок, а также фиксирует процедуру передачи ей полномочий руководителя организации и ответственность за причиненные убытки. В этой связи, на наш взгляд, режим внешнего управления, в отличие от режима временного управления, видится более соответствующим принципу правовой определенности и, одновременно с этим, создающим куда меньшие риски ущемления прав хозяйствующих субъектов. Как следствие, режим временного управления в будущем представляется возможным заменить режимом внешнего управления.

В рамках СЭМ существуют и иные формы фактического изъятия имущества у иностранных лиц. Такие меры могут осуществляться путем императивного создания государством специализированных юридических лиц, которым переходят все или часть активов организации. При этом государство может самостоятельно распределять доли участия иных организаций в создаваемом им обществе и лишать в нем иностранных лиц права голоса.

Одним из последних примеров использования обозначенной формы является процедура корпоративных изменений в управлении аэропортом Пулково, осуществленная в конце 2023 г.³⁰ В рамках данной процедуры Правительством РФ было создано ООО «Холдинг ВВСС», заменившее единственного участника ООО «Воздушные ворота Северной столицы» (владелец аэропорта). Доли в новом юридическом лице были прямо определены государством. Иностранные участники не утратили доли, однако были временно лишены права голоса по ним, в результате чего контроль над аэропортом фактически перешел к РФ (через РФПИ и ВТБ).

Таким образом, данный указ фактически представляет собой случай перераспределения имущества в пользу РФ в рамках специфической формы СЭМ. Столь радикальное решение имело под собой значительные основания: контроль организации со стороны иностранных лиц (более 50 %, что в условиях санкций является недопустимым для критически важного транспортного объекта), позиция одного из участников (немецкая компания Fraport), планировавшего продать свою долю 25 %³¹, а также объем финансовых обязательств, которые иностранная холдинговая компания имела перед своими участниками, связанными с недружественными государствами. В Указе основанием для принятия решения являлась «угроза национальным интересам и экономической безопасности России»³².

Данный случай не является единственным: аналогичные механизмы перераспределения долей компаний уже применялись государством в случае с оператором нефтегазового проекта «Сахалин-1»³³, операторами Южно-Русского нефтегазоконденсатного месторождения (далее — НГМК)³⁴, Уренгойского НГМК³⁵, Пилтун-Астохского и Лунского месторождений нефти и газа³⁶. При этом в случае с Южно-Русским НГМК иностранные «недружественные» участники были полностью устранены из структуры владения новой организации.

²⁹ О внешней администрации по управлению организацией: Законопроект № 104796-8 [Электронный ресурс]. СОЗД. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/104796-8> (дата обращения: 02.04.2024).

³⁰ О применении специальных экономических мер в сфере воздушного транспорта в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций: Указ Президента РФ от 30.11.2023 № 909. СЗ РФ. 2023. № 49 (ч. 3). Ст. 8724.

³¹ Fraport продает долю в Пулково [Электронный ресурс]. Коммерсантъ. URL: https://www.kommersant.ru/doc/6210850?from=top_main_1 (дата обращения: 02.04.2024).

³² О применении специальных экономических мер в сфере воздушного транспорта в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций: Указ Президента РФ от 30.11.2023 № 909. СЗ РФ. 2023. № 49 (ч. 3). Ст. 8724.

³³ О применении дополнительных специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций: Указ Президента РФ от 07.10.2022 № 723. СЗ РФ. 2022. № 41. Ст. 7055.

³⁴ О специальных экономических мерах в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций: Указ Президента РФ от 19.12.2023 № 965. СЗ РФ. 2023. № 52. Ст. 9599.

³⁵ О дополнительных специальных экономических мерах в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций: Указ Президента РФ от 19.12.2023 № 966. СЗ РФ. 2023. № 52. Ст. 9600.

³⁶ О применении специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций: Указ Президента РФ от 30.06.2022 № 416. СЗ РФ. 2022. № 27. Ст. 4815.

Необходимость принятия обозначенных мер объяснялась создаваемыми угрозами возникновения чрезвычайной ситуации, угрозой жизни и безопасности людей, а также угрозой национальным интересам и экономической безопасности РФ.

Таким образом, «угроза национальным интересам и безопасности» рассматривается как основание для применения СЭМ, являющихся существенным ограничением права собственности лиц, связанных с недружественными государствами.

Одновременно с этим можно говорить о том, что СЭМ в виде перераспределения активов организаций так же, как и институт временного управления, фактически размывают принцип СЭД. Однако такое «размытие» видится оправданным в случае его применения для конституционно значимой цели обеспечения безопасности России, когда невмешательство государства грозит кризисом значимых отраслей экономики, риском возникновения чрезвычайных ситуаций и, как следствие, риском массовых нарушений прав граждан.

СЭМ, влияющие на реализацию принципа СЭД, не всегда предусматривают какие-либо формы изъятия или перераспределения собственности организаций. Так, одной из самых существенных по объему и влиянию на развитие отечественной экономики разновидностью СЭМ является блок, посвященный особенностям исполнения обязательств перед иностранными кредиторами, связанными с недружественными государствами.

Применение такого рода СЭМ началось в марте 2022 г., когда был принят Указ Президента, установивший особый временный порядок исполнения обязательств перед иностранными кредиторами, связанными с недружественными государствами РФ (далее также — «недружественные кредиторы»)³⁷. Данная связь выражается в наличии гражданства такого государства (в том числе если лицо, наряду с гражданством недружественного государства, имеет российское гражданство), регистрации или преимущественного ведения хозяйственной деятельности, а также извлечения прибыли в нем или в наличии контроля со стороны иностранных государств.

Особый порядок исполнения обязательств применяется в случае, если их размер превышает 10 млн руб. в календарный месяц, и предусматривает возможность российских граждан и публично-правовых образований, имеющих обязательства перед «недружественными кредиторами» в валюте, осуществлять расчеты с последними в рублях. Для того чтобы обязательства считались исполненными, они должны быть проведены с использованием специального счета типа «С» или в ином порядке, определенном Минфином России или Банком России. Выплата прибыли российскими организациями своим совладельцам, связанным с недружественными государствами или контролируемым такими государствами, также стала возможной только через счет типа «С» (если иное не определено Банком России и Минфином России)³⁸.

Существуют и иные типы счетов, с использованием которых возможно исполнение обязательств перед иностранными кредиторами: счет типа «Д» — для расчетов по еврооблигациям, выпущенным иностранными организациями³⁹; «З» — для расчетов по внешнеторговым контрактам на поставку сельхозпродукции⁴⁰; «И» — для расчетов по еврооблигациям с иностранными кредиторами (Указы Президента РФ 2022⁴¹ и 2023 гг.⁴²); «К» — для расчетов за поставки природного газа⁴³; «О» — для расчетов

³⁷ О временном порядке исполнения обязательств перед некоторыми иностранными кредиторами: Указ Президента РФ от 05.03.2022 № 95. СЗ РФ. 2022. № 10. Ст. 1472.

³⁸ О временном порядке исполнения финансовых обязательств в сфере корпоративных отношений перед некоторыми иностранными кредиторами: Указ Президента РФ от 04.05.2022 № 254. СЗ РФ. 2022. № 19. Ст. 3189.

³⁹ О временном порядке исполнения обязательств по договорам банковского счета (вклада), выраженных в иностранной валюте, и обязательств по облигациям, выпущенным иностранными организациями: Указ Президента РФ от 08.08.2022 № 529. СЗ РФ. 2022. № 33. Ст. 5887.

⁴⁰ О специальном порядке проведения расчетов по внешнеторговым контрактам на поставку российской сельскохозяйственной продукции: Указ Президента РФ от 08.08.2023 № 589. СЗ РФ. 2023. № 33. Ст. 6471.

⁴¹ О временном порядке исполнения перед резидентами и иностранными кредиторами государственных долговых обязательств РФ, выраженных в государственных ценных бумагах, номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте: Указ Президента РФ от 22.06.2022 № 394. СЗ РФ. 2022. № 26. Ст. 446.

⁴² О временном порядке исполнения перед резидентами и иностранными кредиторами государственных долговых обязательств РФ, выраженных в государственных ценных бумагах, номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте, и иных обязательств по иностранным ценным бумагам: Указ Президента РФ от 09.09.2023 № 665. СЗ РФ. 2023. № 37. Ст. 6814.

⁴³ О специальном порядке исполнения иностранными покупателями обязательств перед российскими поставщиками природного газа: Указ Президента РФ от 31.03.2022 № 172. СЗ РФ. 2022. № 14. Ст. 2244.

с правообладателями, связанными с недружественными юрисдикциями⁴⁴.

Особый порядок расчетов по обязательствам, в рамках которого используются перечисленные счета, безусловно, оказывает влияние на реализацию принципа СЭД. Такое влияние заключается в крайне специфической форме реализации принципа свободы договора, без которого не может существовать принцип СЭД. Так, в данном случае исполнение обязательств подчинено необходимости создавать «прослойку» между его сторонами — кредитором и должником, в виде создания специального счета. Расходование средств с таких счетов в рамках исполнения обязательств осуществляется только с разрешения публичных органов, уполномоченных государством, — Банка России или Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в РФ (далее — Правкомиссия).

Исполнение отдельных обязательств с «недружественными лицами» возможно при условии обязательного предварительного одобрения Правкомиссии, без их проведения через специальный счет. Так, в частности, разрешение Правкомиссии требуется при предоставлении таким лицам кредитов и займов, при продаже им ценных бумаг и недвижимости, а также при осуществлении некоторых других операций⁴⁵. Иными словами, часть сделок фактически осуществляется лишь с разрешения государства.

Говоря о специальных правилах исполнения сделок с иностранными контрагентами при условии предварительного контроля со стороны публичных субъектов, нельзя не остановиться и на некоторых особенностях совершения сделок с долями зарубежных компаний.

В марте 2022 г. были определены специальные правила осуществления указанных сделок, согласно которым совет директоров Банка России получил право определять размер сумм операций по некоторым видам сделок резидентов с нерезидентами, а также размер переводов со счетов «недружественных» резидентов на счета «дружественных»⁴⁶.

Также было установлено обязательное согласование Правкомиссией сделок с долями ООО с участием «недружественных лиц»⁴⁷, а также сделок с участием «недружественных лиц» в отношении как минимум 1 % акций или долей кредитных и страховых организаций, негосударственных пенсионных фондов, микрофинансовых организаций, а также управляющих компаний акционерных инвестиционных, паевых инвестиционных или негосударственных пенсионных фондов⁴⁸.

Как известно, введение внешнеэкономических ограничений повлияло и на деятельность ряда иностранных компаний на российском рынке: под внешним давлением из России к началу 2023 г. ушло около 139 иностранных организаций⁴⁹. Государство предпринимало меры по недопущению выхода иностранных инвесторов из ключевых отраслей российской экономики. Так, в августе 2022 г. было запрещено совершать сделки с ценными бумагами и долями в уставных капиталах российских компаний, принадлежащих лицам, связанным с недружественными государствами, без разрешения Президента РФ. Такой запрет был установлен в отношении стратегических организаций, участников проекта «Сахалин-1» и Харьягинского месторождения, производителей оборудования для организаций ТЭК, производителей и поставщиков тепло- и электроэнергии, нефтеперерабатывающих организаций, а также отдельных кредитных организаций, перечень которых утверждает Президентом⁵⁰. Указанный запрет был установлен и в отношении отдельных пользователей участков недр⁵¹.

⁴⁴ О временном порядке исполнения обязательств перед некоторыми правообладателями: Указ Президента РФ от 27.05.2022 № 322. СЗ РФ. 2022. № 22. Ст. 3639.

⁴⁵ О дополнительных временных мерах экономического характера по обеспечению финансовой стабильности РФ: Указ Президента РФ от 01.03.2022 № 81. СЗ РФ. 2022. № 10. Ст. 1466.

⁴⁶ О дополнительных временных мерах экономического характера по обеспечению финансовой стабильности РФ в сфере валютного регулирования: Указ Президента РФ от 18.03.2022. № 126. СЗ РФ. 2022. № 12. Ст. 1808.

⁴⁷ Об особом порядке осуществления (исполнения) отдельных видов сделок (операций) между некоторыми лицами: Указ Президента РФ от 08.09.2022 № 618. СЗ РФ. 2022. № 37. Ст. 6316.

⁴⁸ О некоторых вопросах осуществления (исполнения) отдельных видов сделок (операций): Указ Президента РФ от 15.10.2022 № 737. СЗ РФ. 2022. № 42. Ст. 7159.

⁴⁹ Подсчитано количество ушедших из России международных компаний [Электронный ресурс]. Лента.ру. URL: https://lenta.ru/news/2023/03/24/ushli_kompanii/ (дата обращения: 02.04.2024).

⁵⁰ Об утверждении перечня российских кредитных организаций, в отношении которых установлен запрет на сделки (операции) с акциями, долями (вкладами), составляющими их уставные капиталы: Расп. Президента РФ от 26.10.2022 № 357-рп. СЗ РФ. 2022. № 44. Ст. 7554.

⁵¹ О применении специальных экономических мер в финансовой и топливно-энергетической сферах в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций: Указ Президента РФ от 05.08.2022 № 520. СЗ РФ. 2022. № 32. Ст. 5816.

Осуществление предварительного контроля за совершением сделок со стороны публичных субъектов обусловлено, в первую очередь, необходимостью ограничить возможность вывода российских активов важнейших для страны предприятий в недружественные страны, что в условиях санкций критически важно для обеспечения экономической безопасности государства и организации функционирования его экономической системы.

При этом средства на счете типа «С» могут использоваться в целях их обмена на замороженные российские активы за рубежом⁵². Это важно для сохранения заблокированных российских активов в нашей стране и недопущения их передачи третьим лицам с дальнейшим использованием против России.

СЭМ имеют и иные разновидности (например, обязательную продажу валютной выручки, ограничение трансграничных переводов, особенности проведения операций с ценными бумагами и др.). Большая часть из них устанавливает особый правовой режим деятельности организаций в той или иной отрасли экономики, ограничивающий СЭД хозяйствующих субъектов.

Выводы

СЭМ выступают одной из самых значимых форм ограничений свободы экономической деятельности в России. Особенно жесткий характер такие меры приобрели в период санкций, то есть во время нарастания внешних угроз для российской экономики. Для нивелирования риска, исходящего от таких угроз, а также для ответа на таковые государство принимает меры, часть из которых значительно сужает возможности лица для свободного осуществления экономической деятельности, а часть — фактически лишает лицо такой возможности. Как правило, СЭМ применяются в отношении лиц, связанных с недружественными государствами.

На примере института СЭМ можно говорить о том, что в условиях санкций ограничения реализации свободы экономической деятельности для лиц, связанных с недружественными государствами, могут быть существенно расширены, а пределы вмешательства государства в реализацию данного конституционного принципа становятся уже.

В период беспрецедентного санкционного давления на Россию такие расширенные ограничения видятся возможными. Однако, во-первых, они должны носить исключительный характер, то есть применяться только в том случае, если арсенал более мягких мер, которые может предпринять государство для противодействия иностранным санкциям, исчерпан.

Во-вторых, применение таких мер должно соответствовать принципам применения СЭМ и общим принципам ограничений прав и свобод. Важнейшим из этих принципов является применение ограничения строго в конституционно значимых целях (среди которых, в частности, цели обеспечения обороны и безопасности государства, защиты жизни, здоровья и законных интересов граждан). Кроме того, применение СЭМ должно соответствовать принципу обоснованности: должна существовать связь между правами и интересами, требующими защиты, угрозой нарушения таких прав и интересов и нивелированием такой угрозы посредством применения ограничения. В случае с СЭМ таким интересом является цель организации функционирования российской экономики, о значимости которой высказывался КС РФ⁵³.

При этом важно соблюдение принципов правовой определенности, законности, гласности, обоснованности и объективности применения СЭМ, временный характер их использования, а также соразмерность мер тем обстоятельствам, для устранения которых они применяются.

Необходимо совершенствовать российское законодательство в целях соответствия «контрсанкционных» ограничений СЭД обозначенным принципам. Особую важность здесь представляет работа над конкретизацией оснований, механизмов и гарантий применения СЭМ к хозяйствующим субъектам. Важно не

⁵² О дополнительных временных мерах экономического характера, связанных с обращением иностранных ценных бумаг: Указ Президента РФ от 08.11.2023 № 844. СЗ РФ. 2023. № 46. Ст. 8229.

⁵³ Напр.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ряда граждан и юридических лиц — акционеров ОАО «Территориальная генерирующая компания № 2» на нарушение конституционных прав и свобод ст. 1, ч. 3 ст. 3, ч. 1 ст. 4 и ч. 1 ст. 8 ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства», а также ч. 1 ст. 9 ФЗ «О защите конкуренции»: Определение КС РФ от 05.07.2011 № 924-О-О. Вестник КС РФ. 2012. № 2.

допускать неизбирательного применения таких мер, их неопределенного и неясного содержания, а также создания чрезмерных препятствий для деятельности иностранных организаций на российском рынке.

Литература

1. Астафьева Е. В. Принципы ограничения конституционных прав и свобод граждан // Вестник Челябинского государственного университета. 2008. № 22 (123). С. 45–48. EDN: MSYLLN
2. Лобанова Я. В. Свобода экономической деятельности: конституционное содержание и пределы: специальность 12.00.02 «Конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право»: дисс. ... канд. юрид. наук Лобанова Яна Витальевна, 2019. 264 с. EDN: KQIALO
3. Мохов А. А. Правовые режимы осуществления экономической деятельности и саморегулирование предпринимательской или профессиональной деятельности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 4. С. 9–14. EDN: ТОМОХН
4. Правовое регулирование экономической деятельности: единство и дифференциация / Р. Н. Аганина, Л. В. Андреева, Т. А. Андропова [и др.]. М.: Норма, 2017. 464 с. EDN: XRAKZT
5. Рязанова А. Р. Санкционный режим экономической деятельности: понятие и правовая природа // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2022. № 12 (100). С. 205–214. DOI: 10.17803/2311-5998.2022.100.12.205-214. EDN: UPWQNO
6. Тарасенко О. А. Формирование доктрины и законодательства о правовых режимах банковской деятельности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2021. № 51. С. 105–132. DOI: 10.17072/1995-4190-2021-51-105-132. EDN: MBIJTY
7. Федоренко В. И. Свобода экономической деятельности в Российской Федерации: понятие, пределы и ограничения // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. № 6 (131). С. 70–77. EDN: NLKNNJ

Об авторе:

Дегтярев Максим Анатольевич, аспирант департамента публичного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация);

e-mail: madegtyarev@hse.ru

References

1. Astafieva, E. V. (2008) Principles of restriction of constitutional rights and freedoms of citizens. *Vestnik of Chelyabinsk State University*. No. 22 (123). Pp. 45–48. (In Russ.)
2. Lobanova, Ya. V. (2019) Freedom of economic activity: constitutional content and limits. Dis. submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Candidate of Juridical Sciences. 264 p. (In Russ.)
3. Mokhov, A. A. (2015) Legal regimes of realization economic activity and the autoregulation of entrepreneurial or professional activity. *Laws of Russia: experience, analysis, practice*. No. 4. Pp. 9–14. (In Russ.)
4. Ershova, I. V., Mokhov A. A. (Eds) (2017) Legal regulation of economic activity: unity and differentiation. Monograph. *Norma: INFRA-M*. 464 p. (In Russ.)
5. Ryazanova, A. R. (2022) Sanctions regime of economic activity: concept and legal nature. *Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. No. 12. Pp. 205–214. DOI: 10.17803/2311-5998.2022.100.12.205-214 (In Russ.)
6. Tarasenko, O. A. (2021) Formation of the doctrine and legislation on legal regimes of banking. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*. No. 51. Pp. 105–132. DOI: 10.17072/1995-4190-2021-51-105-132 (In Russ.)
7. Fedorenko, V. I. (2019) Freedom of economic activity in the Russian Federation: concept, limits and restrictions. *Bulletin of the Saratov State Law Academy*. No. 6 (131). Pp. 70–77. (In Russ.)

About the author:

Maksim A. Degtyarev, postgraduate student of the of the School of Public Law of the Faculty of Law of the National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg, Russian Federation);

e-mail: madegtyarev@hse.ru

Особенности налогового контроля цен в неконтролируемых сделках

Саляхутдинов Э. Ш.^{1, 2}

¹ ООО «ДРТ Консалтинг» (Москва, Российская Федерация)

² Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: emil.shamilevich.01@bk.ru

Аннотация

Цель статьи — анализ полномочий территориальных налоговых органов по контролю за ценами в неконтролируемых сделках между взаимозависимыми лицами. Интерпретация законодательства о налогах и сборах ФНС России привела к расширению полномочий налоговых органов в отношении сделок налогоплательщиков, которые изначально не рассматривались как подлежащие контролю, что вызывает неопределенность и несогласованность в правоприменительной практике. В статье проводится анализ правовых основ, методологии и процедур налогового контроля цен в неконтролируемых сделках, а также рассматривается концепция «многократного отклонения цены» и стратегии защиты налогоплательщика. Методологическую основу статьи составляют как общенаучные, так и частнонаучные методы. Автором были использованы методы анализа и синтеза, а также формально- и историко-юридический метод. Результаты статьи свидетельствуют о различии положения налогоплательщиков при ценовом контроле в рамках камеральных и выездных проверок из-за отсутствия специальных гарантий, предусмотренных разделом V.1 НК РФ. Автор делает вывод о необходимости расширения норм о трансфертном ценообразовании, что обеспечит равные права и гарантии для всех налогоплательщиков, а также уменьшит риск произвольности и неопределенности в действиях налоговых органов и гарантирует более справедливый и прозрачный налоговый контроль.

Ключевые слова: трансфертное ценообразование, взаимозависимые лица, контролируемые сделки, необоснованная налоговая выгода, принцип «вытянутой руки».

Для цитирования: Саляхутдинов Э. Ш. Особенности налогового контроля цен в неконтролируемых сделках // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 140–147. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-140-147. EDN: YCEREZ

Peculiarities of Transfer Pricing Supervision in Uncontrolled Transactions

Saliakhutdinov E. Sh.^{1, 2}

¹ BST Consulting, LLC (Moscow, Russian Federation)

² National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

e-mail: emil.shamilevich.01@bk.ru

Abstract

The aim of this article is to scrutinize the authority of tax agencies concerning the transfer pricing supervision in uncontrolled transactions among related parties. The interpretation of tax laws by the Russian Federal Tax Service has significantly broadened the supervision capabilities of tax agencies over taxpayer transactions initially not meant for scrutiny, resulting in ambiguity and inconsistency in legal

proceedings. The article provides an analysis of the legal framework, methodology, and procedures for tax control of prices in uncontrolled transactions, as well as examines the concept of “multiple price deviations” and taxpayer defense strategies. The methodological basis of the article includes both general scientific and specialized scientific methods. In particular, the author employs analysis, synthesis, formal legal, and historical-legal methods. The findings suggest disparities in the treatment of taxpayers in transfer pricing supervision due to the absence of specific safeguards outlined in Section V.1 of the Tax Code of the Russian Federation. Consequently, the author advocates for an extension of transfer pricing laws to encompass all taxpayers, thereby ensuring parity in rights and protections while mitigating arbitrary actions and uncertainties by tax agencies, thereby fostering a more equitable and transparent tax supervision system.

Keywords: transfer pricing, related parties, controlled transactions, unjustified tax benefit, arm’s length principle.

For citation: Saliakhutdinov, E. Sh. (2024) Peculiarities of Transfer Pricing Supervision in Uncontrolled Transactions. *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 140–147. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-140-147

Введение

Налоговый контроль в сфере трансфертного ценообразования представляет собой одно из поднаправлений налогового контроля, направленного на мониторинг использования трансфертных цен между взаимозависимыми сторонами в контролируемых сделках¹. Кроме того, этот вид контроля также включает в себя меры по восстановлению имущественного баланса путем принудительной корректировки налоговой базы до рыночного уровня в соответствующих случаях.

В свою очередь, контроль за ценами в сделках между взаимозависимыми лицами, не соответствующих «суммовому» критерию в соответствии со ст. 105.14 НК РФ, является причиной судебных разбирательств между налогоплательщиками и налоговым органом.

Раздел V.1 НК РФ² ограничил круг органов, обладающих правом проверки соответствия цены в сделке рыночным условиям, при этом такие полномочия принадлежат Центральному аппарату ФНС России (далее — ЦА ФНС России). Согласно п. 1 ст. 105.17 НК РФ установлен прямой запрет на контроль цен в ходе камеральных и выездных проверок. Несмотря на это, споры продолжаются, и судебная практика складывается таким образом, что фактически территориальные налоговые органы получают полномочия проверять цены в неконтролируемых сделках.

При разработке критериев и признаков контролируемых сделок законодатель учел экономические факторы, влияющие на формирование налоговых поступлений в бюджет. Это привело к тому, что ЦА ФНС России осуществляет контроль только определенных сделок и действий налогоплательщиков, которые имеют большое общественное значение и требуют значительных материальных и временных затрат на проведение контроля соответствия цен рыночным.

Таким образом, законодатель включил в проверку по контролю цен только контролируемые сделки, соответствующие «суммовому» критерию, предоставив полномочия исключительно ЦА ФНС России. Иные сделки — неконтролируемые, пользуются презумпцией рыночной цены, полномочия по опровержению которой не имеют ни ЦА ФНС России, ни территориальные налоговые органы³.

С другой стороны, принцип «вытянутой руки» является международным стандартом в трансфертном ценообразовании, закрепленном в ст. 9 Модельной конвенции Организации экономического

¹ См.: Задорожная А. И. Институт налогового контроля трансфертного ценообразования в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Санкт-Петербург, 2017. 270 с.

² О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием принципов определения цен для целей налогообложения: Федер. закон от 18.07.2011 № 227-ФЗ. Собрание законодательства РФ. 2011. № 30. Ч. 1. Ст. 4575.

³ См.: Хлобутова К. А. Контроль цен в неконтролируемых сделках между взаимозависимыми лицами с применением методов трансфертного ценообразования // Международный научно-исследовательский журнал. 2020. № 3 (93). С. 111–113. <https://doi.org/10.23670/IRJ.2020.93.3.048>

сотрудничества и развития (ОЭСР)⁴. Данный принцип постулирует, что цены в сделках между взаимозависимыми компаниями должны соответствовать условиям, которые были бы применены в аналогичных сделках между независимыми сторонами. Цены в сделках должны отражать реальную рыночную ситуацию, а не быть продиктованными внутренними интересами группы.

Налоговый орган, исходя из этого принципа, вправе корректировать результаты сделок для целей налогообложения, если условия, применяемые между взаимозависимыми лицами, отклоняются от рыночных. При заключении сделок между независимыми сторонами условия, включая цены, формируются на основе спроса и предложения. В случае сделок внутри группы компаний цены могут определяться корпоративными стратегиями, что снижает влияние рыночных факторов⁵.

Таким образом, несоответствие трансфертных цен принципу «вытянутой руки» может привести к искажению налоговых обязательств участников контролируемых сделок. Применение этого принципа гарантирует, что коммерческие и финансовые отношения между взаимозависимыми сторонами будут соответствовать тем условиям, которые характерны для независимых участников в сопоставимых сделках.

Правовые основы налогового контроля цен в неконтролируемых сделках

В письме Минфин России указывает, что «территориальные налоговые органы осуществляют контроль за ценами в неконтролируемых сделках между взаимозависимыми лицами в рамках камеральных и выездных проверок»⁶. Однако при проверке цен налоговый орган должен не только выявить несоответствие рыночным ценам с использованием методов, указанных в гл. 14.3 НК РФ, но и также подтвердить умысел налогоплательщика в манипулировании ценой в такой сделке с целью получения необоснованной налоговой выгоды.

В дополнение ФНС России в письме⁷ указывает, что необходимо контролировать соответствие цен в сделках рыночному уровню при обнаружении уклонения от уплаты налогов через манипулирование ценами. Такой контроль должен осуществляться с помощью методов, указанных в гл. 14.3 НК РФ. В следующем письме ФНС России⁸ подчеркивает, что разделение полномочий по контролю цен связано с разными уровнями налоговой системы, то есть проверка цен в контролируемых сделках в рамках камеральных и выездных проверок запрещена, но данное ограничение не распространяется на неконтролируемые сделки. Следовательно, территориальные налоговые органы вправе осуществлять контроль цен в ходе камеральных и выездных проверок⁹.

Таким образом, Верховный Суд РФ¹⁰ (далее — ВС РФ) завершил дискуссию в споре о расширении полномочий территориальных налоговых органов. В результате рассмотрения заявления ВС РФ пришел к заключению, что целью проверки является наличие необоснованной налоговой выгоды, а не проверка соответствия цен рыночным в сделке, что соответствует нормам законодательства о налогах и сборах.

В настоящее время позиция относительно контроля цен в неконтролируемых сделках изложена в Обзоре практики ВС РФ¹¹. В п. 3 Обзора отмечается, что несоответствие цены сделки рыночным усло-

⁴ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. 2017. Сайт OECD. URL: <https://www.oecd.org/ctp/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-full-version-9a5b369e-en.htm> (дата обращения: 14.03.2024).

⁵ См.: Гудурин В. А. Основы международного корпоративного налогообложения. М.: ЮК «Шаповалов Петров»: Буки Веди, 2018. 1086 с.

⁶ О применении отдельных положений статьи 105.3 Налогового кодекса Российской Федерации (вместе с Письмом Минфина России от 18.10.2012 № 03-01-18/8-145 «О применении положений статьи 105.3 Налогового кодекса Российской Федерации»: письмо ФНС России от 02.11.2012 № ЕД-4-3/18615. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.03.2024).

⁷ О рекомендациях по проведению выездных налоговых проверок: письмо ФНС России от 25.07.2013 № АС-4-2/13622 (с изм. от 15.01.2019). Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.03.2024).

⁸ О возможности контроля цен по сделкам между взаимозависимыми лицами, не признаваемым контролируемым согласно ст. 105.14 НК РФ, в ходе проводимых налоговыми органами мероприятий налогового контроля при выездной и камеральной проверках: письмо ФНС России от 16.09.2014 № ЕД-4-2/18674@. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.03.2024).

⁹ См.: Метелева Ю. А. Налоговый контроль за ценами сделок между взаимозависимыми лицами // Налоги и налогообложение. 2019. № 7. С. 19–30. <https://doi.org/10.7256/2454-065X.2019.7.29230>

¹⁰ Апелляционное определение Апелляционной коллегии Верховного Суда РФ от 12.05.2016 № АПЛ16-124. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 11.

¹¹ Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с применением отдельных положений раздела V.1 и статьи 269 Налогового кодекса Российской Федерации. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 9.

виям не является самостоятельным основанием для установления факта необоснованной налоговой выгоды. Однако, если налоговый орган докажет отсутствие реального экономического смысла сделки, «многократное отклонение цены от рыночного уровня» может рассматриваться как один из признаков неправомерного получения налоговой выгоды.

В правоприменительной практике было установлено несколько дополнительных факторов, которые при наличии «многократного отклонения цены» могут рассматриваться как признаки необоснованной налоговой выгоды в деятельности налогоплательщика:

- «несоответствие между формой сделки и ее действительным экономическим содержанием»¹²;
- взаимосвязь с иными обстоятельствами, порочащими деловую цель сделки («взаимозависимость сторон», «создание организации непосредственно перед совершением сделки», «использование специфических методов расчетов и особых сроков платежей»¹³);
- наличие финансовых потерь для государственного бюджета¹⁴.

Таким образом, для пересмотра цен в неконтролируемых сделках территориальные налоговые органы используют инструментарий, предусмотренный ст. 54.1 НК РФ. Они аргументируют свои выводы через призму концепции «необоснованной налоговой выгоды», а корректировка цен рассматривается как общая оценка выявленной экономии, которая не была обоснованной. В соответствии с данным положением бремя доказывания неправомерной налоговой выгоды, возникающей в результате манипуляций с ценами в сделке, лежит на налоговом органе. В свою очередь, налогоплательщик должен доказать, что применяемая цена соответствует рыночным условиям, заключенная сделка имеет деловую цель и содержание операции соответствует ее реальному экономическому смыслу. Эффективная стратегия защиты в подобных спорах включает заблаговременное обоснование цены в сделке до вмешательства налогового органа.

Например, в судебном деле¹⁵ налоговый орган обнаружил, что в сделке по продаже недвижимости между взаимозависимыми лицами цена была значительно снижена (стоимость реализации — 7 013 000 руб., кадастровая стоимость — 24 478 624,43 руб., то есть занижение в 3,4 раза). Однако претензии налогового органа были признаны необоснованными, поскольку налогоплательщику удалось обосновать соответствие примененных цен рыночному уровню. Организация и ее учредитель, будучи взаимозависимыми лицами, осуществляли продажу недвижимого имущества на основе рыночной цены, определенной независимым оценщиком в отчете. При этом они учитывали не только рыночную цену реализации, но и стоимость приобретения, остаточную стоимость и текущее состояние объектов.

В другом судебном деле¹⁶ налогоплательщик решил использовать иную стратегию защиты: он представил в суд заключение специалиста, которое указывало на несоответствие проведенного налоговым органом экспертного исследования требованиям российского законодательства. В результате суд пришел к выводу, что предложенное налоговым органом экспертное заключение не является бесспорным доказательством налогового правонарушения. Кроме того, налогоплательщик представил альтернативные заключения двух других экспертных организаций, которые показали, что примененные в сделках цены соответствовали рыночному уровню.

Эффективным способом оспаривания применяемого налоговым органом метода определения рыночной цены является обоснованная и подробная критика данного метода. В судебном деле, рассматриваемом в Арбитражном суде Северо-Западного округа, № А66-13901/2018¹⁷ налоговый орган использо-

¹² Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с применением отдельных положений раздела V.1 и статьи 269 Налогового кодекса Российской Федерации. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 9.

¹³ Там же. П. 3.

¹⁴ Определение Верховного Суда РФ от 15.06.2017 № 305-КГ16-19927 по делу № А40-230712/2015. Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: <https://www.vsrif.ru/> (дата обращения: 16.03.2024).

¹⁵ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 06.07.2020 по делу № А12-39362/2019. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 17.03.2024).

¹⁶ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 28.02.2019 по делу № А34-3771/2018. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 18.03.2024).

¹⁷ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 08.06.2020 по делу № А66-13901/2018. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.03.2024).

вал метод сопоставимых рыночных цен, однако суд выявил, что сделки, используемые для сравнения, не были аналогичны по качеству товара, объему поставок и даже основному виду экономической деятельности сравниваемых организаций.

Методы определения рыночных цен в неконтролируемых сделках

Для выявления необоснованной налоговой выгоды, получаемой налогоплательщиком с помощью манипулирования ценой в сделках, налоговый орган имеет широкий выбор методов. В настоящее время налоговые инспекции применяют различные подходы в целях налогового контроля цен в неконтролируемых сделках.

Во-первых, методы определения рыночных цен, описанные в гл. 14.3 НК РФ. Следует отметить, что последовательность применения этих методов и обоснование выбора альтернативного подхода налоговым органом вместо метода сопоставимых рыночных цен являются ключевыми факторами для разрешения налогового спора¹⁸.

Во-вторых, расчетный метод определения рыночной цены, указанный в пп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ. Данный метод включает использование налоговым органом имеющейся информации о налогоплательщике и данных о других аналогичных налогоплательщиках. Расчетный метод не предоставляет точного расчета налоговой обязанности, а лишь приблизительно определяет ее, используя широкий спектр доступных источников информации. В судебном деле № А1912789/2019¹⁹ суд отметил, что налоговый орган не обязан применять методы трансфертного ценообразования и использовать источники информации, указанные в разделе V.1 НК РФ. Информация с интернет-ресурсов, ответы государственных органов на запросы налогового органа, данные из индийских экспортных накладных и документы, полученные от налоговых органов Индии, были признаны судом допустимыми доказательствами о сделках аналогичного характера. Также налоговый орган может руководствоваться информацией, полученной с интерактивных сервисов ФНС России, информацией от иных участников соответствующего сегмента рынка о рыночных ценах на товары, работы, услуги²⁰.

В-третьих, оценочная экспертиза. Суды учитывают результаты экспертиз, проведенных налоговыми органами в соответствии с требованиями ст. 95 НК РФ, принимая во внимание презумпцию достоверности отчета об оценке как документа с доказательственной силой²¹.

В-четвертых, расчет на основании цен мирового рынка в контексте применения гл. 26 НК РФ, который устанавливает специальные правила для определения рыночной стоимости добытых полезных ископаемых в рамках расчета налоговой базы по НДС. Например, в судебном деле № А78-1697/2022²² суд поддержал доводы налогового органа относительно учета мировых цен на аффинированные драгоценные металлы при продаже золотосодержащей руды. Для оценки рыночной стоимости реализованного золота налоговая инспекция использовала официальные учетные цены, утвержденные Центральным банком Российской Федерации.

Концепция «многократного отклонения цены от рыночного уровня» в правоприменительной практике

Концепция «многократного отклонения цены от рыночного уровня» является основополагающей при налоговом контроле цен в неконтролируемых сделках, при котором налоговый орган проводит

¹⁸ Определение Верховного Суда РФ от 22.10.2018 № 307-КГ18-15947 по делу № А05-7708/2017. Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: <https://www.vsrfl.ru/> (дата обращения: 20.03.2024).

¹⁹ Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 18.02.2021 по делу № А1912789/2019. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.03.2024).

²⁰ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 01.06.2023 по делу № А67-5583/2022. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.03.2024).

²¹ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 01.06.2023 по делу № А67-5583/2022. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.03.2024).

²² Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 08.02.2023 по делу № А78-1697/2022. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.03.2024).

корректировку налоговой базы до рыночного уровня. Однако в правоприменительной практике отсутствует точное определение термина «многократное отклонение», и неизвестно, какая величина отклонения цены от рыночного уровня считается многократной.

Например, в судебном деле № А04-9989/2016²³ суд не поддержал позицию налогового органа, отметив, что отклонение цены было незначительным (на 52 %) и что судебный орган не имеет полномочий оценивать экономическую обоснованность решений, принимаемых субъектами предпринимательской деятельности. Однако суд подчеркнул, что объем поставки товаров предпринимателя третьим лицам значительно ниже, что обосновывает продажу товаров этим покупателям по более высокой цене. Аналогичным образом налоговый орган пришел к выводу в судебном деле № А34-3771/2018²⁴, что налогоплательщик приобретал зерно у взаимозависимых лиц по цене, превышающей рыночный уровень на 46,60 %. Однако суд определил, что данное отклонение не является «многократным» и не способствует незаконному получению налоговой выгоды. Суд также установил, что эти сделки были осуществлены на основе реальных экономических мотивов и обоснованы разумными причинами.

Однако, например, в судебном деле № А03-10252/2021²⁵ налогоплательщик реализовал автомобиль физическому лицу, с которым они были взаимозависимыми, по цене ниже рыночной стоимости на 75 % от первоначальной стоимости автомобиля, установленной по результатам оценочной экспертизы. Суд пришел к выводу, что действия налогоплательщика направлены на получение необоснованной налоговой выгоды и пересчитал налог по рыночной стоимости автомобиля. Также в судебном деле № А55-4010/2021²⁶ налогоплательщик заключил договор аренды недвижимого имущества с взаимозависимыми лицами, в котором искусственно завысил расходы по арендным платежам в 10 раз. Суд пришел к заключению, что налогоплательщик «многократно» завысил размер арендных платежей по сравнению с рыночным уровнем, при этом фактически не выплатив арендную плату, что свидетельствует о стремлении получить налоговую выгоду путем искусственного увеличения расходов.

Таким образом, при рассмотрении вопроса о величине отклонения цены от рыночной становится очевидным, что различие между стоимостью сделки и ее рыночной ценой в 1,7–2 и более раз является объектом внимания для налогового органа и судов, которые рассматривают такое отклонение как многократное превышение или занижение.

Способы совершенствования налогового контроля цен в неконтролируемых сделках

Из проведенного анализа можно сделать вывод, что описанный выше подход к применению законодательства о контроле цен в неконтролируемых сделках между взаимозависимыми лицами подталкивает к размышлениям о его соответствии нормам законодательства о налогах и сборах. В случае, когда законодатель предоставляет налоговому органу полномочия по контролю за определенными видами деятельности, он детально определяет порядок осуществления такого контроля, включая объект проверки, контрольные мероприятия, порядок и сроки, ответственность²⁷. Однако в настоящее время четкое правовое регулирование контроля цен в неконтролируемых сделках в НК РФ отсутствует. Такая недостаточность правовых норм влечет за собой неопределенность в применении законодательства о налогах и сборах и увеличение налоговых споров в сфере налогового контроля цен.

Положения ст. 105.17 НК РФ предоставляют налогоплательщикам широкий спектр гарантий в рамках проверок по трансфертному ценообразованию. Эти гарантии включают в себя право на обоснование уста-

²³ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 29.03.2018 № 303-КГ17-19327 по делу № А04-9989/2016. Официальный сайт Верховного Суда Российской Федерации. URL: <https://www.vsrif.ru/> (дата обращения: 22.03.2024).

²⁴ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 28.02.2019 по делу № А34-3771/2018. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.03.2024).

²⁵ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.06.2022 по делу № А03-10252/2021. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 23.03.2024).

²⁶ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 15.03.2022 по делу № А55-4010/2021. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 23.03.2024).

²⁷ См.: *Ногина О. А.* Контроль налоговых органов за ценами в неконтролируемых сделках, заключенных взаимозависимыми лицами // *Петербургский юрист*. 2016. № 2. С. 42–48.

новленной цены в сделке, выбор метода определения рыночной цены с возможностью самостоятельной корректировки налоговой базы, использование различных источников информации для подтверждения соответствия цены рыночной в сделках. Дополнительно налогоплательщик может использовать информацию о рыночной цене из сделок с независимыми контрагентами и заключать соглашения о ценообразовании, а также имеется ограничение для налогового органа по использованию общедоступных источников о ценах на сопоставимые сделки и другие гарантии, предусмотренные разделом V.1 НК РФ.

В неконтролируемых сделках налогоплательщик лишен данных гарантий, что является предметом для споров между налогоплательщиком и налоговым органом. Отсутствие ограничений налогового органа по соблюдению принципа «вытянутой руки» создает неопределенность для налогоплательщиков, что приводит к неравному положению по сравнению с контролируруемыми сделками. Фактически налогоплательщик, считая сделку не подлежащей контролю, пренебрегает составлением соответствующей документации, что делает его неподготовленным перед требованиями налогового органа.

Кроме того, у одного и того же налогоплательщика могут быть как контролируемые, так и неконтролируемые сделки со взаимозависимыми лицами, что приводит к тому, что «проверка налогового учета контролируемых сделок осуществляется по одним правилам, а неконтролируемых — по другим, несмотря на одинаковый объект проверки (соответствие цен и, следовательно, налоговой базы по принципу «вытянутой руки»)»²⁸.

Соблюдение налогоплательщиками принципа «вытянутой руки» способствует установлению равновесия в торговле между взаимозависимыми и независимыми лицами, что необходимо для создания справедливых конкурентных условий на рынке. Данный принцип способствует предотвращению искажений в ценообразовании и обеспечивает равные возможности для предпринимательской деятельности. Запрет проверки соблюдения принципа «вытянутой руки» привел бы к следующим налоговым последствиям:

1. Использование института трансфертного ценообразования для снижения налоговой нагрузки в неконтролируемых сделках, что создало бы неравные условия с теми, кто совершает контролируемые сделки.
2. Налоговый орган не мог бы оспорить полученную налогоплательщиком необоснованную налоговую выгоду в неконтролируемых сделках.
3. Нарушение принципа всеобщности и единства налогообложения.

Необходимо отметить, что для обеспечения принципа равенства налоговый орган должен рассматривать нормы раздела V.1 НК РФ как универсальные правила при проведении налоговых проверок. Соблюдение принципа «вытянутой руки» необходимо учитывать как при камеральных, так и при выездных налоговых проверках, особенно в случаях, когда налоговый орган анализирует соответствие цен рыночным в сделках.

Таким образом, в процессе налогового контроля цен как в контролируемых, так и в неконтролируемых сделках необходимо обеспечить соблюдение единых принципов трансфертного ценообразования со стороны налоговых органов. Предлагается дополнить ст. 88 и 89 НК РФ, при этом включить в них ссылки на раздел V.1 НК РФ, что позволит территориальным налоговым органам более эффективно определять размер необоснованной налоговой выгоды и обеспечит защиту интересов налогоплательщиков при контроле цен в неконтролируемых сделках. Кроме того, данное предложение будет способствовать соблюдению принципа «вытянутой руки», что обеспечит равное положение для всех налогоплательщиков.

Литература

1. *Гидирим В. А.* Основы международного корпоративного налогообложения. М.: ЮК «Шаповалов Петров»: Буки Веди, 2018. 1086 с.
2. *Задорожная А. И.* Институт налогового контроля трансфертного ценообразования в Российской Федерации: специальность 12.00.04 «Финансовое право; налоговое право; бюджетное право»: дисс. ... канд. юрид. наук / Задорожная Анастасия Игоревна, 2017. 270 с. EDN: NDGKDD

²⁸ Задорожная А. И. Указ. соч. С. 155.

3. Метелева Ю. А. Налоговый контроль за ценами сделок между взаимозависимыми лицами // На-логи и налогообложение. 2019. № 7. С. 19–30. DOI: 10.7256/2454-065X.2019.7.29230. EDN: LGENZF
4. Ногина О. А. Контроль налоговых органов за ценами в неконтролируемых сделках, заключенных взаимозависимыми лицами // Петербургский юрист. 2016. № 2. С. 42–48. EDN: WLYGKV
5. Хлобустова К. А. Контроль цен в неконтролируемых сделках между взаимозависимыми лицами с применением методов трансфертного ценообразования // Международный научно-иссле-довательский журнал. 2020. № 3-2 (93). С. 111–113. DOI: 10.23670/IRJ.2020.93.3.048. EDN: GQBEGY

Об авторе:

Саляхутдинов Эмиль Шамилевич, налоговый консультант ООО «ДРТ Консалтинг» (Москва, Российская Федерация); магистрант Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)
e-mail: emil.shamilevich.01@bk.ru

References

1. Gidirim, V. A. (2018) Fundamentals of International Corporate Taxation. *Shapovalov Petrov: Buki Vedi*. 1086 p. (In Russ.)
2. Zadorozhnaya, A. I. (2017) Institute of tax control of transfer pricing in the Russian Federation. Dissertation submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of PhD of Jurisprudence. 270 p. (In Russ.)
3. Meteleva, Yu. A. (2019) Tax control over the transaction prices between interdependent parties. *Taxes and taxation*. No. 7. Pp. 19–30 (In Russ.) <https://doi.org/10.7256/2454-065X.2019.7.29230>
4. Nogina, O. A. (2016) Control of tax authorities for prices in uncontrolled transactions concluded by related parties. *Petersburg lawyer*. No. 2. Pp. 42–48 (In Russ.)
5. Khlobustova, K. A. (2020) Price control in uncontrolled transactions between interdependent persons with use of transfer pricing methods. *International Research Journal*. No. 3-2 (93). Pp. 111–113 (In Russ.) <https://doi.org/10.23670/IRJ.2020.93.3.048>

About the author:

Emil Sh. Saliakhutdinov, tax consulting BST Consulting, LLC (Moscow, Russian Federation); MA student at the National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)
e-mail: emil.shamilevich.01@bk.ru

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2024. № 4 (22)

Директор
издательско-полиграфического центра

Е. Ю. КНЯЗЕВ

Ответственный редактор

И. Е. ВИЛЬМАН

Корректор

М. П. КУЛИКОВА

Верстка

А. Л. СЕРГЕЕНОК

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

Н. В. Разуваев, доктор юридических наук

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

Издание входит в Перечень рецензируемых научных изданий Высшей аттестационной комиссии при Минобрнауки России, в котором должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук по следующим специальностям: 5.1.1 — теоретико-исторические правовые науки; 5.1.2 — публично-правовые (государственно-правовые) науки; 5.1.3 — частно-правовые (цивилистические) науки.

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.

E-mail: ph-sziu@ranepa.ru, vilman-ie@ranepa.ru

Тел.: (812) 335-94-72, (812) 335-42-10

Выход в свет 30.12.2024.

Сайт журнала: <https://www.taljournal.ru>.

16+

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.