



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Киммо Нуотио

**Права человека и основные свободы
на примере Конституции Финляндии**

Слыщенко В.А.

**Понятие свободы:
история и современность**

Халабуденко О.

**Нормы права
в фокусе теории конструктивизма**

Кашина М.А., Пяхкель А.А.

**Обеспечение реализации принципа
гендерного равноправия де-юре и де-факто:
опыт стран Европейского союза**

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

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

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

© Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2020

© Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2020

© Все права защищены.

Содержание

- 4 Вступительное слово главного редактора

СТАТЬИ

- 6 **Киммо Нуотио**
Права человека и основные свободы на примере Конституции Финляндии
Перевод Разуваева Н. В., Шмарко И. К.
- 18 **Слыщенков В. А.**
Понятие свободы: история и современность
- 31 **Халабуденко О.**
Нормы права в фокусе теории конструктивизма
- 44 **Башарин А. В.**
О проблемах применения института отмены документации по планировке территории, признания отдельных частей такой документации не подлежащими применению
- 56 **Кашина М. А., Пяхкель А. А.**
Обеспечение реализации принципа гендерного равноправия де-юре и де-факто: опыт стран Европейского союза

ЭССЕ

- 72 **Сергеев С. Л.**
Краткий исторический очерк конституционно-судебной оценки проблем федерализма в России
- 80 **Афанасьев Д. А.**
Анализ доказательств по делу CAS 2019/A/6636 BC Arsenal v. Russian Basketball Federation и прогнозирование позиции Спортивного арбитражного суда по делу

ОБЗОРЫ

- 86 Материалы Третьей конференции «Конституция России вчера, сегодня, завтра» (Санкт-Петербург, 9–10 декабря 2019 г.), часть вторая
- 101 Онлайн-конференция «Развитие Legal Tech» (Санкт-Петербург, 20 апреля 2020 г.)

Вступительное слово главного редактора

Нынешний номер журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» формировался в непростых условиях пандемии коронавирусной инфекции COVID-19, оказавшей комплексное неблагоприятное воздействие на самые разные сферы частной и общественной жизни граждан, заметно снизив уровень той публикационной активности, которую самым непосредственным образом стимулировал наш журнал. В целях предотвращения угрозы жизни и здоровью людей, созданной пандемией, был отменен ряд анонсированных ранее мероприятий. Так, изначально намеченная на апрель 2020 года Вторая межвузовская научно-практическая конференция «Баскинские чтения “Изменения в праве: новаторство и преемственность”», в организацию которой внесли поистине бесценный вклад наши друзья и коллеги, в том числе входящие в состав редакционного совета журнала, перенесена на октябрь. Будем, однако, надеяться, что это обстоятельство несколько не повлияет на актуальность и содержательную ценность вопросов, запланированных к обсуждению на конференции.

В ситуации пандемии пришлось столкнуться и с еще одной серьезной проблемой, повлиявшей на продуктивность творческой работы, а именно с задержкой выхода в свет новых выпусков традиционных «бумажных журналов», ставшей результатом дистанционной работы научных учреждений и высших учебных заведений, под чьей эгидой выходят эти журналы. Необходимости обеспечить потребность в оперативных и качественных публикациях лишний раз подтверждает преимущества сетевых журналов, выход которых, осуществляемый в онлайн-формате, делает их незаменимым средством исследовательской коммуникации на современном этапе. Вообще события, происходящие в мире и в нашей стране, стали поводом для того, чтобы привлечь внимание интернационального сообщества ученых к значимости современных технологий в обмене опытом и достигнутыми результатами.

Речь идет, в частности, о проведении в дистанционном формате конференций, научных семинаров и иных мероприятий. Можно без преувеличения утверждать, что Северо-Западный институт управления стремится к самому широкому внедрению цифровых технологий в исследовательскую работу. Полагаем, что читателей заинтересует подготовленный шефом-редактором журнала И. К. Шмарко обзор онлайн-конференции «Legal Tech: обеспечение прав и законных интересов граждан в цифровой среде», которая была организована на платформе Zoom Северо-Западным институтом управления и Уставным судом Санкт-Петербурга. Данная конференция, посвященная актуальной проблеме цифровизации правовых систем и применения электронных средств в различных сферах правового регулирования, сама по себе стала уникальным событием, поскольку мероприятий подобного рода с участием первоклассных специалистов (теоретиков и практиков) до сих пор, насколько нам известно, не проводилось.

Не вызывает сомнений, что опыт преодоления последствий пандемии коронавирусной инфекции станет мощным импульсом серьезного инновационного движения в практической плоскости. Уже сейчас обсуждаются возможности перевода в цифровой формат институтов частного и публичного права. К ставшим хорошо знакомыми юристам идеям электронной демократии, цифрового правительства, криптовалют и универсальной базы данных (Big data) добавляются новые темы, свидетельствующие, по справедливому замечанию Председателя Конституционного суда РФ В. Д. Зорькина, о том, что применение высоких технологий включает в себя все более широкие сферы общественной жизни. На этом фоне не следует, однако, сбрасывать со счетов традиционные приоритеты и высшие ценности права, а именно человека, его свободу, получающую свое развитие в конституционных правах и свободах личности.

Этим устоявшимся, но неизменно важным вопросам посвящены публикации авторов журнала. В свете сказанного обращает на себя особое внимание статья К. Нуотио «Права человека и основные свободы на примере Конституции Финляндии». Рассматривая проблему конституционных прав и свобод в широкой исторической ретроспективе, автор проливает свет на становление и развитие данного института — от субъективных прав, складывающихся в рамках конкретных правоотношений, к их нормативному закреплению в положениях Основного закона. На основе полученных выводов К. Нуотио проводит фундаментальное различие между правами и свободами человека, с одной стороны, и основными правами, с другой стороны, представляющее значительную ценность для отечественной конституционной доктрины, в которой это различие со всей наглядностью не акцентируется.

Постнеклассическое правопонимание, коррелирующее современным эпистемологическим тенденциям, развивают работы В. А. Слыщенко «Понятие свободы: история и современность» и О. А. Халабуденко «Нормы права в фокусе теории конструктивизма». Как известно, методологический конструктивизм (или радикальный конструктивизм как его сильная версия) является главенствующей установкой не только в социально-гуманитарном познании, но также в математике и математической логике, где он утвердился благодаря ставшим классическими работам Л. Брауэра и П. Мартин-Лефа. В последние годы конструктивистский поворот затронул и юридические науки, открывая не только новые горизонты их развития, но и создавая серьезные вызовы принципу объективности научной истины. Убежденность в тотальной сконструированности правовых феноменов, на наш взгляд, чревата утратой предмета юридической науки и размыванием границ, отделяющих юриспруденцию от идеологии, если не социального мифотворчества. В такой ситуации естественным выходом видится признание неизменности онтологических оснований права, среди которых важнейшей является категория свободы, выступающая смысловой основой и сущностной характеристикой права. Данный вывод получает свое теоретическое обоснование в либерально-консервативных воззрениях, развиваемых лучшими представителями русской и европейской юридической мысли как в прошлом, так и в наши дни.

Различные аспекты современного конституционализма, а также конституционных прав и свобод человека и гражданина рассматриваются в статьях М. А. Кашиной и А. А. Пяхкель «Обеспечение реализации принципа гендерного равноправия де-юре и де-факто: опыт стран Европейского союза» и С. Л. Сергеевнина «Краткий исторический очерк конституционно-судебной оценки проблем федерализма в России». Следует отметить, что последней работой журнал продолжает публикацию материалов Третьей конференции «Конституция России вчера, сегодня, завтра», окончание обзора которой, как и было обещано, публикуется в данном номере. В целом содержание очередного номера журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», при всем разнообразии тематики, подтверждает главную мысль о том, что свобода, будучи основополагающей правовой категорией, сохраняет неизменную значимость для серьезных исследователей, а ее изучение требует совместных усилий представителей всех юридических дисциплин.

*Главный редактор
Разуваев Николай Викторович*

Права человека и основные свободы на примере Конституции Финляндии

Киммо Нуотио

профессор уголовного права, Университет г. Хельсинки, Финляндия; kimmo.nuotio@helsinki.fi

АННОТАЦИЯ

В статье автор описывает историю становления конституционного законодательства Финляндии, в частности, отмечает ключевые события и участников процесса становления конституционализма в стране, описывает структуру системы контроля за соответствием принимаемых законов конституции, которая действует в Финляндии. Особое значение в статье занимает описание развития института основных прав и свобод человека, формы закрепления их в законодательстве, а также в области обычного права. Автор подчеркивает важную роль положений конституции, не только как гарантирующих реализацию прав и свобод, но и как дающих ориентир для последующего развития законодательного регулирования отдельных сфер общественных отношений, в частности, на примере прав на благоприятную окружающую среду.

Ключевые слова: конституция Финляндии, основные права и свободы человека, конституционализм, нео-конституционализм

Human Rights and Fundamental Freedoms as the Basis of the Finnish Constitution

Kimmo Nuotio

Professor of Criminal Law, Supervisor for Doctoral Programme, Doctoral Programme in Law, University of Helsinki, Finland; kimmo.nuotio@helsinki.fi

ABSTRACT

In the article, the author describes the history of the formation of constitutional legislation in Finland and, in particular, notes the key events and participants in the process of constitutionalism in the country. The author describes the Finnish arrangement for monitoring that the adopted laws comply with the Finnish constitution and its provisions of fundamental rights as well as the human rights obligations of Finland. Of particular importance in the article is the description of the development of the institution of fundamental human rights and freedoms, their form of consolidation in the legislation, as well as the shrinking role of customary law. The author emphasizes the important role of the provisions of the Constitution not only in guaranteeing the realization of rights and freedoms, but also in providing guidance for the subsequent development of legislative regulation on various fields of law, including the rights and duties relating to providing of a healthy environment.

Keywords: Constitution of Finland, fundamental human rights and freedoms, constitutionalism, neo-constitutionalism

1. От Шведской конституции через законодательство Российской империи к Конституции независимой Республики Финляндии

По сравнению с Россией история Конституции и конституционного права Финляндии не такая драматичная, даже несмотря на то, что политическая история может свидетельствовать об обратном. Точнее, прежние шведские конституционные законы составили основу правового регулирования Финляндии даже в течение периода после Наполеоновских войн, когда Финляндия вошла в состав России в 1809 г. Широко критикуемый шведский конституционный закон того времени давал правителю почти абсолютные полномочия, что в данном случае было выгодным для Финляндии, поскольку в противном случае новый правитель, Россия, не мог бы предоставить Финляндии автономию в юридическом плане. Шведская конституция была реформирована в 1809 г., в то время как в Финляндии еще более ста лет действовала шведская конституция в исходной редакции до проведения конституционной реформы¹. Старые шведские конституционные акты нельзя было назвать «просвещенными», они не имели в своей основе идей разделения властей или

¹ *Paavo Kastari*. Suomen valtiosääntö, SLY, 1977, p. 41–42. Правовая и политическая история периода 1809–1917 гг. интенсивно изучается, и в настоящей статье мы будем опираться лишь на некоторые из этих работ. В области политической истории см.: *Osmo Jussila*. Suomen suuriruhtinaskunta. WSOY 2004. По истории конституционного права см., например: *Antero Jyränki*. Lakien laki, Lakimiesliiton kustannus 1989. Историю основных гражданских прав в указанный период см.: *Veli-Pekka Viljanen*. Kansalaisten yleiset oikeudet. Tutkimus suomalaisen perusoikeuskäsityksen muotoutumisesta autonomiakaudella ja itsenäisyyden ensi vuosina. 2. uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus 1988. Работа по конституционному праву Финляндии, см.: *Jaakko Husa*. The Constitution of Finland. A contextual analysis. Hart 2011.

суверенитета народа. В этот период действия шведских норм признаваемая концепция права все еще оставалась в большей части не соответствующей современным требованиям, а правовая система была непрофессиональной, как и юридическое образование не было в достаточной степени развитым, и большинство судей не имели правового образования.

Период Просвещения поднял вопросы реализации прав на самоопределение, но потребовалось значительное время, прежде чем сформировался современный взгляд на конституцию. Одной из линий развития правового регулирования было конституционалистское прочтение старой шведской конституции, особенно к концу XIX в. Однако существовала некоторая искусственность в данном вопросе, так как в отношениях между королем и условиями действовала старая шведская конституция, и точка зрения отдельного человека в основном не имела значения². Как бы то ни было, лишь в наши дни возникла идея о том, что частью конституции являются права личности, создающие обязанности также (и прежде всего) для государственной власти³.

Первая Конституция независимой Республики Финляндии (утвержденная постановлением Правительства в 1919 г. вместе с пакетом других конституционных актов) заложила устойчивую основу либерального правового порядка в Финляндии. Как уже упоминалось, современный финский конституционализм восходит к старому шведскому законодательству, но для достижения прочной конституционной основы потребовался долгий период формирования.

В то же время закрепленные права долгое время были слабо реализуемыми. Так, еще в 1774 г. шведским законодательством формально было закреплено право свободы прессы, однако с вхождением Финляндии в состав Российской империи были изданы предписания, значительно ограничившие данное право. Позднее была создана национальная система цензуры, регулировавшаяся, в частности, указом 1829 г.⁴ В течение XIX в. в Финляндии основной критике подвергалась политическая цензура, тогда как все еще считалось вполне естественным, что сами свободы могут быть ограничены, например, путем наказания за использование определенным образом права на свободу слова.

После пятилетнего периода *стабильности*, в 1863 г., Александр II постановил вновь созвать Законодательное собрание, а в 1866 г. был принят новый акт о свободе прессы. Этот акт завершил практику цензурирования прессы, но оставил возможность *ex post facto* контроля за публикациями. Криминализация эффективно ограничивала осуществление этих прав. Взлеты и падения свободы прессы в Финляндии продолжались до конца Российской империи и Октябрьской революции, а в какой-то степени даже после обретения Финляндией независимости.

Законодательная ситуация в данной сфере может быть проиллюстрирована на примере права на свободу выбора рода деятельности, понимаемую как беспрепятственную возможность свободно осуществлять любую, в том числе предпринимательскую деятельность, а также распоряжаться своим имуществом и способностями, включая способность к труду (*freedom of trade*). Традиционно — и Финляндия здесь не представляла исключения — купцы и ремесленники были организованы в гильдии, которые осуществляли управление ими. На протяжении всего XIX в., и особенно в 1840-х гг., такая система подверглась критике в пользу свободного распоряжения способностью к труду. Й. В. Снелльман был одним из критиков, который заявлял, что система гильдий является вредной, так как защищает меньшинство ремесленников, оставляя большинство из них в бедности. Данная система привела к возникновению дефицита и необходимости импорта продукции для его покрытия. Й. В. Снелльман также требовал отменить запрет на продажу земли, поскольку он тормозил индустриальное развитие⁵.

Только после начала проведения Александром II в России либеральных реформ, направленных на превращение России в правовое государство, прогресс в отношении свободы торговли стал возможен и в Финляндии. Кроме того, изменения на международном рынке создали возможность экспортировать больше продуктов лесной промышленности, но регулирование торговых отношений препятствовало в полной мере реализации данных возможностей. Александр II был осведомлен о существующих трудностях и планировал проведение либеральных реформ⁶. Большая часть этих реформ создавала основу для развития рыночной экономики. Для финской экономики особенное значение имела либерализация лесной промышленности. Право на свободу предпринимательства было реализовано, хотя и не в полной мере.

² Viljanen. 1988, p. 42–43.

³ Kastari. Ibid. P. 335.

⁴ См. Riku Neuvonen. Sananvapauden historia Suomessa. Gaudeamus 2018, p. 98–112.

⁵ Jukka Kekkonen. Merkantilismista liberalismiin. Suomalainen lakimiesyhdistys 1987, p. 31–37.

⁶ Kekkonen. Ibid. P. 44–46.

Стоит отметить, что в «старом мире», в котором общество было организовано в гильдиях и сословиях, становление новых либеральных буржуазных прав требовало ограничения или отмены прежних привилегий. Консерваторы больше радели за сохранение привилегий, чем боролись за проведение реформ. Либеральные реформы означали значительный прогресс, поскольку рабочая сила была освобождена от административного контроля, а бедные, например, получили право переехать в другой муниципалитет. Как следствие, стал менее пристальным контроль за свободой перемещения и выбора места жительства⁷.

Лишь в 1870–1880-х гг. в работах Леопольда Мехелина и Роберта Хермансона был введен в оборот термин «основные права». Он также получил свое формальное закрепление в актах, принимавшихся Законодательным собранием. К числу основных прав были отнесены право на защиту от незаконного задержания, право на получение доступа к компетентному суду, который определен законом, и право на покупку земли⁸.

Прежние шведско-финские законы не содержали полного перечня личных прав и свобод человека. Однако правовая традиция признания таких прав уже складывалась в течение веков, что подтверждается положениями законодательства, которое в большей или меньшей степени признавало существование таких прав. Потребовалось немалое время для признания системы таких прав законодательством Российской империи, в состав которой входила и Финляндия. В этом отношении знаковым стало принятие Основных законов Российской империи 1906 г., конституционного акта, гарантировавшего свободу слова, свободу собраний и объединений⁹. В 1899–1905 и 1908–1917 гг. российские власти предпринимали неоднократные попытки русифицировать Финляндию, ликвидировав самобытность ее конституционного уклада.

Российская революция привела к возникновению Советского Союза, обретению Финляндии независимости в 1917 г. и принятию новой Конституции Финляндии в 1919 г. Конституция 1919 г. не отрывалась от традиций, а скорее, наоборот, явилась результатом длительного исторического развития. Никакие из ранее закрепленных прав исключены не были, но были добавлены новые, а некоторые ранее закрепленные права были переформулированы и приведены в соответствие с потребностями и идеалами современного общества. В частности, получили конституционное признание многие права, ранее существовавшие в обычном праве, заметно было и определенное влияние иностранного права.

Конституция 1919 г. устанавливала, что Финляндия является республикой и верховная власть принадлежит народу, который представлен в лице демократически избранного Парламента. Законодательная власть осуществляется совместно Парламентом и Президентом республики. Высшая исполнительная власть принадлежит Президенту, но, кроме того, существует правительство, состоящее из министров. Судебная власть предоставляется судебной системе во главе с Верховным судом и Верховным административным судом [согласно § 2 Конституции Финляндии 1919 г. — Прим. ред.]. Основные властные полномочия на фоне кровопролитной Гражданской войны 1918 г. были сконцентрированы в руках президента в таком объеме, что возникла идея о необходимости предоставления парламенту ведущей роли в управлении обществом.

В любом случае, Конституция 1919 г., вступившая в силу в 1922 г., положила начало установлению основ республиканского правления, а также закрепила перечень прав и свобод человека в качестве одного из главных разделов¹⁰. В конституционных нормах, касающихся основных прав и свобод человека, возможно, не содержалось ничего нового, но, учитывая время принятия, они были прогрессивными и даже оказали определенное влияние на последующее развитие всей правовой системы. Например, крайне значительным было закрепление свободы вероисповедания, что во многом определило дальнейшее правовое регулирование по данному вопросу.

Конституцией была закреплена свобода объединений, свобода слова, которая включала запрет на цензуру в отношении печатных средств массовой информации. Людям также было предоставлено право на свободу собраний без получения предварительного разрешения властей. Гарантировалась защита частной собственности, что означало ее неприкосновенность и возможность изъятия имущества частных лиц исключительно на условиях полной компенсации его стоимости. Шведский и финский языки были признаны равнозначными. В Конституцию было включено положение о том, что в республике не будут присваиваться дворянские титулы.

⁷ Kekkonen. Ibid. P. 152–154.

⁸ Pekka Hallberg et al. Perusoikeudet, Oikeuden perusteokset, WSOYpro, Helsinki 2011, p. 32.

⁹ Esko Hakki. Suomen tasavallan perustuslait, WSOY 1939, p. 33–34.

¹⁰ См., например: Hallberg Pekka et al. Perusoikeudet, Oikeuden perusteokset, WSLT 2005.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что развитие представлений о правах человека и определенный взгляд на роль, которую данные права играли в общественных отношениях, были частично связаны с историческими корнями происхождения этих прав, а также социальными и политическими дискуссиями, продиктованными особенностями общественного развития. Кроме того, работы государственного деятеля Йохана Вильгельма Снелльмана, вдохновленные Гегелем, представили систему прав, на которой предполагалось построить зрелое государство. В тот период финская правовая школа находилась под влиянием немецкого идеализма. Но все же большее значение имело развитие теории конституционного права, которое включало в себя детальные сравнительные исследования. В итоге в Финляндии сформировалось представление о современном конституционном устройстве и его важнейших элементах. Среди ученых, внесших вклад в рассмотрение указанной проблематики, особое место занимает Леопольд Мехелин, который был не только ученым, но и общественным деятелем, впервые поднявшим вопрос о необходимости закрепления гарантий прав граждан в соответствующем законодательстве¹¹.

Дискуссии и обсуждения сначала в Законодательном собрании, а затем, с 1906 г., в однопалатном Парламенте проложили путь к формированию национального финского подхода к устройству правовой системы. Либеральные реформы, которые разрушили традиционные формы правления, создав условия для формирования свободного рынка, были важны для формирования нового типа общественного порядка, который создал условия для демократической формы правления, основанной на системе равных прав. После того как в Гражданской войне в Финляндии коммунисты потерпели поражение, стало очевидно, что Конституция новой республики не должна базироваться на коммунистической идеологии.

Содержание Конституции было компромиссным, и после преодоления некоторых препятствий его можно было принять. Основным автором Конституции выступил профессор Каарло Юхо Стольберг, который впоследствии стал Президентом Финляндии. Сама Конституция имела долгую жизнь, поскольку ее содержание оставалось в силе почти столетие. Поправка, касающаяся нового билля о правах, была внесена в 1995 г., а новая Конституция вступила в силу в 2000 г.

Если мы вернемся к свободе прессы и свободе слова, то следует отметить, что эти свободы по-прежнему были несколько ограничены. В период вхождения Финляндии в состав России российские власти были обеспокоены влиянием Швеции, а позднее власти были озабочены наличием у финнов особых привилегий по сравнению с другими частями империи.

В 1920-х гг. издатели средств массовой информации выступали против публикации социал-демократических и социалистических материалов, а запрещенная Коммунистическая партия ушла в подполье. В 1920-х гг. активное развитие получило националистское Движение Лапуа в рамках Аграрного союза, которое избрало в качестве модели для подражания модель партийного устройства под руководством Муссолини в Италии, и в 1930 г. активисты этого движения незаконно уничтожили коммунистическую прессу в городе Васа. Несмотря на то, что члены Движения Лапуа готовы были идти до конца, используя любые средства, властям удалось переломить ситуацию, в полной мере восстановив законность и правопорядок.

Даже столь беглое рассмотрение некоторых элементов правовой реальности свидетельствует, что становление личных прав, таких как право на свободу слова и свободу самовыражения, прошло непростой путь через борьбу и ограничения. В первые годы основные права, закрепленные в Конституции, на самом деле не имели непосредственного применения, но они устанавливали требования и ограничения законодательной процедуры. Данная ситуация изменилась только в 1990 г.

Рассмотренный выше поучительный пример свидетельствует, что демократия и свобода слова являются взаимообусловленными понятиями, и ограничения свободы слова очевидно свидетельствуют о наличии проблем с демократией. Сегодня мы говорим о разжигании ненависти, как если бы это было новым явлением, забывая о том, что в условиях 1920-х и 1930-х гг. разжигание ненависти, в том числе на законодательном уровне, было в порядке вещей.

Конституция 1919 г. допускала принятие чрезвычайных законов, и эта возможность также широко использовалась [см. § 16 Конституции 1919 г. — Прим. ред.]. Она привнесла элемент гибкости в правовую систему, но также создала условия для нестабильности конституционных основ государственной структуры и правовой системы. В частности, сохранял свою силу ряд прежних привилегий, так что Конституция в полной мере не изменила ситуацию в указанном отношении.

Выше был дан краткий очерк становления и развития системы прав личности, а также системы гарантий этих прав. Данные процессы активизируются после Второй мировой войны также на международном уровне, особенно в рамках Организации Объединенных Наций. Принятая ООН

¹¹ Viljanen. P. 64.

Всеобщая декларация защиты прав человека (1948 г.) получила детализацию в таких международных актах, как Международный пакт о гражданских и политических правах (1966 г.), а также Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.).

Финляндия подписала и ратифицировала конвенции ООН по правам человека достаточно оперативно, что потребовало существенной работы по проведению правовых реформ в самой Финляндии. Финляндия также активно участвовала в сотрудничестве северных стран в области права и законодательства, имеющем давние корни, но ставшем политически весьма интенсивным в 1960-х и 1970-х гг. Финляндия также активно участвовала в деятельности Совета Европы, даже еще не будучи его членом. Только когда железный занавес рухнул, Финляндия присоединилась к Совету Европы и его Конвенции по правам человека, начав подготовку к вступлению в Европейский союз. Финляндия вошла в состав Европейского союза в 1995 г. одновременно со Швецией и Австрией.

Эти события были значительными в том смысле, что как Европейский союз, так и Совет Европы имели судебные органы [имеются в виду Европейская комиссия по правам человека и Европейский суд по правам человека. — Прим. ред.], игравшие особую «конститутивную» роль, интерпретируя законы в транснациональном контексте, но таким образом, что эта интерпретация обладала юридическим значением и для внутренней правовой системы Финляндии. Система ЕСПЧ была реорганизована в 1998 г., когда начал работу новый Суд.

Это конституционное развитие проложило путь к усилению роли судов не только в защите прав человека, но и в более широком смысле в расширении возможностей для неприменения обычных законов¹². В Финляндии это смещение баланса все еще было довольно умеренным.

Билль о правах во второй главе Конституции не соответствовал современным условиям и не отражал потребности общества и действующего законодательства. Социальные движения, активизировавшиеся во всем западном мире, требовали лучшей защиты прав и более эффективного ограничения использования государственной власти. В Финляндии к тому моменту накопилось много проблем в сфере социального обеспечения, в решении которых Финляндия, возможно, отставала от других стран Северной Европы.

Социальные, экономические и культурные права приобрели значимость по мере становления общества всеобщего благосостояния и социального государства. Баланс между государством и личностью нарушился, и начались реформы с целью предоставления прав новым группам, таким как военнослужащие, заключенные, пациенты в психиатрических больницах. Все эти решения не могли больше оставаться в руках исключительно чиновников, став предметом широкого обсуждения. Представители школы критических социальных и правовых исследований в своих работах поставили под сомнение идею «административной власти» как оправдания ограничения прав человека в пенитенциарных, медицинских и иных закрытых учреждениях.

В 1970-х гг. права человека во многих сферах получили свое закрепление на уровне законодательства, в том числе путем принятия новых законов, таких как законы о защите прав потребителей. Однако изменения в области конституционного законодательства потребовали большего времени. Подготовка конституционной реформы заняла еще пару десятилетий.

Представляется, что такая задержка была скорее полезна. Дело в том, что реформировать Конституцию и заново сформулировать положения об основных правах проще в условиях, когда, по крайней мере, некоторые из таких положений уже содержатся в отраслевом законодательстве, а не создаются с чистого листа. В противном случае прогрессивная и ориентированная на будущее роль Билля о правах может и не воплотиться в реальности, оставив людей разочарованными, если некоторые из провозглашенных Конституцией прав окажутся чисто декларативными. Иными словами, проводить конституционную реформу проще в условиях фактической реализации прав. По крайней мере, что касается Финляндии, реформирование отраслевого законодательства, проложившее путь конституционной реформе, оказалось предпочтительнее излишне энергичного изменения текста Основного закона. Изменение отраслевых законов создало условия для проведения конституционной реформы, которая, в свою очередь, стимулировала дальнейшее реформирование отраслевого законодательства. Таким образом, в течение последних десятилетий мы получили позитивный опыт диалектического взаимодействия этих параллельно идущих процессов.

В качестве примера можно привести положение § 20 Конституции 2000 г., касающееся защиты окружающей среды. Параграф состоит из двух частей, первая из которых закрепляет обязанность защищать окружающую среду. И таким образом, говоря юридическим языком, вместо общей нормы, снабженной средствами государственной защиты, данное положение устанавливает обязанность каждого защищать окружающую среду. Вторая часть данного параграфа предусма-

¹² Jääskinen Niilo. Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Yliopistopaino, Helsinki 2008.

тривает обязанность публичной власти обеспечить для каждого право на здоровую окружающую среду, как и возможность граждан влиять на принятие решений в отношении вопросов, касающихся окружающей среды. В результате мы видим, что данное положение определенным образом определяет основные задачи развития законодательства по охране окружающей среды. Таким образом, создание институциональных структур и регулятивных механизмов, необходимых для защиты окружающей среды, выступает необходимой предпосылкой решения указанных задач. Начиная с 1980 г. закон об охране окружающей среды быстро изменялся. В итоге внесение нового положения в Конституцию не было началом развития законодательного регулирования защиты окружающей среды, но оно усилило и придало новый толчок совершенствованию и применению ранее принятых законов. Это положение Конституции, с одной стороны, символично, а с другой, указывает ориентиры для органов власти.

2. Конституция Финляндии и защита прав человека в 2020 г.

Теперь, после этих очень кратких замечаний и обзора событий, касающихся исторических предпосылок защиты основных прав и свобод в Финляндии, обратимся к текущей ситуации в данной сфере. В предыдущие годы Республика Финляндия отмечала столетние юбилеи своего провозглашения в 1917 г., принятия Конституции 1919 г., а также учреждения Верховного суда и Верховного административного суда в том же 1919 г. Даже если само по себе 100-летие не столь важное событие, наступление такой даты зачастую заставляет оглянуться назад и попытаться подвести итоги.

За истекшие сто лет произошел прорыв в общественном развитии Финляндии. Бедная страна превратилась в одну из самых прогрессивных индустриально развитых стран в мире. Право, безусловно, являлось одним из факторов этого прогресса. При этом правовая культура сохраняла некоторые свои исторически сложившиеся особенности, такие как правовые культурные связи с другими странами Северной Европы. Значение правового регулирования северных стран особенно выросло после Второй мировой войны.

Особенность северных стран состоит в том, что в них отсутствуют специализированные конституционные суды, а проверка законов на предмет их конституционности осуществляется иными способами. Различия между правовыми системами северных стран весьма существенны. Но общее в том, что решениям Парламента придается большое значение, а роль судов менее значима. В Норвегии Верховный суд имеет большее значение по сравнению с другими северными странами¹³.

В Финляндии применяется способ контроля принимаемых законов на предмет соответствия Конституции, а именно контроль осуществляется специальным комитетом, Комитетом по конституционному праву, который на протяжении многих лет играл очень важную роль. Этот комитет является структурным подразделением Парламента и состоит из политиков, как и другие комитеты Парламента. Основная идея такого способа контроля заключается в том, что проверка отраслевых законов на предмет их конституционности осуществляется политической структурой, которая является частью национального Парламента. Но тем не менее особая роль этого комитета со временем выросла так, что фактически он играет квазисудебную роль. Он не только оценивает соответствие законопроекта Конституции, но также интерпретирует обязательства Финляндии в области прав человека и основных свобод и оценивает достоинства и недостатки законопроекта в этом отношении.

Комитет по конституционному праву со временем приобрел важное значение, что явилось результатом исторических событий, связанных с Парламентом, произошедших столетие назад. В прежние времена эта роль не была видна в букве Конституции, но в самой последней реформе Конституции 2000 г. она была четко регламентирована. В результате Комитет по конституционному праву занял уникальную позицию в качестве квазисудебного органа, являющегося в то же время частью Парламента. Контроль *ex ante* за соответствием принимаемых законов Конституции, реализуемый данным Комитетом, с одной стороны, не ослабляет роль Парламента, а, учитывая высокий авторитет мнения данного Комитета, усиливает роль как Парламента, так и Конституции в рамках правовой системы государства¹⁴. Даже доктрина правовых источников, в которой признается значение подготовительных работ по разработке законов при их толковании, свиде-

¹³ См.: Jaakko Husa. Constitutional Mentality, in Pia Letto-Vanamo, Ditlev Tamm, Bent Ole Mortensen (Ed.s), Nordic Law in European Context. Springer 2019, p. 41–60, at p. 53.

¹⁴ См.: Antero Jyränki. Valtiosta valtaan. Valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä. 3. painos, Talentum 2003, p. 393–414.

тельствует о главенствующей роли законодательной власти в формировании правовой культуры и одновременно служит признанием того факта, что прецеденты Верховного суда не имеют обязательной юридической силы.

Позиция Комитета по конституционному законодательству признается как обязательная другими органами Парламента, и его мнение имеет наивысший авторитет в рамках всей правовой системы и ее многочисленных институтов. Комитет привлекает экспертов, как правило, экспертов по конституционному праву, и, таким образом, он на протяжении многих лет заработал особый авторитет в вопросах, относящихся к области конституционализма. Заключение Комитета публикуются в электронном виде в информационной базе Парламента, и с ними можно легко ознакомиться.

Система *ex ante* контроля активно развивалась. Так, еще в 1980-х гг. Комитет по конституционному праву давал достаточно редкие заключения в основном в уголовно-правовой сфере. С тех пор роль Комитета значительно выросла, и сейчас представление Комитетом заключений является обычной практикой. Комитет, например, давал заключения о принципах криминализации с указанием определенных требований, которые необходимо выполнить, чтобы обеспечить возможность применения уголовно-правовых норм. Такая доктрина довольно эффективно создает и ограничивает применение мер уголовного права и позволяет обеспечить определенный баланс уголовного и конституционного права. Отправная точка применения принципов криминализации состоит в том, что ограничение основных прав и свобод должно иметь основание, которое позволит правомерно применять уголовный закон. Соотношение между уголовным правом и основными правами человека приобрело взаимно обуславливающий характер с того момента, как государство стало выступать, с одной стороны, гарантом основных прав и свобод человека, а с другой — исполнять обязанности по криминализации нарушений прав¹⁵.

Данная доктрина, которая была сформулирована после внесения поправок в Конституцию Финляндии и введения в действие новой редакции Билля о правах, оказала влияние и в ситуации, когда Финляндия вынуждена была оперативно принимать закон о террористических преступлениях. Активное участие Комитета по конституционному праву способствовало тому, что законы и подзаконные акты соблюдались, а новые положения были скорректированы с учетом потребностей защиты основных прав и прав человека.

Когда в 1995 г. был принят новый Билль о правах, сам Комитет по конституционному праву подчеркнул, что в большинстве случаев суды должны толковать различные правовые положения таким образом, чтобы можно было избежать противоречия между буквой закона и основными правами. Положения Конституции, закрепляющие основные права человека в настоящее время, имеют прямое действие; еще одной новеллой стало применение аргументов, основанных на положениях Конституции, касающихся прав человека, непосредственно в судебных разбирательствах в решениях судов, что ранее было достаточно редко.

Новая идея заключалась в том, что любое противоречие, возникающее в ходе применения законов, может быть устранено путем интерпретации. Новая доктрина, которая сложилась и может помочь в таких случаях, называется «толкованием с позиции основных прав» (*fundamental rights-friendly interpretation*)¹⁶. Эта доктрина, в свою очередь, стала развитием ранее действовавшей доктрины толкования с позиции прав человека (*human rights-friendly interpretation*)¹⁷, которая была введена, когда соблюдение прецедентного права Страсбурга стало обязательством. В этом смысле задача состояла прежде всего не в том, чтобы подчеркнуть *приоритет* основных прав и свобод и противопоставить положения об основных правах нормам законов, а скорее в том, чтобы согласовать эти два источника права между собой. Осуществление *ex ante* контроля принимаемых законов на предмет их соответствия Конституции оказалось крайне полезным с тех пор, как такая проверка стала проводиться в рамках указанной доктрины «толкования с позиции основных прав» на основе подхода толкования действующего законодательства в свете положений Конституции, и такое толкование создало основу для судебного применения законодательства.

Активное толкование, осуществляемое Комитетом по конституционному законодательству, создает условия для того, чтобы не отказываться от применения законов или отменять законы по причине их несоответствия принципам защиты прав и свобод человека. В то же время в § 106 Конституции закреплено положение, которое говорит о том, что отказ от применения закона судом может быть только в случае, когда выявлено явное противоречие между положениями Конституции и соответствующего закона. Толкование законов с позиции основных прав решает проблемы

¹⁵ CLC, Report 25/1994, p. 4–6; CLC, Opinion 23/1997, p. 2–3.

¹⁶ CLC, Report 25/1994.

¹⁷ CLC, Opinion 2/1990.

правоприменения и показывает, что существующие противоречия не являются неустранимыми. Конечно, всегда остаются случаи, при которых подобный подход к интерпретации оказывается недостаточным.

Такие случаи достаточно редки, но все же встречаются. Пределы применения судебного контроля *ex post facto* в отношении законов на предмет их соответствия Конституции был установлен на более высоком уровне, на что и указывает использованный в Конституции термин «явное противоречие».

Примечательно в этом отношении недавно рассмотренное Апелляционным судом Хельсинки дело, в котором суд в усиленном составе путем голосования применил указанный § 106 Конституции в отношении жалобы мужчины, отказавшегося от прохождения как военной, так и альтернативной службы, сославшись на то, что у него есть основания по совести для такого выбора¹⁸.

Он не был членом религиозной организации свидетелей Иеговы [Решением Верховного Суда РФ от 20.04.2017 N АКПИ17-238 религиозная организация «Общество свидетелей Иеговы» ликвидирована в Российской Федерации в связи с ведением экстремистской деятельности. — Прим. ред.], для которой законом в Финляндии установлены специальные исключения по вопросу несения военной или гражданской службы, но требовал равного отношения к его вере.

Апелляционный суд Хельсинки поддержал аргументацию заявителя, согласно которой установление привилегированного положения по религиозному признаку для одной религиозной организации противоречит равенству всех перед законом, предусмотренным Конституцией. Правовые гарантии предоставления равной защиты прав по данному вопросу получили дополнительное подтверждение после того, как Комитет по конституционному законодательству в рамках *ex ante* контроля дал заключение по вопросу соответствия данного закона Конституции.

Решение Апелляционного суда Хельсинки не было анонимным, и меньшинство судей отметили, что поскольку Комитет по конституционному законодательству не высказал замечаний при принятии данного закона, то оснований для применения положений § 106 Конституции не имелось в данном деле. В данном случае важно, что обычно, когда Комитет высказывал свою позицию по какому-либо вопросу, суды не шли против мнения Комитета. Но в этом случае гарантии правовой и конституционной защиты против дискриминации были дополнительно усилены после того, как Комитет высказал свое мнение, которое было инициировано предоставлением судом правовой защиты заявителю.

Именно такие действия и ожидаются от судов. Судебное решение по данному делу, однако, было весьма революционным и привело к оперативному реформированию законодательства, которое до этого включало положения о предоставлении привилегий для свидетелей Иеговы [организация, признанная экстремистской и ликвидированная на территории РФ. — Прим. ред.]. В этом случае результат выразился не в том, что право на привилегии в отношении службы было признано универсальным, а, скорее, наоборот. Были выявлены основания для отмены такой привилегии для последователей конкретного религиозного течения, поскольку в настоящее время варианты исполнения гражданского долга службы стали более гибкими, и членам такой религиозной организации, как свидетели Иеговы, уже не грозило тюремное заключение за отказ от их выполнения.

Европейский закон о правах человека также становится все более заметным в прецедентном праве финских судов. В соответствии с информационной базой судебных решений FINLEX Верховным судом Финляндии принято около 300 решений, в которых суд ссылается на Европейскую конвенцию по правам человека. Существует целый ряд важных тем, которые были затронуты, и финские суды анализировали возможности правоприменения таким образом, чтобы при национальном применении закона был обеспечен минимальный европейский стандарт защиты прав человека. В Финляндии существуют специфические проблемы, связанные с такими вопросами, как запрещение *ne bis in idem* (запрет повторного наказания за одно правонарушение), слишком длительные судебные разбирательства и некоторые аспекты реализации права на свободу слова.

В 2019 г. Финляндия была впервые обвинена Страсбургским судом в нарушении прав человека в связи с высылкой беженца в Ирак, несмотря на то что он уже сталкивался там с определенными угрозами в качестве бывшего правительственного чиновника. Вскоре после высылки этот человек был убит. Финляндия была признана виновной в нарушении статьи 2 и статьи 3 Европейской конвенции по правам человека¹⁹.

¹⁸ Helsinki Court of Appeal, 23.2.2018, 108226 (2018:4).

¹⁹ Case N. A. v. Finland (Application no. 25244/18), November 14, 2019. Национальное Бюро расследований Финляндии, однако, неожиданно объявило 22 апреля 2020 г., что документы, представленные в рамках дела, возможно, были фальсифицированы и экстрадированный человек в действительности все еще жив.

В течение последних 30 лет сформировалась правовая культура Финляндии, аспектом которой является восприятие прав и свобод человека. Финляндия стала частью широкого процесса, который нередко называют *новым конституционализмом*. Суды научились оправдывать ожидания в том, что они должны соответствующим образом защищать человека даже в ситуации, которая явно не предусмотрена законодательством. На практике встречались случаи, когда требуемые средства защиты не были предусмотрены законом, но тогда ситуация разрешалась с отсылкой на положения § 106 Конституции.

На мой взгляд, применение принципов толкования законов с позиции прав человека и с позиции основных прав стало также возможным в связи с ростом осознания важности этих институтов судами начиная с 1970-х гг., а также повышенных ожиданий от судов справедливых решений в соответствии с потребностями общества в целом. Необходимость обоснования судами принимаемых ими решений значительно выросла с развитием общества, когда действия властей стали встречать открытое обсуждение и критику. Единственным способом в такой ситуации поддержать доверие общества к власти было повысить профессионализм судов и качество мотивации судебных решений. Правовые теоретические дискуссии и теории внесли свой вклад в развитие (права). Новаторскими в Финляндии стали работы Аулиса Аарнио²⁰.

В 1980 г. Верховный суд Финляндии был преобразован в суд, который создает судебные прецеденты, что позволило ему в своих решениях представлять примеры того, как следует обосновывать судебные решения. Решения Верховного суда в строгом смысле не считались прецедентами, обязательными для применения другими судами, поскольку прецедентное право не признавалось прямым источником права. В результате авторитет решений Верховного суда в большей степени был обусловлен высокой оценкой качества его работы. Постоянное совершенствование мотивировочной части этих решений способствовало тому, что они приобрели, если можно так выразиться, фактическую нормотворческую силу.

С 1990-х гг. с решениями Верховного суда, как и с другими правовыми источниками стало возможно ознакомиться онлайн, что сделало доступным эти прецеденты как для юристов, так и для широкой общественности. Портал FINLEX стал одним из первых подобных правовых ресурсов в мире. Таким образом, можно увидеть, как параллельно шли несколько процессов, как развитие неоконституционализма, так и растущее признание приоритетности прав человека были частью процесса открытой дискуссии. Новый способ преодоления напряженности в сфере правоприменения привел к тому, что формальные иерархические структуры правопорядка не несли слишком большой нагрузки благодаря отчетливому переносу центра тяжести в правотворческой и правоприменительной деятельности на надлежащим образом мотивированные решения высших судебных органов.

Интерпретативной деятельности судов способствовало то обстоятельство, что акторы всех нормативных регионов правовой реальности оперировали более или менее общими релевантностями, говоря примерно на одном языке. Так, с тех пор как свобода слова получила признание на различных уровнях, будь то на уровне Конституции, или уровне отраслевых законов, или на уровне Европейской конвенции по правам человека, уже не возникало затруднений, связанных с противоречием между нормами, применяемыми на каждом из таких уровней.

Если мы затронем текущие проблемы разжигания расовой и иных видов вражды и ненависти, то совершенно очевидно, что прецедентное право Страсбургского суда обеспечивает центральную точку отсчета в регулировании данных проблем, но финские суды и финские ученые, конечно же, также будут учитывать специфические обстоятельства, которые в некотором смысле отличают Финляндию от ситуации в других странах. Например, в Финляндии отсутствует законодательство об осуждении Холокоста или о запрете использования нацистской символики. В то же время использование нацистских флагов, например, на собраниях может быть наказуемо, как возбуждающее ненависть. Финские суды недавно также столкнулись с новым типом дел в связи с тем, что правительство потребовало запретить деятельность Северного движения сопротивления из-за его откровенно расистских взглядов. Апелляционная жалоба находится на рассмотрении в Верховном суде, и в настоящее время этот запрет временно исполняется.

В рамках одной работы невозможно дать полную оценку значения принципов прав человека и основных прав в формировании единого общеевропейского права, действующего на территории Евросоюза. В любом случае необходимо признать усиление роли этих принципов в правовой системе ЕС. Данный процесс не был достаточно простым и линейным, но в любом случае мы можем видеть, что права человека приобрели большую значимость, а законодательство ЕС вышло на

²⁰ См.: Aarnio Aulis. The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. Kluwer, 1986.

новый уровень. Например, для создания ЕС в качестве зоны свободы, безопасности и справедливости было очень важно, чтобы ЕС одновременно, укрепляя свою роль в противодействии угрозам безопасности, также принимал основные европейские ценности. Разработка Хартии основных прав Европейского союза была определенной вехой в этом процессе. Судебная палата Европейского союза в рамках создаваемого ей прецедентного права утвердила значение прав человека, включая основные права и свободы, в качестве базовых принципов права ЕС²¹. Лиссабонский договор [Лиссабонский договор о внесении изменений в Договор о Европейском союзе и Договор об учреждении Европейского сообщества 2007 г. — Прим. ред.] предусматривает, что юрисдикция ЕСПЧ распространяется на территорию Европейского союза, но при этом возникают как технические затруднения, так и препятствия более принципиального свойства²².

Очевидна тенденция настоящего времени в повышении роли прав человека в правовой культуре Финляндии по сравнению с предыдущим периодом. Но новый этап развития (этих институтов) не изменил основ правовой культуры. Парламент и законодательство все еще сохраняют присущие им сильные позиции. Становление развитой демократической политической и правовой культуры, в которой политическая законодательная власть и законодательство, как ее продукт, выступает в качестве центрального и наиболее законного источника правового управления обществом, может сочетаться с правовой культурой, в которой права личности лежат в основе правопорядка.

Доктрина неконституционализма проявляет себя в правовой системе Финляндии новым пониманием того, как акторы видят свое место в правовой системе. Неконституционалистское движение можно рассматривать как важную часть созревания и углубления конституционного правопорядка государства. В отличие от некоторых других стран, для Финляндии развитие по пути прогресса не стало поводом для того, чтобы дистанцироваться от предшествующих исторических традиций²³.

В финской модели оказалось возможным построить всю систему таким образом, чтобы различные источники легитимности способствовали общей легитимности правовой системы. Финская модель конституционного правопорядка и государства предусматривает в этом отношении эффективный *предварительный* контроль за конституционностью обычного законодательства, а также работу действующих судов, которые должны обеспечивать соблюдение прав человека и основных свобод, если правопорядок не сможет иначе обеспечить их полноценную юридическую защиту. Цель создания условий для всесторонней реализации прав человека, в том числе основных прав и свобод, разделяется всеми институтами публичной власти. Непосредственно в Конституции, в статье 22, установлено, что публичная власть должна обеспечивать всестороннюю имплементацию и реализацию основных прав и свобод человека.

Также необходимо отметить, что в финском законодательстве все еще признаются определенные права, которые, по сути, продолжают основываться на обычном праве или, иначе говоря, регулируются лишь частично законом. Например, можно упомянуть в этом отношении так называемые всеобщие права, которые рассматриваются в качестве внешнего ограничения правомочий собственников земельных участков. Когда шла подготовка Билля о правах Конституции Финляндии, обсуждался вопрос, стоит ли включать в текст Конституции всеобщие права как конституционные права, но разработчики категорически решили, что такие права должны быть вне плоскости позитивного права²⁴.

Таким образом, сейчас каждый имеет право свободно передвигаться по земельному участку, находящемуся в чьей-то собственности, в целях сбора ягод, грибов и т. п. [см. для сравнения статью 221 ГК РФ, устанавливающую порядок обращения в собственность общедоступных для сбора вещей. — Прим. ред.]. Осуществление такого права также требует соблюдения определенных ограничений, например, вам не разрешается оставлять мусор или причинять другие неудобства собственнику. Вы также не можете нарушать границы домовладения, что, в частности, означает запрет на вход на территорию придомового сада. Всеобщие права предоставляются в том числе и иностранцам, как и все остальные основные права и свободы, за исключением политических прав. Всеобщие права, возможно, имеют подготовительное значение для финнов в направлении развития экологически ориентированного законодательства, поскольку они транслируют

²¹ См.: Rosas Allan. Perus- ja ihmisoikeudet EU-oikeudessa, in Hallberg, Pekka et al, Perusoikeudet, Oikeuden perusteokset, WSOYpro, Helsinki 2011, p. 200–205.

²² Opinion 2/13 (2014), EUCJ. Присоединение Европейского союза к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

²³ Lavapuro Juha. Uusi perustuslakikontrolli. SLY, Helsinki 2010, p. 21.

²⁴ Hallberg Pekka et al. Perusoikeudet, Oikeuden perusteokset, WSOYpro, Helsinki 2011, at p. 781.

ценности, которые в настоящее время актуальны: всеобщие обязанности по сохранению окружающей среды и необходимость совместных действий с этой целью.

В своей статье мне хотелось акцентировать внимание на роли института прав и свобод человека в рамках правовой системы Финляндии, однако представляется необходимым дополнить текст ремаркой о контроле над законностью действий, предпринимаемых властями. Я имею в виду не только надзор, осуществляемый канцлером юстиции, который работает непосредственно под руководством национального правительства, но также надзор за деятельностью парламентского омбудсмана, который, в свою очередь, назначается Парламентом и подотчетен ему.

Оба этих института имеют долгую историю и пользуются уважением населения. В тех случаях, когда люди считают, что органы власти поступают незаконно, они могут обратиться к канцлеру юстиции или омбудсмену Парламента соответственно. В большинстве случаев обращение будет рассмотрено, что, в свою очередь, повлечет принятие соответствующих мер. Обычно, если выявляются сферы, в которых необходимо принять меры в целях улучшения работы государственных органов и должностных лиц с обращениями граждан, канцлер юстиции или омбудсмен в рамках своих полномочий сообщают о выявленных проблемах соответствующим властям, которые внимательно относятся к таким запросам, изучают выявленные недостатки и предпринимают все возможные меры для повышения качества своей работы. Крайне редко, в исключительных случаях, при отдельных правонарушениях канцлер юстиции или омбудсмен могут инициировать уголовное преследование в отношении государственного служащего.

Следует также отметить, что неоконституционалистские тенденции прослеживаются и в этом направлении. Парламентский омбудсмен, например, видит свою роль в настоящее время в первую очередь как гаранта прав и свобод человека. Для достижения этой цели лица, осуществляющие надзор за соблюдением законности, посещают соответствующие учреждения, такие как тюрьмы, военные базы, проводят опросы заключенных и других лиц, находящихся в сложной жизненной ситуации, чтобы убедиться, что органы власти не допускают нарушений при осуществлении своих полномочий. Опросы в таких случаях проводятся при отсутствии представителей органов власти или таких учреждений. Все эти действия направлены на обеспечение полной ответственности властей за их действия, а также на обеспечение того, чтобы доверие к властям не было слепым, а вытекало из реального положения дел.

Заключение

Я надеюсь, что в этом кратком очерке я смог пролить некоторый свет на то, как финский правовой порядок и действующие в нем правовые акторы видят роль прав человека в структуре правовой реальности. Дело в том, что, если различные субъекты будут видеть ключевые особенности системы достаточно схожим образом, они совместно смогут развить новую культуру, в которой конституция становится более живым инструментом и в которой она играет большую роль, чем в прежние времена, но в которой также можно избежать излишеств конституционализма.

Неоконституционализм также вызвал дискуссии о том, зашла ли конституционализация права уже слишком далеко и угрожает ли это развитие роли права, каким мы привыкли его видеть с учетом его фрагментации в подотраслях уголовного, процессуального права и т. д.²⁵ В сегодняшнем зрелом конституционализме риску эксцессов (регулируемого) уделяется должное внимание, и все участники видят, что необходимо установить определенные критерии, при соблюдении которых конкретный казус станет подлинным прецедентом, касающимся прав человека или основных свобод.

С точки зрения защиты прав человека нынешняя конституционная структура предусматривает подход, сформулированный не только для судей, но и для законодателей, состоящий в том, что стандарты прав человека и основных свобод, установленные международными организациями, должны приниматься серьезно и рассматриваться в качестве механизмов обратной связи, которые способствуют, а не угрожают усилиям по созданию устойчивой правовой культуры, базирующейся на уважении к человеческой личности, ее правам и свободам.

Литература / References

1. Aarnio Aulis. The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. Kluwer, 1986.
2. Antero Jyränki. Valtiota valtaan. Valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä. 3. painos, Talentum, 2003, p. 393–414.

²⁵ См., например: *Lavapuro Juha*. Uusi perustuslakikontrolli. SLY, Helsinki 2010, p. 14–15.

3. *Esko Hakkila*. Suomen tasavallan perustuslait, WSOY, 1939.
4. *Hallberg Pekka* et al. Perusoikeudet, Oikeuden perusteokset, WSLT, 2005.
5. *Hallberg Pekka* et al. Perusoikeudet, Oikeuden perusteokset, WSOYpro, Helsinki, 2011.
6. *Jaakko Husa*. Constitutional Mentality, in Pia Letto-Vanamo, Ditlev Tamm, Bent Ole Mortensen (Ed.s), Nordic Law in European Context. Springer, 2019, p. 41–60.
7. *Jääskinen Niilo*. Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Yliopistopaino, Helsinki, 2008.
8. *Jukka Kekkonen*. Merkantilismista liberalismiin. Suomalainen lakimiesyhdistys 1987.
9. *Lavapuro Juha*. Uusi perustuslakikontrolli. SLY, Helsinki, 2010.
10. *Paavo Kastari*. Suomen valtiosääntö, SLY, 1977.
11. *Riku Neuvonen*. Sananvapauden historia Suomessa. Gaudeamus, 2018.
12. *Rosas Allan*. Perus- ja ihmisoikeudet EU-oikeudessa, in Hallberg, Pekka et al, Perusoikeudet, Oikeuden perusteokset, WSOYpro, Helsinki, 2011, p. 200–205.
13. *Veli-Pekka Viljanen*. Kansalaisten yleiset oikeudet. Tutkimus suomalaisen perusoikeuskäsityksen muotoutumisesta autonomiakaudella ja itsenäisyyden ensi vuosina. 2. uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus, 1988.

Понятие свободы: история и современность

Слыщенко Владимир Александрович

кандидат юридических наук, доктор права, факультет права Московской высшей школы социальных и экономических наук (МВШСЭН), Москва, Российская Федерация; vslyshchenkov@universitas.ru

АННОТАЦИЯ

Исторический экскурс в формирование понятия свободы кратко освещает основные определения свободы, показывает соотношения и связи понятия свободы с другими важными понятиями человеческого бытия, такими как субъект, самореализация, закон, благо, труд, знание, инаковость. Правильное понимание феномена свободы предполагает принципиальное различие права и нравственности. Именно право выступает социальным институтом, осуществляющим в общественной жизни свободу как таковую, тогда как нравственность обеспечивает лишь освобождение от зла. Свобода, согласно исходному определению, есть труд самореализации. Поскольку свобода обладает социальной действительностью только в юридической форме, более конкретное определение свободы таково: свобода есть равновесие прав и обязанностей человека.

Ключевые слова: свобода, самореализация, труд, субъект, нравственность, право, либертаризм, соборность

Concept of Freedom: History and Modern Times

Vladimir A. Slyshchenkov

Candidate of Legal Sciences, PhD in Law, Associate Professor of the Comparative Law Department, Law Faculty of Moscow School of Social and Economic Sciences (MSSES), Moscow, Russian Federation; vslyshchenkov@universitas.ru

ABSTRACT

The historical discussion of formation of the concept of freedom briefly displays main definitions of freedom, shows interrelations and connections of the concept of freedom with other important notions of the human existence, such as subject, self-realization, law, good, labor, knowledge, otherness. Correct understanding of the phenomenon of freedom implies a principle distinction between law and morality. It is law as a social institute that introduces freedom as such into social life, whereas morality provides only liberation from evil. According to the initial definition freedom is a labor of self-realization. As freedom obtains social reality only in a legal form, the more concrete definition of freedom is as follows: freedom is a balance of man's rights and duties.

Keywords: freedom, self-realization, labor, subject, morality, law, libertarianism, sobornost

Настоящая статья не претендует на исчерпывающее разъяснение такого сложного предмета, как понятие свободы человека. Задача гораздо скромнее: обозначить основные грани философского истолкования свободы и показать практическую значимость правового регулирования для укоренения свободы в социальной действительности. Свобода выступает ценностью или должным, т. е. идеально существующей целью, неясность же цели угрожает многими опасностями. Нельзя не согласиться с Ш. Монтескье относительно исходной расплывчатости и неопределенности: «Нет слова, которое получило бы столько разнообразных значений и производило бы столь различное впечатление на умы, как слово “свобода”»¹. Вновь и вновь отдельные люди, иногда даже целые народы стремятся перейти от несвободы к свободе. Тем важнее познакомиться с накопленными на этом пути опытом и знаниями, чтобы наперекор множеству случайных мнений обнаружить действительный, а не мнимый ответ на ключевой вопрос: что такое свобода?

Субъект есть свободная воля². Поэтому стремление к свободе оказывается поиском себя, и наоборот. Иначе говоря, постигнуть свою свободу означает осознать себя субъектом. Восточная философия пока не сделала существенного вклада в осмысление свободы, потому что традиционно избегала сосредоточенности на человеке как субъекте. Собственные открытия и достижения восточного мышления по этому предмету являются скорее делом будущего, чем прошлого.

История понятия свободы начинается в Древней Греции. Города-государства (полисы) и вообще формы социальных отношений, преимущественно основанные здесь на развитом денежном хозяйствовании, впервые создают благоприятные условия для обособления человека от общественного целого, утверждения самостоятельности членов общества. Подлинным источником со-

¹ Монтескье Ш. Л. О духе законов. М. : Мысль, 1999. С. 136.

² Гегель Г. Философия права. М. : Мысль, 1990. С. 68.

циального порядка становится отдельный человек. Подобное видение обнаруживается уже в призывах древнего поэта Гесиода (VIII–VII вв. до н. э.): «Меру во всем соблюдай и дела свои вовремя делай»³. Через несколько столетий Протагор выскажет данную мировоззренческую позицию с максималистской прямоотой, пусть в софистическом, релятивистском духе: «Мера всех вещей — человек, существующих, что они существуют, а несуществующих, что они не существуют»⁴. Возникает социальная перспектива взаимного согласования особых мер, убеждений и устремлений каждого человека, тем самым практического осуществления свободы. Однако древние греки не превратили свободу в принцип общественного устройства. Открытый феномен человеческой свободы остается для них скорее природной данностью, не становится ценностью.

Поэтому древнегреческое сознание зачастую отождествляет свободу с произволом, своеволием⁵. Важна отнюдь не свобода как таковая, но достоинство свободнорожденного. Именно свободнорожденным адресовано этическое учение Аристотеля, которое воспекает доведенную до совершенства, облагороженную добродетелью человеческую природу. Согласно аристотелевской этике, счастье — высшая цель. Однако счастье есть природное состояние: «сумма удовлетворения» всех потребностей и склонностей⁶. Природная наполненность этики подчеркивается тем, что Аристотель связывает вместе добродетель и счастье, определяет подлинное счастье как «деятельность души в полноте добродетели»⁷. Все люди стремятся к счастью, поэтому счастье есть благо, причем человеческое благо, т. е. выражающее полноту человеческого существования, которое не сводится к научному, философскому познанию. Знание блага как таковое не делает человека счастливым и добродетельным. Счастье осуществляется в добродетельных поступках, которые воплощают решения, принятые человеком на основе сознательного выбора или стремления к благу как цели. Целесообразность решения предполагает нераздельное единство воли и мышления, поэтому человек есть «стремящийся ум»⁸. Поступки не выражают никакой заведомую правильность, ибо в стремлении к благу человек может поступать так или иначе, тем самым содержание поступков не является предметом науки. Добродетель есть середина между излишком и недостатком проявлений душевных чувств. В обстоятельствах конкретной ситуации человек самостоятельно решает, где именно находится середина, и поступает соответственно.

Аристотелевская этика преодолевает отождествление свободы и произвола, намечает основополагающие определения свободы, в рамках которых разворачивается дальнейшее философское осмысление феномена свободы. Отныне свобода предстает собственным путем достижения блага как полноты человеческого существования, самостоятельностью в деятельном стремлении к счастью, самореализацией человека среди людей. Однако понимание свободы как естественного, природного свойства свободнорожденного препятствует предметному рассмотрению свободы как социального института, разработке особого социального регулятора ради защиты и поддержания свободы. Аристотель отмечает, что «человек по природе своей есть существо политическое»⁹, живущее в государстве, причем вполне в древнегреческом духе объявляет государство самодовлеющим, обладающим самостоятельной значимостью. Свобода, равенство и справедливость между людьми осуществляются только в государственном общении, однако если государство оказывается природным образованием, тогда неизбежно подчиняет человека. Субъект объективируется в древнегреческом государстве, тем самым принимает свободу как данность, утрачивает живой источник свободы, который находится внутри человека, а не государства.

Падение древнегреческой цивилизации привело отнюдь не к забвению понятия свободы, но перемещению свободы в недра субъективности. Стоики подчеркивают необусловленность и неотчуждаемость свободы, абсолютную независимость человека от внешних обстоятельств. Согласно Эпиктету, можно быть свободным даже в цепях¹⁰. Начинается новый поиск общественных форм свободы.

³ Гесиод. Труды и дни // Гесиод. Полное собрание текстов. М. : Лабиринт, 2001. С. 72 (694).

⁴ Платон. Теэтет // Платон. Собрание сочинений в четырех томах. Т. 2. М. : Мысль, 1993. С. 203 (152a).

⁵ Платон. Государство // Платон. Собрание сочинений в четырех томах. Т. 3. М. : Мысль, 1994. С. 350–351 (562b–563d).

⁶ Кант И. Основы метафизики нравственности // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 1. М. : Мысль, 1965. С. 235.

⁷ Аристотель. Никомахова этика // Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 4. М. : Мысль, 1983. С. 74 (1102a5).

⁸ Там же. С. 174 (1139b5).

⁹ Аристотель. Политика // Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 4. М. : Мысль, 1983. С. 378 (1253a).

¹⁰ Беседы Эпиктета. М. : Ладомир, 1997. С. 41 (I, 1, 23).

Благодаря накопленному историческому опыту свобода как таковая предстает римлянам сущностью человеческой субъективности, поэтому впервые становится ценностью, руководящим началом социальной жизни. Возникает задача найти субъективное измерение общественных отношений, преодолеть социальную объективацию или отчуждение членов общества, учредить свободу как социальный институт, обеспечить подлинное осуществление свободы в социальной действительности. Решением стало римское частное право. Римляне совершают открытие права как особого способа регулирования отношений между людьми, который не сводится к нравственности или иному социальному регулятору; создают юриспруденцию (правоведение) как науку о праве, обладающую собственной предметной областью и методологией, обособленную от этики и прочих наук.

Римское частное право перестраивает имущественные отношения согласно принципу свободы. Архаичный, доюридический имущественный обмен, в том числе обмен вещи на наличные (вещная продажа), представляет собой два встречных дарения, осуществляемых в порядке нравственного долга, уходит корнями в древнейшую практику обмена дарами ради престижа и социального мира¹¹. Подобный обмен ставит одаряемого в положение личного подчинения или зависимости от дарителя; если же одаряемый не совершает встречного дарения или не возвращает полученного, строгое возмездие настигает его личность. Распространенное в давние времена рабство за долги служит общеизвестной иллюстрацией. Преобразование имущественных отношений согласно началу свободы предполагает смысловой переход от обмена как связанности безличным долгом, социальной ролью к обмену как сотрудничеству для блага каждого. Юридический подход сохраняет волевое содержание обмена от начала до конца, отчуждение вещи больше не сопровождается отчуждением субъективной воли. Новый механизм обмена опирается на понятие (субъективного) права, которое учреждает сферу свободы стороны. Отныне обмен является не столько объективным процессом, который приходится принимать как есть, сколько осуществлением договорных прав, направленным в будущее свободным сотрудничеством.

Право одной стороны отражается в обязанности другой. Римская юриспруденция создает основополагающее понятие обязательства — юридической связи между людьми, в силу которой один человек (кредитор) имеет право требовать от другого (должника) выполнения оговоренных действий, а другой обязан выполнить такие действия¹². Применительно к продаже, обмену товара на деньги изначально образуются два обязательственных отношения: обязательство купить, т. е. право продавца требовать уплаты цены и соответствующая обязанность покупателя, и обязательство продать, т. е. обязанность продавца передать товар в собственность и право покупателя требовать передачи. Указанные обязательства взаимосвязаны, каждое обязательство — в смысле возникновения и осуществления — опирается на встречное обязательство. В целом такое правоотношение именуется двусторонним, или синаллагматическим, обязательством. Управомоченная в одном обязательстве сторона становится обязанной во встречном обязательстве, тогда как обязанная сторона — управомоченной. Никакая сторона не является здесь только обязанной или управомоченной, но имеет право и обязанность, например, продавец вправе требовать уплаты цены и обязан передать товар. Двустороннее обязательство, наглядно иллюстрируемое обязательством купли-продажи, является моделью правопорядка: право стороны в одном отношении уравновешивается обязанностью этой же стороны в другом отношении.

В двустороннем обязательстве право одной стороны опирается на право другой. Поэтому отношение не вырождается в подчинение или зависимость, но развивается как свободное сотрудничество. Обнаруживается неразрывная связанность свободы, равенства и справедливости. Поскольку каждая сторона является управомоченной по отношению к другой, стороны не просто обладают закрепленной субъективным правом сферой свободы, но также равны как одинаково обладающие правом, причем равны именно в свободе. Признание соразмерного права на другой стороне предполагает постоянную и неизменную готовность добросовестно слушать и отвечать на призыв другого, поэтому право воплощает справедливость. Право осуществляет свободу в социальной действительности одновременно как равенство в свободе и справедливость в смысле признания другой субъективности. Наказание за правонарушение не является возмездием, вдохновляемой слепой мстительностью, но выступает ответственностью, которая имеет единственной целью возместить ущерб, нанесенный свободе, восстановить свободу в отношениях между людьми. Юриспруденция исходит из практического понимания свободы как равновесия прав и обязанностей человека.

¹¹ Подробнее см.: Мосс М. Опыт о даре. Форма и основание обмена в архаических обществах // Мосс М. Общества. Обмен. Личность. Труды по социальной антропологии. М. : КДУ, 2011. С. 134–285.

¹² Подробнее см.: Дождев Д. В. Римское частное право. М. : Норма, 1996. С. 427–431.

Здесь расходятся нравственность (мораль) и право¹³. Нравственность устремляется к добру как противоположности злу, тогда как право преодолевает дуализм добра и зла посредством понятия блага, показывает добро и зло как преходящие моменты человеческой свободы. Нравственность освобождает от зла, поэтому обеспечивает лишь негативную свободу, которая легко вырождается в несвободу, тогда как право осуществляет свободу как самореализацию человека в социальной действительности, поэтому воплощает подлинную, живую или позитивную свободу. Нравственность подчиняет человека долгу, который выражает безжизненную абстракцию добра, тогда как право требует исполнять обязанности, которые отражают права другого человека, тем самым учит прислушиваться к другой субъективности. Только юридическая общеобязательность, истинно правовой закон действительно идет от людей, тем самым достигает того, чтобы «каждый поступал неповторимо индивидуально, т. е. всегда имел перед собой живого человека, конкретную личность, а не отвлеченное добро»¹⁴.

Правовой закон обладает внутренней целесообразностью, когда целью законотворчества является собственно закон, который есть общая воля и благо — правовой закон. Открытие внутренней целесообразности правового законодательства начинается с отчетливого понимания, что успешное или эффективное действие закона зависит от подлинного одобрения закона всеми гражданами, которых он затрагивает, чтобы каждый считал закон действительно своим. Правовой закон отражает общую волю, т. е. приводит множество единичных волей к согласию без навязывания заведомо правильного решения. Только юриспруденция располагает средством выразить согласие граждан без уничтожения единичной воли как живого источника общей воли и избавить единичную волю от подавления верховной (общегосударственной, общенародной) волей. Указанное средство есть равновесие прав и обязанностей каждого человека. Напротив, нравственный закон подчиняется внешней целесообразности, потому что служит надзаконной цели добра, которая выбирается вполне произвольно. Нравственные предписания могут закрепляться принудительным законом, защищаться общественной властью. Иллюстрацией служат современное трудовое и социальное законодательство, вообще любые законы или приказы власти, вдохновленные устремлением к некоторому добру, но при этом избегающие тотального насаждения добра. Ибо несоблюдение меры добра приносит зло. Подобное умеренно нравственное законодательство на практике примиряет добро и зло, поэтому отчасти выполняет сугубо правовую задачу поддержания общественной свободы, впрочем не столько ради свободы как таковой, но для бесперебойного функционирования социальных систем. Поэтому нравственное законодательство скорее закрепляет и продлевает, но никогда не преодолевает отчуждение человека в обществе. Тем не менее достигаемый юридический результат позволяет рассматривать нравственное законодательство как право, однако как своеобразное социальное право, которое отличается от права как такового отсутствием собственно юридической целесообразности. Социальное право вовсе не является моделью права как такового, но лишь практическим предчувствием права как особого способа регулирования общественных отношений. Внешняя целесообразность закона означает, что правотворчество полагается не самостоятельной деятельностью, но придатком других областей социальной жизни, от религии до экономики. Такой подход не согласуется с практикой правотворчества и правоприменения, не объясняет появление и развитие особой юридической науки и образования. Право выступает самостоятельной сферой человеческой деятельности, обладающей внутренней целесообразностью, исторически же первым правом в собственном смысле явилось римское частное право.

После распада древнеримской цивилизации западный человек опять остается наедине со своей свободой. Однако исторический опыт напоминает о свободе как руководящем начале социальной жизни. Поиск новых общественных форм свободы поддерживается христианской религией, согласно которой свободная воля есть божественный дар. Осуществление свободы человека как члена общества, не отдельного или частного, но общественного человека становится основным содержанием последующих веков сложной западноевропейской истории вплоть до конца Нового времени. Свобода разворачивается как объективная необходимость. Поэтому человек западного мира традиционно постигает свободу как знание. Отсюда преклонение перед естественным законом или естественным правом как истиной социальных отношений. Человеческий, волеустановленный закон должен согласовываться с естественным законом, свобода общественного человека должна отражать естественную свободу, однако такое соответствие наблюдается весьма

¹³ Подробнее см.: *Слыщенко В. А.* Право и нравственность: различия понятий. М. : Юрлитинформ, 2020.

¹⁴ *Бердяев Н. А.* О назначении человека. Опыт парадоксальной этики. Париж : Современные записки, 1931. С. 114.

редко: «Человек рождается свободным, но повсюду он в оковах»¹⁵. Свобода человека как живущего по закону члена общества, гражданина поистине достигается лишь тогда, когда человек подчиняется собственному закону. Такой человек не раб или объект, но лицо или субъект права: «...лицо подчинено только тем законам, которые оно (само или, по крайней мере, совместно с другими) для себя устанавливает»¹⁶.

Содержащийся в указанном воззрении формальный или процедурный принцип законотворчества получает подробную разработку лишь во второй половине XX в. благодаря коммуникативной правовой теории Ю. Хабермаса. Напротив, ориентированное на знание новоевропейское мышление стремится определить самоустановленные законы скорее со стороны содержания, чем законодательного процесса. Разнообразные естественно-правовые теории требуют от действующих законов содержательного соответствия якобы бесспорной нравственной истине. Только такие истинные законы называются правом или правовыми законами, которые по содержанию отличаются от лишь внешне оформленного законами властного произвола. Однако в рамках естественно-правового теоретизирования свобода оказывается поглощенной нравственным знанием, а человек — государством как высшей нравственной организацией общежития: «...государство — это шествие Бога в мире...»¹⁷. При этом оказывается невозможным логически вывести из естественного права содержание целого законодательства. Подлинным критерием законотворчества оказывается практическая эффективность закона, отнюдь не соблюдение естественного права. Скорее представления о естественном праве подстраиваются под успешный закон, чем наоборот. В противовес школе естественного права оформившееся в XIX в. направление юридического позитивизма отказывается от поиска истинного закона. Правом здесь считается всякий действующий закон, с этой точки зрения самые бесчеловечные приказы власти относятся к праву. Юридический позитивизм иногда сосредоточен на сугубо логической обработке позитивного права, иногда же расширяется до социологической перспективы для выяснения экономических, культурных и прочих социальных факторов правотворчества. Эти факторы трактуются как внеправовое должное: если естественное право главенствует над законом якобы непосредственно, то социальные факторы — только посредством законодателя. Обе версии юридического позитивизма, т. е. логическая и социологическая, оставляют содержание правового регулирования на произвол законодателя. Доктрина естественного права и юридический позитивизм остаются в парадигме внешней целесообразности социального права. Различие заключается лишь в том, как именно определяется цель действующего закона: познанием якобы предвечного естественного закона или произволом законодателя. Субстанциональное правопонимание, которое исходит из внутренней целесообразности правового регулирования, противопоставит как естественно-правовым воззрениям, так и юридическому позитивизму. Надлежащее осмысление и сохранение права как защищающего свободу социального института требует субстанциально-юридического подхода.

Конституционное закрепление прав и свобод человека, вдохновленное учениями естественного права, на практике преодолевает нравственную ограниченность естественного права, вместо этических требований помещает в основу государственного общежития юридическое начало равновесия прав и обязанностей гражданина. Хотя по названию публичное право знакомо уже римлянам, как таковое публичное право возникает только благодаря новоевропейскому юридическому учению о правах и свободах человека. Частное право, основанное на римском понятии обязательства, а также новоевропейское публичное право вместе образуют известное на текущий исторический момент право в собственном смысле. Принадлежащая каждому свобода слова, собраний, иные публичные права и свободы (исключая социально-экономические и иные подобные права, которые относятся к нравственно ориентированному социальному праву) предполагают соразмерные обязанности как условия прав и свобод, прежде всего, обязанность уважать права и свободы других людей. Тем самым свобода человека как члена общества, общественного человека закрепляется в социальной действительности. Западноевропейская цивилизация находит собственную практическую формулу свободы — права и свободы человека и гражданина. Теоретическим выражением этого выдающегося достижения выступает политико-правовое учение либерализма. Некоторая догматичность либеральных воззрений связана с неуместной абсолютизацией исторического опыта западных государств в обеспечении общественной свободы. Недостатки

¹⁵ Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права // Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М. : Канон-пресс, 1998. С. 198.

¹⁶ Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2. М. : Мысль, 1965. С. 132.

¹⁷ Гегель Г. Указ. соч. С. 284.

либерализма не умаляют несомненной значимости публичных прав и свобод как общественной формы свободы.

Публичные права и свободы закладывают в основание социальной жизни отнюдь не знание, но взаимное признание людей. Понимание или объяснение, вообще обретение знания есть движение от объекта к мысли об объекте. Человек как таковой в его субъективности избегает быть познанным именно потому, что субъект не есть объект. Иными словами: «Субъективная реальность человеческого Я не может быть полностью объективирована в предметной деятельности»¹⁸. Признание исходит из ограниченности понимания: понимание всегда открыто новому или непонятному, однако именно эта открытость подразумевает, что по ту сторону понятого всегда находится другой как безусловная инаковость. Предполагаемая надлежащим пониманием принципиальная «открытость навстречу другому»¹⁹ требует, чтобы голос другого был услышан. Так понимание, познание переходит в признание. Понимание другого означает, что другого видят насквозь, но тем самым не признают как другого. Понимание между людьми имеет место только как понимание самого дела, т. е. некоторой объективности, однако не как понимание одним человеком другого в его субъективности: «Разговор есть процесс взаимопонимания. Поэтому во всяком подлинном разговоре мы вникаем в слова другого, действительно считаемся с его точкой зрения и ставим себя на его место: не с тем, однако, чтобы понять его самого как данную личность, но с тем, чтобы понять, что он говорит. Речь идет о том, чтобы... мы смогли прийти с ним к согласию по поводу самого обсуждаемого дела»²⁰. Иначе говоря, взаимопонимание между людьми не означает их тождественности: каждый все равно остается другим для другого. Человек выступает субъектом в подлинном смысле, т. е. другим без оговорок, только там, где заканчивается понимание.

Известное определение свободы как познанной необходимости подменяет подлинную или позитивную свободу негативным освобождением от гнета необходимости. Свобода субъекта отнюдь не означает слияния с объективностью в абсолютном знании. Первое возражение состоит в том, что объективность предстает субъекту как изначально данное, таким образом, субъект определяется объективностью, даже когда постигает ее необходимость. Иначе говоря, познанная необходимость не является подлинной свободой по тем же соображениям, по каким таковой нельзя назвать свободу выбора: «Если в рассмотрении произвола остановиться на том, что человек может хотеть того или иного, то это, правда, есть его свобода; однако если твердо помнить, что содержание дано, то человек определяется им и именно в этом аспекте уже не свободен»²¹.

Второе возражение направлено против объективного идеализма, согласно которому объективность не обладает изначальной данностью, ибо порождается мышлением или знанием. Однако свобода, которая якобы исходит из мышления, лишь разворачивает необходимость мышления — пока мышление остается опорой, субъекта как такового не существует. Мыслить себя — значит быть разделенным на субъект и объект. Вслед за Ж. П. Сартром нужно отвергнуть примат познания как способа человеческого бытия²². Человек вовсе не становится свободным, потому что мыслит, наоборот, способен мыслить, потому что свободен. Мышление рождается как осмысление человеком своей свободы, иначе говоря, как абстракция Я от самосознания. Благодаря сознанию своей инаковости, своего бытия-не-объектом пробуждается самосознание, которое мышление проясняет в абстракции Я и которое затем возвращается в конкретность существования как осуществляемая инаковость, живая (подлинная или позитивная) свобода в форме признания неустрашимой инаковости другого.

Именно человек — сам человек — является источником познанной необходимости. Однако в качестве такого источника человек не проваливается внутрь созданной им необходимости, т. е. не объективируется или отчуждается в осмысленной необходимости, одновременно оставаясь независимым от природной необходимости, которой способен противопоставить собственную необходимость. Человек есть граница двух миров, конец естественной необходимости природы и начало искусственной или идеальной необходимости культуры. Такое пограничное существование означает абсолютную инаковость «не от мира сего», т. е. человек не воплощает собой никакую необходимость. Инаковость человеческого существования удерживается только в отношении

¹⁸ Кон И. С. Дружба. 4-е изд. СПб., 2005. С. 174.

¹⁹ Гадамер Х.-Г. Истина и метод: основы философской герменевтики / Пер. с нем. И. Н. Букова, М. А. Журиной, С. Н. Земляной, А. А. Рыбакова. М., 1988. С. 425.

²⁰ Там же. С. 448.

²¹ Гегель Г. Указ. соч. С. 81.

²² См.: Сартр Ж. П. Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии / Пер. с фр. В. И. Колядко. М.: Республика, 2000. С. 24–30.

с другой инаковостью, тем самым абсолютность инаковости переходит в относительность, которая предполагает неопределенное множество инаковостей. Инаковость человека осуществляется только среди людей как случайных других. Закон свободной воли гласит: поступай согласно своей инаковости. Следование собственной инаковости предполагает сохранение инаковости другого, потому что отрицание другой инаковости упраздняет инаковость самого деятеля, который остается другим только по отношению к другому. Равным образом инаковости вредит выпячивание особенности ради отличия как такового, потому что особенность есть определенность — безоглядное погружение в определенность умерщвляет инаковость. При этом нельзя избегать определенности, потому что путем самоопределения человек осуществляет свою инаковость. Таким образом, свобода усматривается не в бегстве от любых определений или ограничений, но удержании инаковости в определенности собственного волеизъявления.

Признание другого есть примирение с инаковостью. Такое видение остается в основном чуждым сосредоточенному на понимании, познании европейскому общественному сознанию Нового времени. Даже публичные права и свободы поначалу кажутся охраняющими скорее не инаковость отдельного человека, но принципиальную одинаковость людей. Новоевропейская рациональность искала в субъекте лишь тождественность, поэтому не придавала значения инаковости, которая просто преодолевалась как нечто несущественное. Показательно высказывание К. Маркса: «Человек сначала смотрится, как в зеркало, в другого человека. Лишь отнесясь к человеку Павлу как к себе подобному, человек Петр начинает относиться к самому себе как к человеку. Вместе с тем и Павел как таковой, во всей его павловской телесности, становится для него формой проявления рода “человек”»²³. Другой эпохи модерна — это *alter ego*, другое Я. Только время европейского постмодерна вполне разглядело изначально другого, не-Я-субъекта как принципиальную инаковость. «Ни категория количества, ни даже категория качества, — подчеркивает Э. Левинас, — не описывают инаковости другого, чье качество не просто отлично от моего: другой, можно сказать, обладает инаковостью как качеством»²⁴. Инаковость другого — его несовершенство, т. е. другой не есть такой, каким якобы должен быть. Сознание инаковости является предпосылкой решения в подлинном смысле самоопределения воли, ибо только благодаря осознанию человеком своей инаковости воля находится наедине с собой.

Лежащая в основе правового регулирования противоположность права и обязанности исходит из инаковости участников: одна сторона правоотношения является управомоченной, другая — обязанной. Поэтому правопорядок ориентирует человека на принятие решения в полном сознании инаковости напротив другого и отстаивание своего решения во взаимодействии с другим. Различие права и обязанности выражает инаковость, помимо которой субъекта вообще не существует: «В определенности человек не должен чувствовать себя определяемым; рассматривая другое как другое, он лишь тогда обретает ощущение себя»²⁵. Свобода обладает действительностью только как достигаемое борьбой равновесие прав и обязанностей человека, которые потому нужно мыслить раздельно, чтобы уравнивать. Тождество права и обязанности как юридическая позиция, своеобразная теоретико-правовая модель правообязанности²⁶ предстает причудливым искажением природы правового регулирования, свидетельствующим о смешении права и нравственности. С юридической точки зрения именно нравственный долг выглядит синкретичным единством права и обязанности.

Признание достигается путем осуществления права, опосредованного исполнением другой стороной противолежащей обязанности. Управомоченная сторона не осуществляет над обязанной власть или господство, ибо в противном случае инаковость исчезает. Иначе говоря, быть обязанным вовсе не означает принадлежать управомоченному, т. е. быть рабом, скорее наоборот: «Раб не может иметь обязанностей, их имеет только свободный человек»²⁷. Поэтому спор о праве и обязанности предстает поиском согласованного решения, т. е. взаимного признания. В отсутствие согласия между участниками спор разрешается независимым судом именно для того, чтобы каждая сторона согласилась с итоговым решением как собственным. Вместо измеряемой обычными весами массы тел весы правосудия взвешивают содержащуюся во встречных решениях субъектов тяжесть признания другого.

²³ Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Том первый. Книга I: Процесс производства капитала // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. 23. 2-е изд. М.: Госполитиздат, 1960. С. 62, сн. 18.

²⁴ Левинас Э. От существования к существующему / Пер. с фр. Н. Б. Маньковской // Левинас Э. Избранное. Тотальность и бесконечное. М. — СПб.: Университетская книга, 2000. С. 59–60.

²⁵ Гегель Г. Указ. соч. С. 74–75.

²⁶ См.: Алексеев Н. Н. Религия, право и нравственность. Париж: YMCA Press, 1930. С. 76–77.

²⁷ Там же. С. 207.

Сохранение инаковости предполагает открытость другому, постоянную и неизменную готовность отвечать на призыв другого. Голос другого должен быть услышан отнюдь не ради полезности, истинности или прочих объективных качеств. Другой стремится к справедливости, ибо другой не подчиняется имеющимся, но требует иных правил, которые преодолевают привычные границы правильности. Справедливостью именуется правильность, которая открыта неправильности другого. Поэтому справедливость «невозможна без уникальности, без единичного характера субъективности»²⁸, это и означает подлинное вовлечение другого. Осуществление справедливости есть содержание правового общения, где каждый является другим для другого. Присутствие другого объясняет неопределенность справедливости, которая избегает очевидности знания. Поэтому обоснованно говорят о чувстве справедливости.

Юридическое закрепление права и обязанности на противоположных сторонах отношения становится принципом или формой инаковости субъектов: (субъективное) право в единстве с обязанностью противостоящей стороны оформляют призыв другого и положительный ответ на призыв. Призыв другого является началом, отсюда юриспруденция или правоведение — это учение о праве, а не об обязанности. Посредством наделения правом и обязанностью достигается юридическая формализация отношения и возникает правоотношение, которое абстрагируется от своеобразных обстоятельств, выражает только оформленное правом и обязанностью взаимное признание. В качестве юридической абстракции форма права и обязанности включает любого члена общества, который соответствует условиям участия в данном правоотношении. Благодаря абстракции права и обязанности — любой может обладать этим правом или обязанностью, правоспособность делает каждого лицом — правоупорядок обеспечивает равенство субъектов, которое именуется формальным равенством.

Равенство абстрактных правовых лиц как мыслимое, идеальное равенство, т. е. равенство по абстрактному признаку, на практике оборачивается неравенством, потому что абстракция не есть действительность. Равная правоспособность как возможность каждого обладать правом предполагает неравенство действительного обладания: право находится на одной стороне правоотношения, другой же достается лишь обязанность. Однако кто несет обязанность в одном отношении, тот знает, что может обладать правом в другом отношении. Признание обязанного со стороны управомоченного только на словах переходит в признание на деле, когда обязанный отвоевывает в другом отношении право, которое уравнивает его обязанность в первом отношении. Поэтому правоупорядок включает борьбу за признание, борьбу за право, посредством которой обязанная сторона приобретает право в другом правоотношении, становясь там управомоченной стороной, тем самым уравнивая бремя своей обязанности. Наглядным примером является право гражданина избирать и быть избранным, которое сопровождает обязанность подчиняться распоряжениям власти. Сочетание на стороне гражданина указанного права с этой обязанностью — или сочетание на противоположной стороне обязанности уважать выборы с правом управлять — существенным образом уравнивает властвующих и подвластных. Допуская борьбу за право, правоупорядок охраняет свободу людей: «Субъект свободен только в борьбе»²⁹. Действительность формального равенства означает свободу, которая практически раскрывается как равновесие прав и обязанностей, т. е. уравниженность права в одном правоотношении обязанностью данного лица в другом отношении. Иначе говоря, истинное равенство субъектов как таковых есть равенство в свободе. Правовая свобода оказывается позитивной свободой, потому что в отличие от нравственной негативной свободы служит не освобождению от некоторого зла, но самостоятельному стремлению к благу, самореализации человека среди других людей.

Правоупорядок образует спираль: от справедливости к формальному равенству, потом свободе. Переход к свободе не замыкает круг, но является началом нового витка спирали правовой истории, потому что содержащаяся в свободе справедливость каждый раз обнаруживает нового другого. Это означает, что право имеет основание в самом себе — нет иной цели, помимо воплощения сущности права в социальном мире, иначе говоря, одновременного осуществления трех сущностных свойств права: справедливости, формального равенства и свободы³⁰. Правоупорядок не является закрытой системой: правоустановление открывается внешним влиянием, т. е. учитывает ожидания внеправовой действительности, посредством справедливого вовлечения другого в правовое общение.

²⁸ Левинас Э. Тотальность и бесконечное / Пер. с фр. И. С. Вдовиной // Левинас Э. Избранное. Тотальность и бесконечное. М. — СПб. : Университетская книга, 2000. С. 244.

²⁹ Гегель Г. Указ. соч. С. 422.

³⁰ Подробнее см.: Нерсисянц В. С. Философия права. 2-е изд. М. : Норма; ИНФРА-М, 2011. С. 30–48.

Применительно к правовой догматике одновременное раскрытие в действующем правопорядке объективных требований справедливости, формального равенства и свободы предстает переходом от позитивно-правовых принципов к законодательным положениям, затем к правовым нормам.

Позитивно-правовые принципы выражают в определенной области общественных отношений справедливость как должное признание инаковости, например, публичные права и свободы человека являются такими принципами. Правовые принципы не всегда явно высказываются в текстах законов — основное содержание последних заключается в законодательных положениях, которые закрепляют права и обязанности на достигнутом уровне формального равенства. Например, частноправовые принципы добросовестности или свободы договора, или публично-правовая свобода слова, или вероисповедания, или иное публичное право человека обставляется условиями осуществления и подкрепляется обязанностью другой стороны, преобразуются из позитивно-правового принципа в предусмотренную законодательными положениями модель правоотношения.

Отдельная правовая норма как системное единство гипотезы, диспозиции и санкции формулируется в конкретных обстоятельствах на этапе правоприменения путем осмысления и толкования наличных законодательных положений в свете правовых принципов. Поэтому норма права возникает не как долженствование, но скорее предвидение будущего поведения. Правовые нормы подспудно изменяют принципы и правила: законодательство может уточняться, дополняться или отменяться соответственно практическому применению в жизненных ситуациях. Создавая общепризнанную правовую норму здесь и сейчас, каждый становится законодателем, а тем самым свободным. Из многообразия доктринальных определений права, которые могут быть основаны на вышесказанном, наиболее наглядным предстает определение права как нормативной справедливости, т. е. справедливости как нормы.

В этой связи уместно провести различие между юридическим и логическим пониманием нормы. Юриспруденция создает норму как правило поведения по формуле «если..., то..., иначе...», отражающей системное единство гипотезы, диспозиции и санкции, путем рассмотрения регулируемых общественных отношений в свете их правовой сущности. Иначе говоря, юриспруденция не абстрагируется от волевого характера нормы, т. е. правовая норма постигается не просто как данность, но как результат целенаправленной деятельности. Поэтому юридическое понимание нормы исходит из того, что правовая норма является долженствованием только как цель. Норма устанавливает границы поведения, тем самым оформляет, определяет форму воли — своеобразие юридического подхода заключается в том, что правовая норма выражает волю, целью которой является собственная форма, т. е. сама воля. Поэтому только правовая норма делает волю свободной и одновременно разумной — разумность вообще есть целесообразность самореализации. Напротив, деонтической логике или логике норм чужда трактовка нормы как формы или меры свободной воли, здесь норма рассматривается в эмпирической данности нормативного высказывания. Сугубо логический подход к правовому регулированию не соответствует предмету, потому что не учитывает сущность правовой нормы, игнорирует субстанциальную основу права.

Свобода воли есть сторона человеческой разумности или мудрости, которую нужно отличать от рассудка, рациональности как простой способности мыслить абстрактно. Абстракция этического долга вмещает любое содержание, ибо долгом можно объявить что угодно. Человек долга рассудителен, однако не принадлежит себе или отчужден, поскольку поработен абстрактными предписаниями. Абстракция долга проявляется в подмеченной М. Вебером формальной рациональности капиталистического хозяйствования, т. е. подчинении хозяйственной деятельности сугубо количественному денежному измерению³¹. Западноевропейский капитализм сделал деньги основополагающей нравственной ценностью, выразив и закрепив в этической области ведущую социальную значимость денежного хозяйствования. Деньги обещают освобождение. Поэтому этическая ценность денег равнозначна нравственному одобрению самостоятельности человека. Отчужденность в денежных отношениях предстает забвением человеком своей самостоятельной воли, которая объективируется в деньгах, однако тем самым все же предполагается существующей.

Понимаемая в сугубо экономическом смысле свобода есть свобода выбора, человеческая способность к рациональному выбору. Д. Юм ясно показал ограниченность подобной рассудочной свободы. Расспросы о причинах сделанного выбора в конечном итоге упираются в невозможность рационального объяснения, ибо началом любого выбора является непосредственность челове-

³¹ См.: Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии. В 4 т. Т. 1 / Пер. с нем. В. А. Брун-Цеховой, Л. Г. Ионина, И. А. Судариковой, А. Н. Беляева, Д. Б. Цыганкова. М. : Издательский дом Высшей школы экономики, 2016. С. 133–135.

ского желания³². Тем не менее современному капиталистическому обществу рациональная свобода выбора кажется важнейшей формой свободы, потому что хорошо согласуется с идеалом потребления. Свобода выбора маскирует, скрывает специфическое социальное отчуждение, на котором основано потребительское общество, а именно, отчуждение посредством труда. Особенность капитализма усматривается в том, что именно труд отчуждает человека, принимая отчужденные формы общественно полезного труда. Общественный человек превращается в трудящееся животное (*animal laborans*), захваченное почти физиологическим круговоротом производства и потребления³³. При капитализме такое отчуждение опосредовано деньгами, т. е. является самоотчуждением человека. Напротив, при социализме оно выступает как непосредственно принудительный труд. Историческое предназначение социализма состояло именно в том, чтобы наглядно показать, объективировать капиталистическое отчуждение.

Марксистская критика отчуждения при капитализме оправдана, однако содержит фатальную ошибку, состоящую в игнорировании ключевой стороны опосредующего значения денег. В марксистской экономической теории денежное опосредование товарного обращения означает лишь, что деньги являются всеобщим эквивалентом стоимости товаров³⁴. Однако философски осмысленное опосредование есть отрицательность, негативность субъективности как источник диалектического развития общественных процессов. Только благодаря человеку, субъекту отрицание приходит в мир³⁵. Иначе говоря, вопреки марксистской политической экономии, товар содержит внутреннее противоречие между потребительной и меновой стоимостями вовсе не как таковой, т. е. в непосредственности объективированного, овеществленного труда³⁶, но будучи опосредованным субъектом как стороной обмена. Поэтому надлежащее понимание опосредующей роли денег помещает человека в центр саморазвивающейся экономической системы. Произвол при установлении цен товаров оказывается более важным для протекания экономических процессов, чем предполагаемый источник объективных товарных стоимостей. Напротив, марксизм объявляет абстрактный человеческий труд (т. е. труд вообще) субстанцией (меновой) стоимости товаров³⁷, тем самым обнаруживает якобы объективное основание для уравнивания обмениваемых товаров, а значит, сторон сделки, которое никак не отражает субъективность экономических предпочтений. В отличие от объективной товарной стоимости субъективная цена товара рассматривается как нечто несущественное³⁸.

Однако ключевой момент заключается в том, что вовсе не воплощенный в товаре труд уравнивает товары (и стороны сделки), а наоборот, люди сравнивают и уравнивают стоимости своих товаров. Лишь труд вообще, абстрактный труд уравнивает людей, отсюда только банальное суждение, что все трудятся; напротив, конкретный труд сравнивается и уравнивается людьми. Никто не может указывать, какое соотношение стоимостей является правильным в отдельной сделке — соотношение устанавливается путем соглашения, а не научного обоснования.

Марксистская экономическая теория не придает должного значения этому обстоятельству, поэтому создает ложное впечатление, будто при социализме труд способен определять величины товарных стоимостей непосредственно, т. е. без человеческого участия. К. Маркс пишет: «Каждый отдельный производитель получает обратно от общества за всеми вычетами ровно столько, сколько сам дает ему. То, что он дал обществу, составляет его индивидуальный трудовой пай. Например, общественный рабочий день представляет собой сумму индивидуальных рабочих часов; индивидуальное рабочее время каждого отдельного производителя — это доставленная им часть общественного рабочего дня, его доля в нем. Он получает от общества квитанцию в том, что им доставлено такое-то количество труда... и по этой квитанции он получает из общественных запасов такое количество предметов потребления, на которое затрачено столько же труда. То же самое количество труда, которое он дал обществу в одной форме, он получает обратно в другой форме. Здесь, очевидно, господствует тот же принцип, который

³² См.: Юм Д. Исследование о принципах морали / Пер. с англ. В. С. Швырева // Юм Д. Сочинения в двух томах. Т. 2. 2-е изд. М.: Мысль, 1996. С. 288–289.

³³ Подробнее см.: Арендт Х. *Vita activa*, или О деятельной жизни / Пер. с нем. и англ. В. В. Библихина. СПб.: Алетейя, 2000. С. 103–174.

³⁴ См.: Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Том первый. Книга I: Процесс производства капитала. С. 77–80.

³⁵ См.: Сартр Ж. П. Указ. соч. С. 59–81.

³⁶ См.: Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Том первый. Книга I: Процесс производства капитала. С. 71, 84, 124.

³⁷ См.: там же. С. 52–55, 67–68.

³⁸ См.: там же. С. 112.

регулирует обмен товаров, поскольку последний есть обмен равных стоимостей...: известное количество труда в одной форме обменивается на равное количество труда в другой»³⁹. Вопреки приведенному рассуждению, «индивидуальный трудовой пай» не способен сравнить себя с трудовым паем другого производителя: «Труд же сам по себе — это некая фактичность, фактический процесс, фактическое отношение, и он не может сам себя измерять и регулировать, не может быть собственной формой, принципом и нормой»⁴⁰. Кроме того, уравнивание воплощающих труд стоимостей товаров далеко от очевидности, ведь соотношение разного конкретного труда, затраченного двумя производителями, отнюдь не пропорционально соотношению отработанного ими времени, поскольку для такой пропорции нужно сначала свести сложный труд производителей к простому или абстрактному⁴¹. Поэтому крайне важно, кто и как сравнивает действительные трудовые вклады. В практике реального (советского) социализма труд рабочих и служащих уравнивался власть имущими в принудительном порядке и не без выгоды (привилегий) для себя. Марксистская социалистическая утопия полностью лишает человеческую субъективность общественного значения, превращая многочисленные частные занятия и заботы в непосредственно общественное дело. Вместо подлинной свободы марксизм проложил дорогу к невиданному прежде трудовому рабству.

Российское государство, затем многие восточноевропейские страны становятся в XX в. подлинным центром практического строительства вдохновленной марксистскими идеями социалистической общественной системы. Социалистическое восхваление труда оказалось созвучным существенным чертам, выявило скрытые основы восточноевропейской цивилизации. Здесь субъективность вполне в духе христианской религии находит преобладающую форму самовыражения в труде: трудящийся подражает Христу, кто не хочет работать, пусть не ест⁴². Утверждение трудовой деятельности как формы общественной свободы, переход от отчужденного труда как нравственного долга к труду как самореализации становится сверхзадачей восточноевропейской истории. В условиях современного глобального капитализма, который непрерывно усугубляет отчуждение трудом и увеличивает пропасть между богатыми и бедными, всемирная значимость указанной задачи не вызывает сомнений. Печальный опыт реального социализма помогает искать подлинное решение. Поиск пока не завершен, открытие такого решения, убедительное теоретическое обоснование и успешное осуществление в социальной практике остаются делом будущего. В любом случае нужно обнаружить способ юридическим образом преобразовать трудовые отношения общественного производства, которые пока регулируются преимущественно нравственно ориентированным социальным правом. Искомый перевод наемного труда под правовое начало равновесия прав и обязанностей сможет нарушить привычный дуализм частного и публичного права, привести к появлению третьей системообразующей части права в собственном смысле.

Труд имеет важное значение для обеспечения человеческой свободы, потому что свобода не есть данность. Бессмертный обречен на самореализацию, именно поэтому не является свободным. Только сознание конечности, смертности позволяет человеку постигнуть собственную самореализацию как ценность, иначе говоря, рассматривать самореализацию как результат усилий или труда. Свобода есть труд самореализации. Свободный, а не отчужденный труд — это труд как самореализация.

В общественной жизни человек труда ориентируется не столько на закон, сколько на непосредственность сближающего социального чувства, такого как чувство дружбы или любви. Показательно выработанное русской религиозной философией учение о соборности. Принцип соборности есть самореализация человека в обществе как живом общении свободных людей⁴³. Интуиция соборного общественного устройства улавливает чувственное содержание правопорядка, который распространяет дружеское общение на всех членов общества. Тем самым понятия соборности, общественной свободы и правопорядка совпадают во всех существенных моментах. Поэтому последовательное субстанциально-юридическое правопонимание приводит к либертарно-соборной теории права.

³⁹ Маркс К. Критика Готской программы // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. 19. 2-е изд. М.: Госполитиздат, 1961. С. 18–19.

⁴⁰ Нерсисянц В. С. Указ. соч. С. 194.

⁴¹ См.: Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Том первый. Книга I: Процесс производства капитала. С. 53.

⁴² См.: Апостол Павел. Второе письмо христианам в Фессалонике. Книга Нового Завета // Книги Священного Писания Ветхого и Нового Завета. Канонические. Современный русский перевод. М.: Российское Библийское Общество, 2011. С. 1325 (Гл. 3, 6–12).

⁴³ Подробнее см.: Франк С. Л. Духовные основы общества. М.: Республика, 1992. С. 54–63.

Один из главных исторических уроков состоит в том, что свобода не тождественна освобождению. Принципом нравственности является освобождение от всевозможного зла, обратной стороной которого оказывается объективация, отчуждение человека якобы безусловным добром, бесспорной этической истиной. Негативная свобода нравственного долга оборачивается новой несвободой. Напротив, подлинная свобода есть позитивная свобода, которая состоит отнюдь не в бегстве от зла, но самоопределении или самореализации человека, вступлении в действительность посредством самостоятельного решения, которым человек превращает неопределенность в определенность. Источником позитивной свободы является сознание человеком собственной инаковости, а социальным механизмом — юридическое равновесие прав и обязанностей каждого. В качестве особого социального регулятора право требует признавать другого именно как субъекта, тем самым осуществляет в общественной жизни подлинную свободу.

Литература

1. Алексеев Н. Н. Религия, право и нравственность. Париж : YMCA Press, 1930.
2. Апостол Павел. Второе письмо христианам в Фессалонике. Книга Нового Завета // Книги Священного Писания Ветхого и Нового Завета. Канонические. Современный русский перевод. М. : Российское Библейское Общество, 2011. С. 1323–1325.
3. Арендт Х. Vita activa, или О деятельной жизни / Пер. с нем. и англ. В. В. Бибикина. СПб. : Алетейя, 2000.
4. Аристотель. Никомахова этика // Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 4. М. : Мысль, 1983. С. 53–293.
5. Аристотель. Политика // Аристотель. Сочинения в четырех томах. Т. 4. М. : Мысль, 1983. С. 375–644.
6. Бердяев Н. А. О назначении человека. Опыт парадоксальной этики. Париж : Современные записки, 1931.
7. Беседы Эпиктета. М. : Ладомир, 1997.
8. Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии. В 4 т. Т. 1 / Пер. с нем. В. А. Брун-Цеховой, Л. Г. Ионина, И. А. Судариковой, А. Н. Беляева, Д. Б. Цыганкова. М. : Издательский дом Высшей школы экономики, 2016.
9. Гесиод. Труды и дни // Гесиод. Полное собрание текстов. М. : Лабиринт, 2001. С. 51–76.
10. Гегель Г. Философия права. М. : Мысль, 1990.
11. Дождев Д. В. Римское частное право. М. : Норма, 1996.
12. Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 2. М. : Мысль, 1965. С. 109–438.
13. Кант И. Основы метафизики нравственности // Кант И. Сочинения в шести томах. Т. 4. Ч. 1. М. : Мысль, 1965. С. 220–310.
14. Левинас Э. От существования к существующему / Пер. с фр. Н. Б. Маньковской // Левинас Э. Избранное. Тотальность и бесконечное. М. — СПб. : Университетская книга, 2000. С. 7–65.
15. Левинас Э. Тотальность и бесконечное / Пер. с фр. И. С. Вдовиной // Левинас Э. Избранное. Тотальность и бесконечное. М. — СПб. : Университетская книга, 2000. С. 66–291.
16. Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Том первый. Книга I: Процесс производства капитала // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. 23. 2-е изд. М. : Госполитиздат, 1960.
17. Маркс К. Критика Готской программы // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. 19. 2-е изд. М. : Госполитиздат, 1961. С. 9–32.
18. МонтескьеШ. Л. О духе законов. М. : Мысль, 1999.
19. Мосс М. Опыт о даре. Форма и основание обмена в архаических обществах // Мосс М. Общества. Обмен. Личность. Труды по социальной антропологии. М. : КДУ, 2011. С. 134–285.
20. Нерсисянц В. С. Философия права. 2-е изд. М. : Норма; ИНФРА-М, 2011.
21. Платон. Государство // Платон. Собрание сочинений в четырех томах. Т. 3. М. : Мысль, 1994. С. 79–420.
22. Платон. Тезетт // Платон. Собрание сочинений в четырех томах. Т. 2. М. : Мысль, 1993. С. 192–274.
23. Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права // Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М. : Канон-пресс, 1998. С. 195–322.
24. Сартр Ж. П. Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии / Пер. с фр. В. И. Колядко. М. : Республика, 2000.
25. Слыщенков В. А. Право и нравственность: различия понятий. М. : Юрлитинформ, 2020.
26. Франк С. Л. Духовные основы общества. М. : Республика, 1992.
27. Юм Д. Исследование о принципах морали / Пер. с англ. В. С. Швырева // Юм Д. Сочинения в двух томах. Т. 2. 2-е изд. М. : Мысль, 1996. С. 177–314.

References

1. Alekseev N. N. Religion, Law and Morality [Religiya, pravo i нравstvennost']. Paris : YMCA Press, 1930. (In rus)
2. The Apostle Paul. The second letter to the Christians in Thessalonica. Book of the New Testament [Apostol Pavel. Vtoroe pis'mo khristianam v Fessalonike. Kniga Novogo Zaveta] // Books of the Holy Scriptures of the Old and New Testament. Canonical. Modern Russian translation [Knigi Svyashchennogo Pisaniya Vekhogo i Novogo

- Zaveta. Kanonicheskie. Sovremennyyi russkii perevod]. M. : Russian Bible Society [Rossiiskoe Bibleiskoe Obshchestvo], 2011. P. 1323–1325. (In rus)
3. *Arendt H.* Vita activa, or About an active life [Vita activa, ili O deyatel'noi zhizni] / Transl. from German and English of V. V. Bibikhina. St. Petersburg : Aletheia [Aletheia], 2000. (In rus)
 4. *Aristotle.* Nikomakhova ethics [Aristotel'. Nikomakhova ehtika] // Aristotle [Aristotel']. Works in four volumes [Sochineniya v chetyrekh tomakh]. T. 4. M. : Thought [Mysl'], 1983. P. 53–293. (In rus)
 5. *Aristotle.* Politics [Aristotel'. Politika] // Aristotle. Works in four volumes [Aristotel'. Sochineniya v chetyrekh tomakh]. T. 4. M. : Thought [Mysl'], 1983. P. 375–644. (In rus)
 6. *Berdyaev N. A.* About the appointment of a person. Experience of paradoxical ethics [O naznachenii cheloveka. Opyt paradoksal'noi ehtiki]. Paris : Modern Notes [Parizh : Sovremennye zapiski], 1931. (In rus)
 7. *Conversations of Epictetus* [Besedy Ehpikteta]. M. : Ladomir [Ladomir], 1997. (In rus)
 8. *Weber M.* Economy and Society: Essays in Understanding Sociology: In 4 vol. T. 1 [Khozyaistvo i obshchestvo: ocherki ponimayushchei sotsiologii: V 4 t. T. 1] / Trans. From German V. A. Brun-Tsekhovoy, L. G. Ionina, I. A. Sudarikova, A. N. Belyaeva D. B. Tsygankova. M. : Publishing House of the Higher School of Economics [Izdatel'skii dom Vysshei shkoly ehkonomiki], 2016. (In rus)
 9. *Hesiod.* Writings and days [Gesiod. Trudy i dni] // Hesiod. Complete collection of texts [Gesiod. Polnoe sobranie tekstov]. M. : Labyrinth [Labirint], 2001. P. 51–76. (In rus)
 10. *Hegel G.* Philosophy of Law [Filosofiya prava]. M. : Thought [Mysl'], 1990. (In rus)
 11. *Dozhdev D. V.* Roman private law [Rimskoe chastnoe pravo]. M. : Norma, 1996. (In rus)
 12. *Kant I.* The metaphysics of morals in two parts [Metafizika нравов в двух частях] // Kant I. Writings in six volumes. T. 4. Part 2 [Kant I. Sochineniya v shesti tomakh. T. 4. Ch. 2]. M. : Thought [Mysl'], 1965. P. 109–438. (In rus)
 13. *Kant I.* Fundamentals of the metaphysics of morality [Osnovy metafiziki нравственности] // Kant I. Writings in six volumes. T. 4. Part 1 [Kant I. Sochineniya v shesti tomakh. T. 4. Ch. 1]. M. : Thought [Mysl'], 1965. P. 220–310. (In rus)
 14. *Levinas E.* From Existence to Existing [Ot sushchestvovaniya k sushchestvuyushchemu] / Transl. from French of N. B. Mankovskoy // Levinas E. Favorites. Totality and Infinity [Levinas Eh. Izbrannoe. Total'nost' i beskonechnoe]. M. — St. Petersburg : University Book [Universitetskaya kniga], 2000. P. 7–65. (In rus)
 15. *Levinas E.* Totality and the Infinite [Total'nost' i beskonechnoe] / Transl. from french of I. S. Vdovinoy // Levinas E. Favorites. Totality and Infinity [Levinas Eh. Izbrannoe. Total'nost' i beskonechnoe]. M. — St. Petersburg : University Book [Universitetskaya kniga], 2000. P. 66–291. (In rus)
 16. *Marx K.* Capital. Criticism of political economy. Volume One. Book I: The Process of Capital Production [Kapital. Kritika politicheskoi ehkonomii. Tom pervyi. Kniga I: Protseess proizvodstva kapitala] // Marx K., Engels F. Writings. T. 23. 2nd ed. [Marks K., Ehngel's F. Sochineniya. T. 23. 2-e izd.] M. : Gospolitizdat, 1960. (In rus)
 17. *Marx K.* Criticism of the Gotha program [Kritika Gotskoi programmy] // Marx K., Engels F. Writings. T. 19. 2nd ed. [Marks K., Ehngel's F. Sochineniya. T. 19. 2-e izd.] M. : Gospolitizdat, 1961. P. 9–32. (In rus)
 18. *Montesquieu C. L.* On the spirit of laws [O dukhe zakonov]. M. : Thought [Mysl'], 1999. (Transl. from French)
 19. *Moss M.* Experience about the gift. Form and basis of exchange in archaic societies [Opyt o dare. Forma i osnovanie obmena v arkhaiskikh obshchestvakh] // Moss M. Society. Exchange. Personality. Proceedings of social anthropology [Moss M. Obshchestva. Obmen. Lichnost'. Trudy po sotsial'noi antropologii]. M. : KDU, 2011. P. 134–285. (Transl. from French)
 20. *Nersesyants V. S.* The philosophy of law. 2nd ed. [Filosofiya prava. 2-e izd.] M. : Norma; INFRA-M, 2011. (In rus)
 21. *Plato.* State [Platon. Gosudarstvo] // Plato. Collected works in four volumes. T. 3 [Platon. Sobranie sochinenii v chetyrekh tomakh. T. 3]. M. : Thought [Mysl'], 1994. P. 79–420.
 22. *Plato.* Teetet [Platon. Teehtet] // Plato. Collected works in four volumes. T. 2 [Platon. Sobranie sochinenii v chetyrekh tomakh. T. 2]. M. : Thought [Mysl'], 1993. P. 192–274.
 23. *Rousseau J. J.* On the social contract, or the principles of political law [Ob obshchestvennom dogovore, ili printsipy politicheskogo prava] // Rousseau J. J. On the social contract. Treatises [Ob obshchestvennom dogovore. Traktaty]. M. : Canon Press [Kanon-press], 1998. P. 195–322. (Transl. from French)
 24. *Sartre J. P.* Being and Nothing: The Experience of Phenomenological Ontology [Bytie i nichto: opyt fenomenologicheskoi ontologii] / Transl. from fr. of V. I. Kalyadko. M. : Republic [Respublika], 2000. (Transl. from French)
 25. *Slyshchenkov V. A.* Law and Morality: differences in concepts [Pravo i нравственность: razlichiya ponyatii]. M. : [Yurlitinform], 2020. (In rus)
 26. *Frank S. L.* The spiritual foundations of society [Dukhovnye osnovy obshchestva]. M. : Republic [Respublika], 1992. (In rus)
 27. *Hume D.* Research on the principles of morality [Issledovanie o printsipakh morali] / Transl. from English of V. S. Shvyreva // Hume D. Works in two volumes. T. 2. 2nd ed. [Yum D. Sochineniya v dvukh tomakh. T. 2. 2-e izd.] M. : Thought [Mysl'], 1996. P. 177–314. (Transl. from English)

Нормы права в фокусе теории конструктивизма

Халабуденко Олег

доктор права, приглашенный профессор Варшавского университета, доцент кафедры политических наук и права Киевского национального университета строительства и архитектуры; gelox717@gmail.com

АННОТАЦИЯ

Автор на основе теории конструктивизма исследует центральное понятие права — норму права. Проводится последовательная деконструкция нормы права, что позволяет выделить три ее составляющие: «нормативное высказывание» о правиле поведения, «нормативное правило», служащее подводящей моделью для оценки поведения участника правового общения в правоприменительной деятельности, и «правило поведения» как основание долженствования субъектов правового общения. Предложенная деконструкция позволяет, по мнению автора, утверждать, что законодатель, высказывающийся по вопросу о приемлемой форме юридически значимого поведения, ограничен факторами легитимации нормативного высказывания, основу которых (внешнюю границу нормативного высказывания) составляют моральные императивы. Они определяют границы свободы лица и задают контуры его приемлемого правового поведения. Для субъекта права абстрактное нормативное высказывание приобретает характер императива в качестве правила поведения в результате включения в правовую коммуникацию. Такая коммуникация возможна исключительно при условии наличия единого кода правового общения, что указывает на наличие структур общественного сознания (юридических конструкций), предопределяющих не только выбор формы поведения участника правового общения, но и характеристики самого нормативного высказывания. Право как объективное явление, определяемое через категории истинности или ложности, существует только на уровне нормативного высказывания. В свою очередь, нормативные правила и правила поведения оцениваются через критерий эффективности (достижение правовой цели). Невозможность выведения истинного положения дел из правила, имеющего нормативное значение, позволяет утверждать, что слабые правового материала, составляющие содержание всякой правовой системы, имеют конструктивную «природу». По мнению автора, методология конструктивизма, применяемая к правовым явлениям, снимает оппозицию между нормой права и правоотношением, делая бессмысленным поиск в нормативной материи фактического содержания актов субъектов правового общения. Применение рассматриваемого подхода позволяет утверждать, что субъект правового общения есть способ репрезентации соответствующей юридической конструкции, осуществляемой через его целевое поведение.

Ключевые слова: норма права, нормативное высказывание, нормативное правило, правило поведения, юридическая конструкция, деконструкция, моральные императивы, юридические факты

Legal Norms in the Focus of the Constructivism Theory

Oleg Khalabudenko

Doctor of Law, visiting professor at the University of Warsaw, Assoc. Professor, Department of Political Sciences and Law, Kiev National University of Construction and Architecture; gelox717@gmail.com

ABSTRACT

The author, based on the theory of constructivism, explores the central concept of law — the legal norm. A consistent deconstruction of the legal norms is carried out, which allows us to distinguish three of its components: "Normative proposition" or "Normative utterance" about the rule of conduct, "Normative rule", which serves as a model for assessing the behavior of a participant in legal communication in law enforcement, and "Rule of conduct" as the basis for the obligation of subjects of the legal communication. The proposed deconstruction allows, in the author's opinion, to argue that the legislator who speaks out on the acceptable form of legally significant behavior is limited with legalization factors, the basis of which (the external border of the normative proposition) are moral imperatives. They define the boundaries of a person's freedom and define the contours of his acceptable legal behavior. For a subject of law, a normative statement becomes imperative as a result of inclusion in legal communication. Such communication is possible only if there is a single code of legal communication. The aforementioned indicates the presence of structures of public consciousness (legal construction) that predetermine not only the choice of the form of behavior the participant in legal communication but also the characteristics of the normative statement itself. Law as an objective phenomenon, defined through the categories of truth or falsity, exists only at the level of normative utterance. In turn, normative rules and rules of conduct are evaluated through the criterion of effectiveness (achievement of a legal goal). The impossibility of deducing the true state of affairs from a rule that have a normative dimension allows us to assert that the components of the legal material that make up the content of any legal system have a constructive "nature". According to the author, the methodology of legal constructivism removes the opposition between the norm and the legal relationship, making it meaningless to search in a normative matter for the actual content of acts of subjects of legal communication. The application of the approach under consideration allows us to state that the subject of legal communication is a way of representing the corresponding legal structure through his target behavior. **Keywords:** legal norm, normative proposition, normative utterance, normative rule, rule of conduct, legal construction, deconstruction, moral imperatives, legal facts

1. Деконструкция нормы права: постановка проблемы

В науке права, а также в выходящей за пределы предмета права философско-методологической рефлексии относительно явлений юридического бытия общества сложился в целом единообразный подход к представлению о том, что с определенной долей условности именуется объективным правом: в целом оно понимается как система норм, «регулирующих жизнь в обществе, соблюдение которых, в свою очередь, гарантируется публичной властью»¹. Однако уже в отношении «первичной клетки» объективного права — нормы права видимого единства во взглядах среди исследователей не наблюдается. В специальной юридической литературе, посвященной исследованию отдельных сфер правовой действительности, отмечается многозначность термина «правовая норма» (общеобязательное, установленное государством и обеспеченное его силой правило поведения; формально-определенное предписание нормативного акта; логическое суждение имплицативного типа)² либо многоаспектность рассматриваемого понятия (нормы-предписания и нормы-суждения)³.

На наш взгляд, решению вопросов, рассматриваемых в настоящей работе, может послужить последовательная деконструкция общей правовой категории «норма права» на ее составляющие, а именно: «нормативное высказывание» — центральный элемент системы права, «нормативное правило», служащее подводящей моделью для оценки поведения участника правового общения в правоприменительной деятельности, и «правило поведения» как основание долженствования субъектов правового общения⁴. При достаточной ясности нормативное высказывание предположительно одинаково воспринимается участниками правового общения, однако, поскольку тождество возможно исключительно на уровне знакового выражения событий или явлений, социальный консенсус при наличии спора достигается вследствие интерпретации ими соответствующего нормативного высказывания. Таким образом, необходимость предложенной дифференциации понятий предопределяется особенностями референции к действующему субъекту слагаемых правовой действительности, определяемых указанными понятиями, и, соответственно, функцией, которую эти слагаемые выполняют в процессе правового общения.

2. Опыт деконструкции нормы права: нормативные высказывания, нормативные правила и правила поведения

2.1. Основания нормативных высказываний

В связи с предложенной деконструкцией понятия «норма права» и рассмотрения его в фокусе теории юридического конструктивизма возникает несколько ключевых вопросов, а именно:

1. Является ли условная фигура законодателя как выразителя юридически значимой воли исторически случайной⁵?
2. Можно ли свести фундамент власти исключительно к сложившейся в том или ином обществе социальной практике, то есть к так называемому «праву на номинацию», позволяющему суверену аккумулировать «юридический капитал» в своих руках? 3
3. Следует ли признавать источником права сложившуюся языковую юридическую практику, вытесняя за пределы явлений юридического измерения моральные императивы?

Известно, что всякое нормативное высказывание (нормативное предложение) основывается на авторитете (*auctoritas*), обеспечивающем его социальную легитимацию, и снабжено мерами принудительного осуществления, приводимыми в действие субъектом, выполняющим функцию *potestas*, суть которой состоит в возможности субъекта политической власти действовать. Такой субъект суть суверен, действующий лично, либо гипостазированная сущность, каковой является государство, действующее от имени народа — носителя суверенитета. Следует заметить, что в сознании субъекта правового

¹ Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Под. общ. ред. В. И. Даниленко / Пер. с фр. М. : Издательский дом NOTA BENE, 2000. С. 15.

² См.: Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт-Издат, 2007. С. 94–96.

³ Маньковский И. А. Нормы и источники гражданского права: теоретические основы формирования и применения : монография. Минск : Межд. ун-т «МИТСО», 2013. С. 5.

⁴ Идея необходимости четкого разграничения названных срезов норм права была подсказана автору работами Евгения Булыгина (см., в частности: Булыгин Е. К проблеме объективности права // Проблемы філософії права. Т. III. № 1–2 (2005). С. 7–13).

⁵ В более широком смысле это принципиальный вопрос о степени влияния культурных факторов на правовые явления и, соответственно, вопрос о степени детерминированности права внешними по отношению к нему культурными в широком смысле факторами.

общения политическая власть воспринимается в виде формы его зависимости от воспринимаемого им в качестве источника (начала) объекта, устанавливающего нормативные предписания. Лишь в сознании воспринимающего такой объект персонифицируется, наделяется качествами субъекта, тем не менее таковым не является до тех пор, пока с ним невозможно вступать в коммуникацию. Включение субъектов правового общения в правовую коммуникацию отражает динамический аспект правопорядка. Названный аспект, согласно Г. Кельзену, фиксирует процесс «создания и применения права, право в своем движении» и также «регулируется правом», поскольку «одно из важнейших свойств права состоит в том, что оно регулирует собственное создание и применение»⁶.

Отметим, что история европейского права знает различные подходы к легитимации нормативных высказываний. Так, на заре становления римского правопорядка нормативные высказывания освещались авторитетом жреческих коллегий, позднее — авторитетом знатоков права, сформировавших *ius*, и Сенатом Рима; с признанием христианского учения «абсолютно истинным» авторитет нормативного высказывания освещается властью императора, данной Богом, «...ибо нет власти не от Бога; существующие же власти от Бога установлены»⁷.

В указанном ключе нормативные высказывания воспринимались и глоссаторами, которые рассматривали правовой материал римского права в качестве *ratio scriptata*, поскольку рациональное в рассматриваемую эпоху считалось синонимом божественного. Нормативные высказывания признавались таковыми до момента, когда на смену христианскому представлению о праве пришло естественное право — новое *ius* первоначально деистической, а позднее секуляризированной эпохи, выродившееся в конечном итоге на «Востоке» в авторитет воли господствующего класса.

В свою очередь, современные методологические исследования обоснованности нормативных высказываний на «Западе» отталкиваются от поиска оснований их эффективности. Соответственно, гипотетическая эффективность нормы права здесь апеллирует к политико-правовому подходу, сводимому по преимуществу к экономически эффективной оценке действия права: с точки зрения утилитаризма моральная, а следовательно, и правовая ценность поведения определяется его полезностью⁸.

2.2. Нормативные высказывания и моральные императивы

В связи с отмеченным выше значимой представляется проблема соотношения нормативных высказываний и моральных императивов. На наш взгляд, соотношение правового и нравственного определяется самим содержанием субъективного права. В правовой культуре власть как свобода лица в отношении легитимно присвоенных объектов признается социальной ценностью (благом). Оценка рассматриваемого социального блага, с одной стороны, зависит от признания обществом и защищенности правопорядком и потому не может быть индифферентной для правопорядка, с другой — она зависит от лица, господствующего над объектом, что, следовательно, позволяет возложить ответственность на него, если нарушаются признанные границы правомерного поведения. В этом смысле субъективное право есть признаваемая и охраняемая правопорядком мера свободы лица в отношении легитимно присвоенного им блага, — свободы от изменчивости фактических состояний.

По справедливому замечанию Ю. Хабермаса, «при революционной предпосылке, согласно которой по праву дозволено все, что эксплицитно не запрещено, уже не обязанности, а субъективные права образуют первоначало для конструкции правовой системы»⁹. Таким образом, именно концепт субъективного права, а не приказ позволяет преодолеть зависимость поведения субъектов правового общения от мира *фюзиса* посредством подчинения их поведения *номосу* — самодостаточной, обособленной от иных явлений сферы правовой действительности. При этом заметим, что связь между явлениями правовыми и неправовыми не утрачивается, но она, в отличие мира физических явлений, имеет корреляционный, а не каузальный характер. Однако в тех случаях, когда социальный опыт делает необходимым «возвести факт в право», фактические явления оцениваются лишь в контексте явлений, составляющих сферу правовой действительности.

Наглядно данный тезис демонстрирует достаточно универсальное для всех типов обществ определение границ субъективного права, закрепленных вовне в нормативных высказываниях.

⁶ Ганс Кельзен. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лезова. СПб.: ООО Издательский дом «Алеф-Пресс», 2015. С. 94.

⁷ Послание к римлянам апостола Павла. (Рим. 13.1.) / Библия (Книги Священного Писания Ветхого и Нового Завета). М.: Издание Московской Патриархии, 1992. С. 1240.

⁸ См.: Халабуденко О. А. Право и экономика vs право и мораль: некоторые методологические замечания // Право и бизнес: конвергенция частного и публичного права в регулировании предпринимательской деятельности. М., 2015. С. 49–62.

⁹ Хабермас Ю. Концепт человеческого достоинства и реалистическая утопия прав человека // Вопросы философии, 2012, № 2. С. 71.

Границы свободы лица при совершении поведенческих актов, связанных с легитимно присвоенным ограниченным ресурсом, определены императивами «морали долга» и «морали стремления»¹⁰, закрепленными в качестве основополагающих принципов в тексте закона. «Мораль долга», будучи предельно нижней границей свободы лица, направлена на предотвращение конфликта внутри общества, поскольку право предписывает не желать чужого, воздавая каждому свое¹¹. Предельная верхняя граница свободы лица определяется свободой других лиц по распоряжению легитимно присвоенными ограниченными ресурсами («мораль стремления»), ибо ни один правопорядок не может сколь-либо устойчиво функционировать, навязывая, а не создавая возможности для субъектов в присвоении, осуществлении и защите субъективных прав.

Таким образом, в своем моральном измерении право исходит из известной контroversы: не допуская установления нормативных предписаний о том, как вести себя лицу с тем, чтобы достигнуть наилучшего результата, оно требует соблюдения вышеупомянутой «морали долга», возлагающей обязанность всех и каждого воздерживаться от посягательств на легитимно присвоенный лицом ограниченный ресурс. Указанные нижняя и верхняя границы свободы лица задают контуры его приемлемого правового поведения. Признанная за лицом свобода вести себя в рамках означенных границ служит естественно-правовыми основаниями права в целом и его основного системного элемента — нормативного высказывания.

С другой стороны, правовая возможность приобретения, осуществления, изменения, прекращения и защиты субъективного права определяется нормой права, что позволяет сделать вывод о том, что сущность права, его *essentia* может быть определена в фокусе соотношения нормативного высказывания, легитимирующего юридически значимое поведение лица, и нормативного правила, определяющего правовые последствия такого поведения. В самом деле, нормативные высказывания устанавливают ценности, тогда как дескриптивные высказывания направлены на то, чтобы описывать факты. Когда мы, например, утверждаем, что запрещено нарушать чужое субъективное право, в частности право на исполнение, то нашей целью не является описание того, каковы факты, но формирование определенной линии нашего поведения, согласно которой обязанное лицо — должник или третьи лица — не должны нарушать названное право, и если они нарушат, то будут привлечены к ответственности. Другими словами, нормативные высказывания указывают на то, как мы должны вести себя в конкретной фактической ситуации. Таким образом, из представленного нормативного правила не выводимо, что мы *будем* себя вести именно таким образом, но оно является *эталоном* (моделью) и, возможно, *нашим решением* о том, как мы должны действовать в данной ситуации¹². Таким образом, и регулятивное, и охранительное действие нормы носит оценочный характер: «никаких объективных связей между фактами и их правовыми последствиями не существует и не может быть установлено...»¹³.

Нормативное высказывание само по себе не дает ответа на вопрос: почему определенные социальные отношения связаны с нормами права, предлагая при разрешении этого вопроса обратиться к вере в разумность «законодателя», который способен определить, какая фактическая ситуация достойна признания и защиты, а какую следует проигнорировать. В этой связи обратим внимание на то, что факт и право не находятся в причинно-следственной связи, аналогичной той, которая свойственна явлениям природы и которая может быть описана через ее законы (фюзис). Отношение между причиной и следствием является «фактуальным и эмпирическим», тогда как отношение между основанием и следствием — «концептуальным и логическим»¹⁴. Основание не призвано оказывать воздействие на мир фактов, но, наоборот, оценка фактического поведения — действия или бездействия — происходит с точки зрения правовых эффектов, предусмотренных нормативным правилом. Так, исполнение по обязательству о передаче вещи (фактическое действие) сообщает правовой эффект — прекращает обязательство надлежащим исполнением потому, что диспозиция (санкция) нормы указывает на правовые последствия совершения соответствующих действий, имеющих цель прекратить обязательство.

¹⁰ Понятия «мораль долга» и «мораль стремления» введены в научный оборот американским правоведом Лоном Л. Фуллером, исследовавшим специфические моральные требования к праву. См.: Фуллер Лон Л. Мораль права / Лон Л. Фуллер; пер. с англ. Т. Даниловой, под ред. А. Куряева. М. : ИРИСЭН, 2007. С. 14–20.

¹¹ D.1.1.10pr: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere».

¹² Оглезнев В. В. Г. Л. А. Харт и формирование аналитической философии права. Томск : Издательство Томского ун-та, 2012. С. 78.

¹³ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право : учебник / В. А. Белов. М. : Юрайт, 2011. С. 244.

¹⁴ Бригг Г. Х. фон. Логико-философские исследования: Изб. тр. Пер. с англ. / общ. ред. Г. И. Рузавина и В. А. Смирнова. М. : ПРОГРЕСС, 1986. С. 71.

Само правило, следуя теории Л. И. Петражицкого, воздействует на поведение человека и переживается им как субъектом права¹⁵. Исходя из эмпирического аргумента Г. Харта, под воздействием правовых норм определенные виды человеческого поведения превращаются из произвольных в обязательные¹⁶. При этом обязанность, выраженная в нормативном высказывании, связана с исполнением приказа суверена, тогда как обязанность, выраженная в нормативном правиле, — тем, чем руководствуется юрисдикционный орган, не соответствует полностью приказам, «ибо введена на основе общеизвестных легальных процедур, являющихся общеобязательными и распространяющихся на множество лиц»¹⁷. (Отмеченное, *a propos*, еще раз подтверждает несостоятельность сведения концепта права к приказам суверена.) Следовательно, алгоритм взаимодействия нормативного правила с правовыми эффектами задан последовательностью, в которой норма права определяет (регулирует) поведение участника правового общения, реализуемое в определенных правовых формах, в том числе в правоотношении. Во всяком случае, необходимости в посреднике в форме правоотношения между нормой права и юридически значимым поведением участников правового общения нет.

3. Вопросы логической обоснованности нормативных высказываний и нормативных правил

В связи с предложенной деконструкцией понятия «норма права» возникает также ряд критических соображений в отношении логической обоснованности нормативного высказывания и нормативного правила. Речь идет об известном «парадоксе или гильотине Юма» (*is — ought problem*), предполагающем, как известно, два возможных решения: либо полный отказ от возможности выведения из сущего должного (вывод, вытекающий из концепции феноменологии Э. Гуссерля¹⁸), либо признание того, что долженствование имеет фактическое происхождение и восходит к социальному опыту (теория действия, развитая Д. Серлем¹⁹).

Попробуем рассмотреть указанную проблему через призму логической истинности. Известно, что логическая истинность основывается на аргументах, применимых в дедуктивных или индуктивных рассуждениях. При этом дедуктивные рассуждения предполагают применение критерия валидности (логической правильности). Валидное рассуждение основывается на том, что из верных посылок следует только верный вывод. Следует признать, что дедуктивные рассуждения для понимания поведения участника правового общения, осуществляемого посредством оценки при подведении рассматриваемого поведения под общее правило, закрепляющее устоявшиеся представления о должном, логически невозможны. Дело в том, что дедуктивные рассуждения всегда сильные: в них причина каузально связана со следствием. Для оценки поведения субъекта правового общения применимо слабое понимание, принимающее во внимание цель совершения им поведенческих актов (телеологическое понимание и объяснение, как подведение под общепринятую истину). Слабое понимание представляет собой проблематичное, индуктивное умозаключение²⁰. Схема слабого понимания такова: «А основание В. В представляет собой социальное благо; значит, А, вероятно, также является благом». Например, фактическое обладание вещью (А) служит основанием для защиты соответствующей владельческой ситуации добросовестного владельца (В), стабильность которой признается социальным благом; значит, фактическое обладание вещью, вероятно, также является благом. Вероятность здесь состоит в том, что нормативное правило презюмирует социальную ценность владения, исходя из вероятности добросовестного поведения лица, фактически обладающего вещью. Во всяком случае, вопрос о том, какое именно фактическое обладание есть социальное благо, остается на усмотрение судебной инстанции, учитывающей при вынесении решения накопленный социальный опыт.

Слабое понимание оценки поведения участника правового общения, осуществляемое посредством подведения под общее правило, включает, помимо оценки самого поведения, также цель,

¹⁵ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб. : Лань, 2000. С. 270–274.

¹⁶ Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. С. 14.

¹⁷ Johnson C. D. Moral and Legal Obligation // The Journal of Philosophy. 1975. Vol. 72. No. 12.

¹⁸ См.: Гуссерль Э. Логические исследования. Т. 1: Пролегомены к чистой логике. М. : Академический проект, 2011.

¹⁹ См.: Серль Дж. Рациональность в действии. Пер. с англ. А. Колодия, Е. Румянцевой. М. : Прогресс-Традиция, 2004.

²⁰ Философия : энциклопедический словарь / под ред. А. А. Ивина. М. : Гардарики, 2004.

для достижения которой субъект ведет себя таким образом, как это предусмотрено правилом. Логической формой понимания целевого поведения участника правового общения является, по мнению Г. Ф. Вригта, практический силлогизм, который служит для телеологического объяснения подводящей моделью.

В практическом силлогизме исходная посылка говорит о некоторой желаемой цели (цели действия); в меньшей посылке действие как средство его достижения связывается с желаемым результатом; в заключение делается вывод об использовании средства для достижения цели²¹. С позиции телеологического объяснения можно понять поведение действующего лица, а точнее, действие самого правила поведения, которым оно руководствуется, вместе с тем нельзя достоверно узнать, привело ли поведение действующего лица к желаемому результату. Оценка достижения предполагаемого результата при возникновении конфликтной ситуации возможна только в индуктивном заключении, которое предполагает, что частные предпосылки связываются с заключением через определенные фактические основания, не имеющие формального характера²².

4. Онтологические и логические пределы измерения нормы права

Дальнейший логический анализ нормы права определяется корректностью ответа на вопрос: существует ли право как объективное явление? От полученного результата зависит разрешение двух тесно связанных с ним проблем: во-первых, является ли право (в значение нормативного высказывания) результатом человеческого опыта, исключающим рациональный или эмпирический априоризм; во-вторых — как следствие из первого, — допустимо ли признание того, что между правом (в значение нормативного правила) и моралью не существует никакой логической связи²³.

На вопрос о том, существует ли норма права объективно, можно дать положительный ответ, если норму права понимать в качестве некоего положения дел так, как оно есть на самом деле, независимо от наших мнений о нем (метафизическая объективность), иными словами тогда, когда рассматриваемое понятие используется в значении нормативного высказывания. С другой стороны, нельзя признать, что норма права в значении нормативного правила и правила поведения представляет собой логическую связь между утверждением, выраженным в дескриптивном предложении, и неким существующим в мире объектом, а следовательно, что норма права устанавливает объективную связь между поведением участника правового общения и ее эффектами.

Функция правовой нормы — прескриптивная («право предписывает, дозволяет, уполномочивает», но «не высказывается о предмете познания»²⁴), поэтому нормативные правила, в отличие от высказывания об их существовании (нормативных предложений), не могут быть ни истинными, ни ложными. Таким образом, нормативные высказывания о правиле поведения (нормативные предложения) не могут быть охарактеризованы как действительные либо эффективные, они не могут быть ни соблюдены, ни нарушены, но они могут быть истинны либо ложны. Напротив, нормативные правила могут быть действительны либо недействительны, эффективны или неэффективны, они могут соблюдаться или нарушаться, но они не могут быть истинными или ложными²⁵. Нормативное высказывание, следовательно, рассматривается в значении социального факта и сложившейся практики. Так, нормативное высказывание об оценке добросовестности участника правового общения может быть истинным или ложным, тогда как эффекты соответствующей нормы, в значении нормативного правила, определяющего последствия добросовестности или недобросовестности, не могут быть валидированы, а следовательно, истинными или ложными.

Заметим, что истина всегда контекстуальна, она выстраивается в диалоге с *другим*. В самом деле, «...только на уровне социального взаимодействия посредством языкового общения мы и создаем основания, не зависящие от желания»²⁶ — основания должностования. Должное существует в нормативной форме, как адресуемое субъекту правило поведения, которое необходимо исполнить; оно осознается как обращение к другому, а потому должное имеет коммуникативную природу²⁷. Тем не менее следует учитывать, что для начала правового общения необходима

²¹ Вригт Г. Х. фон. *Op. cit.* С. 64.

²² Ивин А. А. *Логика : учебное пособие*. Издание 2-е. М. : Знание, 1998. С. 112.

²³ Булыгин Е. К проблеме объективности права // *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 7.

²⁴ Ганс Кельзен. *Op. cit.* С. 95.

²⁵ Булыгин Е. *Op. cit.* С. 8.

²⁶ Оглезнев В. В. Некоторые замечания к теории об основаниях для действия // *Вестник Томского государственного университета: Философия, Социология, Политология*. 2015, № 2 (30). С. 215.

²⁷ Поляков А. В. Норма права [Электронный ресурс]. URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1140109> (дата обращения: 20.05.2020).

выработка единого кода коммуникативной интеракции. Результативная коммуникация возможна только тогда, когда участники процесса правового общения заранее согласуют понятный для них формализованный способ коммуникации. Выработка такого способа в процессе общения в принципе невозможна, так как в этом случае исключается возможность начала *iuris communicatio*. Другими словами, юридически значимый результат коммуникации возможен лишь в случае, если «способ передачи сообщений уже выработан и оговорен»²⁸. Так, только результат рецепции, представленный правовой традицией (тем, что передается), дает единый код правового общения, позволяющий наладить результативную коммуникацию между различными правовыми культурами. Поэтому неверно утверждение о том, что в самих фактических актах коммуникации (приказах, обещаниях, обязательствах) создаются основания для нормативных суждений.

Отсюда допустимо предположение, что оценка поведения лица, предписанного нормой права (нормативным правилом), может быть правильной или неправильной: правильный ответ не является истинным, но позволяет определить эффективность через призму информированности о правах и обязанностях, соблюдение или нарушение которых влечет определенные правовые последствия. Однако само нормативное правило зависит от сложившегося социального опыта, оно многозначно. Во всяком случае, определенность нормы достигается не в ней самой, а в практике ее применения: «только после решения судьи мы можем узнать, какая норма соответствует указанной нормативной формулировке»²⁹. В этом смысле судебный акт выполняет функцию детерминатива, позволяющего определить финальное нормативное значение правила. Применительно к вопросу о соотношении норм права и моральных императивов такая точка зрения позволяет утверждать, что суд прибегнет к применению моральных категорий — основы судейского усмотрения — всякий раз, когда нормативное высказывание неправильно с точки зрения социального опыта.

Необходимо отметить, что юридические нормы, подобно знакам, не являются сущностями, а потому определение их состояния «существуют объективно» к ним применимо, как было отмечено выше, только при определении их в качестве нормативных высказываний. Знак же не отсылает к значению вещи вовне, он отсылает к значению в его собственных границах. В этом смысле базовый концепт права тождественен самому себе: право есть право, его определение не требует предиката. Тем не менее нормы права «прямо или символически связаны с конкретными актами, которые имеют место в реальной жизни»³⁰: в значении *нормативного высказывания* — практикой легитимации и процедурой принятия, в значении *нормативного правила* — практикой применения, а в значении *правила поведения* — практическим осуществлением. Поэтому право не может быть сведено (подобно шахматам) к набору правил, согласно которым каждый элемент определен посредством референции по отношению к другому, но не к своему субстрату.

5. Конструктивная «природа» норм права

Принципиальная невозможность выведения истинного положения дел из правила, имеющего нормативное значение, позволяет утверждать, что слагаемые правового материала — особого рода структуры, составляющие ткань всякой правовой системы, имеют конструктивную «природу». Связи между элементами правовой действительности отражают их конструктивные особенности, заданные политико-правовыми императивами — в терминах естественного права — «правовой природой», но в действительности особым правовым режимом, конвенционально признанным и установленным правопорядком в отношении определенных типизированных юридических конструкций, соответствующих формам общественного сознания.

Соответственно, правовые явления могут быть на методологическом уровне объяснены, а в последующем и поняты только посредством фиксации конструктивной деятельности человеческого мышления, осуществляемой с определенными целями и по определенным правилам с жестко установленными границами и точно выраженной в определенном языке³¹.

²⁸ Гаспарян Д. Э. Введение в неклассическую философию / Д. Э. Гаспарян. М. : Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2011. С. 198.

²⁹ Булыгин Е. Op. cit. С. 11.

³⁰ Ллойд Д. Идея права. Репрессивное зло или социальная необходимость. Пер. с англ.: Ю. М. Юмашев (науч. ред.), М. А. Юмашева. М. : Югона, 2002. С. 295.

³¹ См. для ср. определение конструктивизма в: А. Ю. Антоновский, И. Т. Касавин, В. С. Бернштейн. Конструктивизм / Гуманитарная энциклопедия: концепты [Электронный ресурс]. Центр гуманитарных технологий, 2002–2020 (последняя редакция: 08.02.2020). URL: <https://gtmarket.ru/concepts/7047> (дата обращения: 20.05.2020).

Юридические конструкции, будучи формами общественного сознания, десубстантивированы: значение того или иного элемента здесь определяется местом его расположения в ней и вытекающей отсюда функцией, которую он выполняет³². Признание нормативного уровня выражения юридических конструкций снимает проблему удвоения онтологии юридических феноменов, исключая необходимость дополнять феноменальное измерение миром ноуменальных сущностей в форме актов воли субъектов юридического общения. «Понимание юридических конструкций как собственного содержания права, — по справедливому замечанию Н. Н. Тарасова, — помимо обозначения новых эвристических горизонтов юридического исследования, представляется чрезвычайно плодотворным для преодоления отношения к праву как форме, не имеющей собственной истории, собственного содержания, сложившегося в рамках парадигмы социально-экономического детерминизма»³³. Таким образом, методология юридического конструктивизма снимает оппозицию между поиском соотношения «фактического» и «юридического» в правоотношениях, позволяя рассматривать установленные формы юридической коммуникации в качестве юридически значимой связи между субъектами, без наделения таких связей не свойственной им типизацией. С другой стороны, методология юридического конструктивизма снимает также оппозицию между нормой права и правоотношением, делая бессмысленным поиск в нормативном высказывании фактического содержания актов субъектов правового общения³⁴.

В этой связи допустимо предположение, что та или иная юридическая конструкция предшествует нормативному высказыванию, но при этом, будучи закрепленной в нормативном материале (нормативном высказывании), сохраняет свою автономность, позволяющую прибегнуть к ее эвристическому постижению. Субъект правового общения в этом смысле есть способ репрезентации соответствующей конструкции.

Таким образом, автономный субъект правового общения прекращает свое существование, его место занимает названное коммуникативное сообщество, корреспондентская теория истины заменяется представлением об истинности как о консенсусе, что в конечном итоге приводит к замене эпистемологического субъекта «интерсубъективностью». По мнению Ю. Хабермаса, право есть результат коммуникативной деятельности, представленной «символически транслируемой интеракцией», которая осуществляется в соответствии с обязательно принимаемыми нормами, определяющими взаимные поведенческие ожидания, понимаемые и признаваемые по крайней мере двумя действующими субъектами; причем в отличие от технических правил и стратегий, зависящих от состоятельности эмпирически истинных или аналитически правильных высказываний, значение социальных норм основано лишь на интерсубъективном согласии по поводу интенций и гарантировано общим признанием своих обязательств»³⁵.

Однако, как было отмечено выше, при таком понимании правовой коммуникации наблюдается логический круг: коммуникация возможна при выработке единого кода общения, который необходимо должен предшествовать самому ее началу. Другими словами, коммуникативная теория права не дает ответа на вопрос об априорных основаниях того или иного юридического дискурса. Предположение о том, что если «дискурсивные образования исторически обусловлены, то они, следовательно, лишены априорного основания, а значит, что у каждого общества есть свой собственный порядок истины, своя политика правды»³⁶, противоречит, заметим, практике межкультурного правового диалога.

³² Конструкции, на наш взгляд, следует отличать от конструктов — и те и другие, безусловно, имеют рациональные основания, их структура логична (самотождественна, непротиворечива, обоснованна, формально истинна). Однако конструкция, в отличие от конструкта, не только рациональна, но и, если угодно, с точки зрения социального опыта общественно полезна, разумна. Этим объясняется сложившаяся практика обхода или даже игнорирования законов, в которых в текстовой форме закреплены многочисленные конструкты, обращение к которым для субъекта правового общения представляется неразумным.

³³ Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург : Издательство Гуманитарного ун-та, 2001. С. 244.

³⁴ Более подробно о решении вопросов, связанных с интерпретацией понятия «правоотношение» посредством теории юридических конструкций, см., в частности, Халабуденко О. А. Некоторые вопросы методологии права: гражданско-правовые прерогативы и юридические конструкции // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. №1 (2013). С. 174–187.

³⁵ Habermas J. Technik und Wissenschaft als "Ideologie". Frankfurt a/M., 1968. S. 62. (Цит. по: Коммуникативная рациональность: эпистемологический подход [Текст] / Рос. акад. наук, Ин-т философии. Отв. ред.: И. Т. Касавин, В. Н. Порус. М. : ИФРАН, 2009.)

³⁶ Teubner G. How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law. In: Krohn W., Küppers G. & Nowotny H. (eds.) Selforganization. Portrait of a scientific revolution. Kluwer, Dordrecht: 87–113 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.univie.ac.at/constructivism/archive/fulltexts/2713.html> (дата обращения: 20.05.2020).

В свою очередь, М. Фуко, один из основоположников радикального конструктивизма, дабы избежать автореференциальности, обосновывает свои воззрения идеей поиска квази-трансцендентальной основы дискурсивных практик, которую он отождествил с дискурсом тотальной власти — «паноптизмом»³⁷. Для юридического дискурса воплощением тотальной власти служит норма права.

На самом деле, юридические конструкции приобретают характер «субстанции» (в значении *existentia*), когда участник правового общения выражает волю, задавая таким образом их эксплицитное измерение. С момента выражения юридически значимой воли юридическая конструкция приобретает некий «центр»: возможность, заложенная на уровне нормативного высказывания, становится правовой действительностью. Таким образом, «центр» служит глубинным основанием, не принадлежащим самой структуре, но удерживающим саму ее конструкцию. В отличие от причин, делающих нас несвободными, основания зависят от свободы воли субъектов правового общения. Для нормативного высказывания о правиле поведения таким центром выступает *potestas*; для нормы права в значении правила поведения — воля, а точнее целевое поведение субъекта правового общения. Зазор между нормативным высказыванием как абстрактным директивным предписанием и конкретным правилом поведения, которым руководствуется субъект, в случае возникновения спора заполняется значением, полученным в практике применения нормативного правила.

Эффективный способ решения проблемы бесконечного поиска основания эпистемы предложен Г. Тойбнером, который развил свои соображения о конструктивизме в праве на основе *теории аутопоэзиса*, введенной в сферу познания социальной действительности Н. Луманом³⁸. Этим заимствованным из биологии понятием обозначается система, которая воспроизводит свои элементарные части при помощи действующей сети таких же элементов и, благодаря этому, отграничивается от внешней среды. В социальной и, как можно предположить, правовой системе воспроизводство осуществляется в форме коммуникации. Таким образом, аутопоэзис — способ воспроизводства тождественной самой себе определенной системы.

Аутопоэтический дискурс позволяет утверждать, что основным элементом правовой системы служит не норма права и не власть как форма восприятия субъектом правового общения легитимного насилия, но юридическая конструкция. Г. Тойбнер утверждает: «Право автономно обрабатывает информацию, создает миры смыслов, устанавливает цели и задачи, создает конструкции реальности и определяет нормативные ожидания — и все вполне независимо от взглядов на мир в умах юристов»³⁹. Будучи аутопоэтической, правовая система подчиняет себе положения, сложившиеся в других социально-связанных системах, таких как политика, экономика, экология и т. п.

Другими словами, юридические конструкции поглощают и перекодируют любые внешние смыслы. Очевидно, любой эмпирический факт, для того чтобы быть признанным юридически значимым, следует интерпретировать в контексте принятых юридическим сообществом конструкций. При этом следует учитывать, что нормативная компонента правила выполняет аскриптивную функцию⁴⁰, предписывающую юридически значимый статус определенному положению дел. С точки зрения теории речевых актов указанная функция реализуется в определенном «конститутивном правиле»⁴¹, которым определяются возможности нового с юридической точки зрения поведения, создавая таким образом так называемый «институциональный» факт. Институциональный факт возникает в тот момент, когда коллективная интенциональность наделяет эмпирически постигаемые объекты определенным статусом и соответствующей этому статусу функцией.

³⁷ См.: Фуко М. Психиатрическая власть. Курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1973–1974 учебном году. СПб.: Наука, 2007; Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы / пер. с франц. Владимира Наумова. М.: Ad Marginem, 1999; а также: Teubner G. Op. cit. note 40.

³⁸ См.: Luhmann N. The Autopoiesis of Social Systems, in: F. Geyer and J. van der Zouwen (eds.), *Sociocybernetic Paradoxes*, Sage, London, 1986, 172 ff.

³⁹ Teubner G. Op. cit.

⁴⁰ H. L. A. Hart. The Ascription of Responsibility and Rights // *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 49 (1948–1949), p. 171–194.

⁴¹ Понятие «конститутивное правило» ввел в научный оборот Дж. Р. Серль, противопоставив его регулятивному правилу, «регулирующему деятельность, существование которой логически независимо от существования правил» (см.: John R. Searle. What is a Speech Act? In: "Philosophy in America" ed. Max Black, London, Alien and Unwin, 1965, p. 221–239; Дж. Р. Серль. Что такое речевой акт // Новое в зарубежной лингвистике. Вып. 17. М., 1986. С. 151–169). На наш взгляд, все юридически значимые правила, если придерживаться предложенной Дж. Р. Серлем классификации, относятся к классу конститутивных правил, так как юридически возможное поведение являет себя лишь в сфере должного.

6. Факты и моральные категории в контексте юридических конструкций

В свою очередь, оценка фактических обстоятельств при разрешении конкретных казусов осуществляется исключительно в контексте определенной юридической конструкции. Не в связи с определенной юридической конструкцией факт остается юридически безразличным.

Известно, что факты и связанные с ними юридические последствия не стоят в отношении причинности друг к другу. Таким образом, логическую связь имплицативного типа, установленную между гипотезой и диспозицией (санкцией) правовой нормы, не следует отождествлять со связью, которую участники правового общения признают между наступившим фактом и признаваемыми правопорядком правовыми последствиями. Связь между фактическими обстоятельствами и правовыми последствиями признается в силу существа самой конструкции и исключительно в контексте ее составляющих, независимо от формы ее выражения. В гипотезе правовой нормы (нормативного правила) закрепляется модель (структура) юридического факта. При наличии соответствующих модельных признаков, закрепленных в гипотезе, конкретный факт признается условием возникновения соответствующих правовых последствий.

Однако «факт-гипотезу» (логический антецедент) нельзя объяснить, не обратившись к базису объяснения — множеству явлений действительности, предшествующих или сопутствующих «факту-основанию» возникновения определенных правовых последствий. Юридический факт как основание определенных правовых последствий с точки зрения логики охватывается более широкой областью действительности, чем «подобласть, которой придаются каузальные объяснения»⁴². Если каузальное объяснение указывает на прошлое и в нем предполагается номическая связь между причинным фактором и фактором-следствием (*потому что, quia*), от наличия которой зависит справедливость каузального объяснения, то телеологическое объяснение указывает на будущее (*для того чтобы, ut*), номическая связь в таком случае не является решающим фактором в определении справедливости телеологического объяснения⁴³. Следовательно, функциональный (инвариантный) подход к объяснению правовых явлений не может быть признан достаточным; применимый для этого практический силлогизм предполагает выяснение определенной цели свершившегося факта (лат. *factum* — сделанное): объект телеологического объяснения (экспланандум) описывает некоторый результат поведения, которого субъект интенционально достиг.

Объяснение факта как явления или процесса, влекущего определенные последствия, может быть осуществлено, как было отмечено выше, при помощи «практического силлогизма». Логическая связь между тремя предложенными аспектами регулятивного действия нормы права выглядит, по-видимому, следующим образом: большую посылку составляет нормативное высказывание, закрепляющее социальную интенциональность (доступное в знаке для восприятия), меньшая посылка представлена нормативным правилом, связывающим определенное действие (факт) с целью действия (достижением правового результата), рассматривая такое действие в качестве средства достижения цели (смысловое содержание знака), заключение — правовая ситуация сообщает об использовании этого средства для достижения цели, соответствующей, с одной стороны, социальной интенциональности, а с другой — искомому субъектом общения правовому результату.

Заметим, что посредством конструктивистского подхода к праву разрешается также вопрос о соотношении моральных категорий и нормативных правил: морально-нравственные императивы могут быть оценены исключительно в контексте соответствующих юридических конструкций. Высказанная Г. Кельзеном точка зрения, что «мораль следует рассматривать как часть права в тех случаях, когда право содержит нормы, делающие моральные нормы условием применения принуждения»⁴⁴, может быть принята, если речь идет не о нормативных высказываниях, а конкретных нормативных правилах, ансамбль которых, с учетом практики их применения, образует соответствующую нормативную конструкцию. Так, идея о недопустимости совершения частных правовых актов, противоречащих закону или нравственности, запрет на применение обычаев, нарушающих нравственность, недопустимость включения в сделку условий, противоречащих нравственности, — эти и другие запреты при практическом применении могут быть объяснены и познаны лишь в контексте соответствующих юридических конструкций. Сказанное позволяет сделать вывод, что морально-нравственные императивы, будучи включенными в правовой контекст на уровне соответствующих юридических конструкций, не обуславливают их существо, но подчинены им.

⁴² Вригт Г. Х. *Фон*. Op. cit. С. 53.

⁴³ Ibid. С. 116.

⁴⁴ Kelsen H. *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, 1949. P. 374.

Литература

1. Антоновский А. Ю., Касавин И. Т., Бернштейн В. С. Конструктивизм / Гуманитарная энциклопедия: Концепты [Электронный ресурс] // Центр гуманитарных технологий, 2002–2020 (последняя редакция: 08.02.2020). URL: <https://gtmarket.ru/concepts/7047> (дата обращения: 20.05.2020).
2. Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право : учебник / В. А. Белов. М. : Юрайт, 2011.
3. Бертельс Ж.-Л. Общая теория права / под. общ. ред. В. И. Даниленко / пер. с фр. М. : Издательский дом NOTA BENE, 2000.
4. Булыгин Е. К проблеме объективности права // Проблемы философии права. 2005. Т. III. № 1–2.
5. Вригт Г. Х. фон. Логико-философские исследования: Изб. тр. / пер. с англ. / общ. ред. Г. И. Рузавина и В. А. Смирнова. М. : ПРОГРЕСС, 1986.
6. Ганс Кельзен. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лезова. СПб. : ООО «Издательский дом «Алеф-Пресс»», 2015.
7. Гаспарян Д. Э. Введение в неклассическую философию / Д. Э. Гаспарян. М. : Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2011.
8. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт-Издат, 2007.
9. Гуссерль Э. Логические исследования. Т. 1: Прологомены к чистой логике. М. : Академический проект, 2011.
10. Ивин А. А. Логика : учебное пособие. Издание 2-е. М. : Знание, 1998.
11. Коммуникативная рациональность: эпистемологический подход / Рос. акад. наук, Ин-т философии; отв. ред.: И. Т. Касавин, В. Н. Порус. М. : ИФРАН, 2009.
12. Ллойд Д. Идея права. Репрессивное зло или социальная необходимость. Пер. с англ.: Ю. М. Юмашев (науч. ред.), М. А. Юмашева. М. : Югона, 2002.
13. Маньковский И. А. Нормы и источники гражданского права: теоретические основы формирования и применения : монография. Минск : Межд. ун-т «МИТСО», 2013.
14. Оглезнев В. В. Г. Л. А. Харт и формирование аналитической философии права. Томск : Издательство Томского ун-та, 2012.
15. Оглезнев В. В. Некоторые замечания к теории об основаниях для действия // Вестник Томского государственного университета: Философия, Социология, Политология. 2015, № 2 (30).
16. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб. : Лань, 2000.
17. Поляков А. В. Норма права [Электронный ресурс] // URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1140109> (дата обращения: 20.05.2020).
18. Послание к римлянам апостола Павла. (Рим. 13.1.) / Библия (Книги Священного Писания Ветхого и Нового Завета). М. : Издание Московской Патриархии, 1992.
19. Серль Дж. Р. Что такое речевой акт // Новое в зарубежной лингвистике. Вып. 17. М., 1986. С. 151–169.
20. Серль Дж. Рациональность в действии. Пер. с англ. А. Колодия, Е. Румянцевой. М. : Прогресс-Традиция, 2004.
21. Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки / Издательство Гуманитарного ун-та. Екатеринбург, 2001.
22. Философия : энциклопедический словарь / под ред. А. А. Ивина. М. : Гардарики, 2004.
23. Фуко М. Психиатрическая власть. Курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1973–1974 учебном году. СПб. : Наука, 2007.
24. Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы / пер. с франц. В. Наумова. М. : Ad Marginem, 1999.
25. Фуллер Лон Л. Мораль права / Лон Л. Фуллер / пер. с англ. Т. Даниловой, под ред. А. Куряева. М. : ИРИСЭН, 2007.
26. Хабермас Ю. Концепт человеческого достоинства и реалистическая утопия прав человека // Вопросы философии, 2012, № 2. С. 66–80.
27. Халабуденко О. А. Право и экономика vs право и мораль: некоторые методологические замечания // Право и бизнес: конвергенция частного и публичного права в регулировании предпринимательской деятельности. М., 2015. С. 49–62.
28. Халабуденко О. А. Некоторые вопросы методологии права: гражданско-правовые прерогативы и юридические конструкции // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. № 1 (2013). С. 174–187.
29. Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007.
30. Hart H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights // Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, Vol. 49 (1948–1949), p. 171–194.
31. Johnson C. D. Moral and Legal Obligation // The Journal of Philosophy. 1975. Vol. 72. No. 12.
32. Kelsen H. General Theory of Law and State. Harvard University Press, 1949.
33. Luhmann N. The Autopoiesis of Social Systems, in: F. Geyer and J. van der Zouwen (eds.), Sociocybernetic Paradoxes, Sage, London, 1986, 172 ff.
34. Searle John R. What is a Speech Act? In: “Philosophy in America” ed. M. Black, London, Alien and Unwin, 1965, p. 221–239.
35. Teubner G. How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law. In: Krohn W., Küppers G. & Nowotny H. (eds.) Selforganization. Portrait of a Scientific Revolution. Kluwer, Dordrecht : 87–113 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.univie.ac.at/constructivism/archive/fulltexts/2713.html> (дата обращения: 20.05.2020).

References

1. Antonovskii A. Yu., Kasavin I. T., Bernshtein V. S. Constructivism / Humanitarian Encyclopedia: Concepts [Konstruktivizm / Gumanitarnaya ehntsiklopediya: Kontsepty] [Electronic resource] // Center for Humanitarian Technologies [Tsentr gumanitarnykh tekhnologii], 2002–2020 (last revised: 02/08/2020). URL: <https://gtmarket.ru/concepts/7047> (accessed: 20.05.2020). (In rus)
2. Belov V. A. Civil Law. A Common Part. T. I. Introduction to Civil Law : textbook [Grazhdanskoe pravo. Obshchaya chast'. T. I. Vvedenie v grazhdanskoe pravo : uchebnik] / V. A. Belov. Moscow : Yurayt Publishing House [Izdatel'stvo Yurait], 2011. (In rus)
3. Bergel J.-L. General Theory of Law [Obshchaya teoriya prava] / Under. total ed. V. I. Danilenko / Transl. from fr. M. : Publishing house NOTA BENE, 2000.
4. Bulygin E. On the Problem of the Objectivity of Law [K probleme ob"ektivnosti prava] // Problems of Philosophy of Law [Problemi filosofii prava]. 2005. V. III. No. 1–2. (In rus)
5. G. H. von Wright. Logico-Philosophical Research: Selected works [Logiko-filosofskie issledovaniya: Izbrannyye trudy]: transl. from English / Total Ed. G. I. Ruzavina and V. A. Smirnova. M. : PROGRESS, 1986.
6. Hans Kelsen. Pure Theory of Law. 2nd edition [Chistoe uchenie o prave. 2-e izd]. Transl. from German by M. Antonov and S. Loesov. St. Petersburg : Alef Press Publishing House, 2014. 542 p.
7. Gasparyan D. E. Introduction to Non-Classical Philosophy [Vvedenie v neklassicheskuyu filosofiyu] / D. E. Gasparyan. M. : Russian Political Encyclopedia (ROSSPEN) [Rossiiskaya politicheskaya ehntsiklopediya (ROSSPEHN)], 2011. (In rus)
8. Civil law: Actual Problems of Theory and Practice [Grazhdanskoe pravo: aktual'nye problemy teorii i praktiki] / Under Ed. of V. A. Belova. M. : Yurait-Publishing House [Yurait-Izdat], 2007. (In rus)
9. Husserl E. Logical research. T. 1: Prolegomena to Pure Logic [Logicheskie issledovaniya. T. 1: Prolegomeny k chistoio logike]. M. : Academic project [Akademicheskii proekt], 2011. (Transl. from german)
10. Ivin A. A. Logics : Tutorial. 2nd Edition [Logika : Uchebnoe posobie. Izdanie 2-e]. M. : Knowledge, 1998. (In rus)
11. Communicative Rationality: an Epistemological Approach [Kommunikativnaya ratsional'nost': epistemologicheskii podkhod] / Ros. Acad. Sciences, Institute of Philosophy; Ed.: I. T. Kasavin, V. N. Porus. M. : IFRAN, 2009.
12. Lloyd D. The Idea of Law. The idea of law. Repressive Evil or Social Necessity [Ideya prava. Repressivnoe zlo ili sotsial'naya neobkhodimost'] Transl. from English: Yumashev Yu. M. (Scientific Ed.), Yumashev M. A. M. : Yugona, 2002.
13. Mankovskii I. A. Norms and Sources of Civil Law. Theoretical Foundations of Formation and Application : monograph [Normy i istochniki grazhdanskogo prava. Teoreticheskie osnovy formirovaniya i primeneniya : monografiya]. Minsk : International University "MITSO" [Mezhd. un-t. "MITSO"], 2013. (In rus)
14. Ogleznev V. V. G. L. A. Hart and the Formation of an Analytical Philosophy of Law [G. L. A. Khart i formirovanie analiticheskoi filosofii prava]. Tomsk : Publishing house of Tomsk University [Izdatel'stvo Tomskogo un-ta], 2012. (In rus)
15. Ogleznev V. V. Some Remarks on the Theory of the Grounds for Action [Nekotorye zamechaniya k teorii ob osnovaniyakh dlya deistviya] // Tomsk State University Bulletin: Philosophy, Sociology, Political Science [Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta: Filosofiya, Sotsiologiya, Politologiya]. 2015, No. 2 (30). (In rus)
16. Petrazhitsky L. I. The Theory of Law and the State in Connection with the Theory of Morality [Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriei nravstvennosti]. St. Petersburg: Publishing House "Lan" [Izdatel'stvo "Lan"], 2000. (In rus)
17. Polyakov A. V. Rule of Law [Norma prava]. [Electronic resource] // URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1140109> (accessed: 05.20.2020). (In rus)
18. The Epistle of the Apostle Paul to the Romans. (Rom. 13.1.) / Bible (Books of the Holy Scriptures of the Old and New Testaments) [Poslanie k rimlyanam apostola Pavla. (Rim. 13.1.) / Bibliya (Knigi Svyashchennogo Pisaniya Vetkhogo i Novogo Zaveta)]. M. : Edition of the Moscow Patriarchate [Izdanie Moskovskoi Patriarkhii], 1992. (In rus)
19. Searle J. R. What is a Speech Act [Chto takoe rechevoi akt] // New in Foreign Linguistics [Novoe v zarubezhnoi lingvistike]. M., 1986, Vol. 17. P. 151–169. (In rus)
20. Searle J. R. Rationality in Action [Ratsional'nost' v deistvii]. Transl. from English A. Kolody, E. Rumyantseva. M. : Progress-Tradition [Progress-Traditsiya], 2004.
21. Tarasov N. N. Methodological Problems of Legal Science [Metodologicheskie problemy yuridicheskoi nauki] / Humanitarian University Press. Ekaterinburg [Izdatel'stvo Gumanitarnogo universiteta], 2001. (In rus)
22. Philosophy : Encyclopedic Dictionary [Filosofiya : Entsiklopedicheskii slovar'] / Ed. A. A. Ivina. M. : Gardariki, 2004. (In rus)
23. Foucault M. Psychiatric Power. Course of Lectures Delivered at the College de France in the 1973–1974 Academic Year [Psikhiatricheskaya vlast'. Kurs lektzii, prochtannykh v Kollezhe de Frans v 1973–1974 uchebnom godu]. St. Petersburg : Science, 2007. (Transl. from French)
24. Foucault M. Oversee and Punish. Birth of a Prison [Nadzirat' i nakazyvat'. Rozhdenie tyur'my] / transl. from French V. Naumov. M. : "Ad Marginem", 1999.
25. Fuller Lon L. Moral Law [Moral' prava] / Lon L. Fuller; trans. from English T. Danilova, ed. A. Kuryaeva. M. : IRISEN, 2007.
26. Habermas J. The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights [Kontsept chelovecheskogo dostoinstva i realisticheskaya utopiya prav cheloveka] // Questions of Philosophy [Voprosy filosofii], 2012, No. 2. P. 66–80. (In rus)

27. *Khalabudenko O. A.* Law and Economics vs Law and Moral: Some Methodological Observations [Pravo i ekonomika vs pravo i moral': nekotorye metodologicheskie zamechaniya] // Law and Business: Convergence of Private and Public Law in the Regulation of Entrepreneurial Activity [Pravo i biznes: konvergentsiya chastnogo i publichnogo prava v regulirovanii predprinimatel'skoi deyatel'nosti]. M., 2015. P. 49–62. (In rus)
28. *Khalabudenko O. A.* Some Questions of the Methodology of Law: Civil Law Prerogatives and Legal Constructions [Nekotorye voprosy metodologii prava: grazhdansko-pravovye prerogativy i yuridicheskie konstruktzii] // Bulletin of the Perm University: Series "Legal Sciences" [Vestnik Permskogo universiteta: Seriya "Yuridicheskie nauki"], No. 1 (2013). P. 174–187. (In rus)
29. *Hart H. L. A.* The Concept of Law [Ponyatie prava] / Transl. from English; under the general. ed. E. V. Afonasina and S. V. Moiseeva. SPb. : Publishing House of St. Petersburg University [Izdatel'stvo S.-Peterbugskogo universiteta], 2007.
30. *Hart H. L. A.* The Ascription of Responsibility and Rights // Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, Vol. 49 (1948–1949), p. 171–194.
31. *Johnson C. D.* Moral and Legal Obligation // The Journal of Philosophy. 1975. Vol. 72. No. 12.
32. *Kelsen H.* General Theory of Law and State. Harvard University Press, 1949.
33. *Luhmann N.* The Autopoiesis of Social Systems, in: F. Geyer and J. van der Zouwen (eds.), Sociocybernetic Paradoxes, Sage, London, 1986, 172 ff.
34. *Searle John R.* What Is a Speech Act? In: "Philosophy in America" ed. Max Black, London, Alien and Unwin, 1965, p. 221–239
35. *Teubner G.* How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law. In: Krohn W., Küppers G. & Nowotny H. (eds.) Selforganization. Portrait of a Scientific Revolution. Kluwer, Dordrecht: 87–113 [Electronic resource]. URL: <http://www.univie.ac.at/constructivism/archive/fulltexts/2713.html> (accessed: 20.05.2020).

О проблемах применения института отмены документации по планировке территории, признания отдельных частей такой документации не подлежащими применению

Башарин Алексей Вадимович

преподаватель, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург, Российская Федерация;
basharin94@yandex.ru

АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются проблемы применения относительно нового института градостроительного законодательства — отмены документации по планировке территории, признания отдельных частей такой документации не подлежащими применению. Автор пытается выявить различия между отменой такой документации и признанием не подлежащими применению ее отдельных частей, рассматривает ряд вопросов, связанных с возможностью отмены документации по планировке территории, соответствующей законодательным требованиям. Также внимание уделяется определению субъектного состава лиц, уполномоченных на отмену документации по планировке территории, необходимости проведения публичных слушаний в процессе такой отмены. В заключение автор делает основные выводы, еще раз обращая внимание на наличие системных недостатков существующего публично-правового регулирования.

Ключевые слова: документация по планировке территории, отмена, публичные слушания, доверие к действиям государства, административное право

On the Problems of Application of Institute of Cancellation of the Documentation on a Lay-out of Territory, Recognition of Separate Parts of Such Documentation not Subject to Application

Aleksei V. Basharin

Lecturer at the Saint Petersburg State University; Sankt Petersburg, Russian Federation; basharin94@yandex.ru

ABSTRACT

In article problems at application rather new institute of the town-planning legislation - cancellation of the documentation on a lay out of territory, recognition of separate parts of such documentation not subject to application are considered. The author tries to reveal distinctions between cancellation of such documentation and recognition of separate parts not subject to application, considers a number of questions connected with possibility of cancellation of the documentation on a territory planning corresponding to legislative requirements. Also the attention is given to definition of the subject structure of the persons empowered on cancellation of the documentation on a lay-out of territory, necessity of carrying out of public hearings in the course of such cancellation. In conclusion, the author draws the main conclusions, once again drawing attention to the existence of systemic shortcomings of the existing public law regulation.

Keywords: territory planning documentation, cancellation, public hearings, trust in state actions, administrative law

1. Введение, постановка проблемы

В августе 2019 г. вступил в силу федеральный закон «О внесении изменений в Градостроительный кодекс РФ (далее — ГрК РФ) и отдельные законодательные акты РФ»¹, которым был введен институт отмены документации по планировке территории, признания отдельных частей такой документации не подлежащими применению².

Ст. 2 ГрК РФ к числу принципов градостроительного законодательства относит осуществление строительства, в том числе на основании документации по планировке территории (далее — ДПТ)³, необходимой для формирования комфортной городской среды.

Так, в отсутствие такой документации невозможно обеспечить поэтапное развитие территории с целью синхронизации строительства жилья и объектов социальной инфраструктуры, строительство крупных линейных объектов, обеспечивающих снабжение населения коммунальными ресурсами, транспортную доступность территорий.

¹ О внесении изменений в ГрК РФ и отдельные законодательные акты РФ : федеральный закон от 02.08.2019 № 283-ФЗ (далее — ФЗ № 283-ФЗ). Нормативно-правовое регулирование и судебная практика приводятся по СПС «Консультант Плюс».

² См.: ч. 18–20 ст. 45 ГрК РФ.

³ К которой в настоящее время согласно ч. 4 ст. 41 ГрК РФ отнесены проекты планировки и межевания территории (далее — ППТ, ПМТ).

По мнению О. А. Жарковой, в отношении ДПТ в законодательстве наблюдается довольно ощутимый правовой вакуум⁴. Так, например, четко не закреплены источники финансирования подготовки (разработки) такой документации, что позволяет органам публичной власти «стимулировать» частных лиц к разработке ДПТ за счет собственных средств по принципу: не разработаешь ДПТ, не получишь разрешение на строительство, не сможешь реализовать проект по иным основаниям⁵.

Вместе с тем, вложив значительные средства в разработку ДПТ, инвестор не получает никаких гарантий о том, что планировочные решения в составе такой документации действительно могут быть реализованы⁶.

Динамичность градостроительного законодательства⁷ влечет за собой постоянную корректировку градостроительной документации, которая, в свою очередь, приводит к возникновению ситуаций, когда различные виды такой документации начинают противоречить друг другу. Так, вполне возможна ситуация, когда после утверждения проекта планировки территории (далее — ППТ) будут изменены правила землепользования и застройки (далее — ПЗЗ), что повлечет за собой невозможность размещения объектов в соответствии с параметрами, содержащимися в ППТ. На возможность реализации планировочных решений в составе ДПТ может оказать влияние и корректировка правил в области нормативно-технического регулирования (сводов правил).

Например, ранее утвержденный ППТ предусматривал создание школы на 250 учеников, в то время как существующее нормативно-техническое регулирование допускает увеличение высоты в отношении образовательных организаций, что позволяет разместить объект значительно большей вместимости^{8,9}. Кроме того, на возможность размещения объектов в составе ДПТ могут оказать влияние и планы публичной власти по созданию инфраструктурных объектов (например, автомобильных дорог)¹⁰. В рассмотренных выше ситуациях возникает необходимость скорректировать ДПТ, что зачастую так же затратно по времени и финансам, как и утвердить новую документацию. С учетом изложенного анализ возможности отмены, признания не подлежащей применению ДПТ (ее отдельных частей) в качестве «альтернативы» внесению изменений в ДПТ представляет несомненный практический интерес. Этому анализу и будет посвящена настоящая статья.

2. Отмена документации по планировке территории и признание ее не подлежащей применению. Разграничение понятий

В ч. 18–20 ст. 45 ГрК РФ используется следующая формулировка: порядок внесения изменений в ДПТ, порядок отмены такой документации или ее отдельных частей, порядок признания отдельных частей такой документации не подлежащими применению.

Даже применение грамматического толкования этой нормы позволяет сделать однозначный вывод о том, что признание частей ДПТ не подлежащими применению не тождественно отмене такой документации.

Правильность этого вывода подтверждается также тем, что ГрК РФ еще до принятия ФЗ № 283-ФЗ ГрК РФ содержал в себе перечень случаев, в которых ДПТ признавалась недействующей (в том числе в части)¹¹.

Принятие же ФЗ № 283-ФЗ четко выделило возможность существования двух самостоятельных порядков (отмена ДПТ и признание отдельных частей ДПТ не подлежащими применению были разделены).

⁴ Жаркова О. А. Предоставление земельного участка для целей строительства и документация по планировке территории. Закон. 2013. № 5. С. 65–72.

⁵ О существовавшей практике выдачи градостроительных планов земельных участков без указания места допустимого размещения объекта капитального строительства в отсутствие разработанной ДПТ см. [Электронный ресурс]: URL: https://zakon.ru/blog/2014/5/16/novaya_praktika_vas_rf_dlya_togo_chtoby_stroit_gradostroitelnogo_plana_nedostatochno_eshhe_obyazatel (дата обращения: 08.03.2020).

⁶ Иными словами, что он в действительности сможет построить объекты капитального строительства, запланированные в такой документации.

⁷ Так, только за 2019 г. в ГрК РФ шесть раз вносились изменения.

⁸ В определенных ситуациях может потребоваться изменение не только параметров, но и функционального назначения объекта капитального строительства, предусмотренного в ДПТ. Например, ранее утвержденный ППТ предусматривал размещение объекта торговли, а в настоящее время дефицит мест в дошкольных учреждениях достиг такого уровня, что требуется размещение детского сада.

⁹ Таким образом, наличие ранее утвержденной ДПТ может воспрепятствовать эффективному удовлетворению публичного интереса в обеспечении населения инфраструктурными объектами.

¹⁰ На эту ситуацию можно взглянуть и с другой стороны: создание объектов, предусмотренных ДПТ, может «поставить крест» на создании линейных объектов, обслуживающих в том числе публичные интересы.

¹¹ Ч. 12.6 ст. 45 ГрК РФ, ч. 21 ст. 46.9 ГрК РФ.

При анализе этих понятий необходимо учитывать существующую на уровне высшей судебной инстанции практику об отнесении ДПТ к нормативно-правовым актам¹².

Как отмечает М. Б. Румянцев, общим принципом отмены и приостановления действия нормативных правовых актов является положение о том, что данная функция принадлежит в первую очередь тем правотворческим органам, которые их приняли¹³.

Соответственно, отмена нормативно-правового акта (ДПТ) является составной частью правотворческого процесса, осуществляемого органами государственной власти в пределах их компетенции.

Необходимость отмены ДПТ может быть обусловлена самыми разнообразными обстоятельствами¹⁴ (например, устареванием планировочных решений в ее составе), среди которых обращает на себя внимание признание такой документации недействующей на основании решения суда.

Представляется, что важно отметить тот факт, что само по себе признание судом нормативно правового акта (в том числе ДПТ) недействующим еще не означает отмену этого акта.

В практике Конституционного суда РФ (далее — КС РФ) была выработана позиция о том, что признание судом нормативного акта противоречащим федеральному закону не является его отменой самим судом, тем более лишением его юридической силы с момента издания, а означает признание его недействующим¹⁵ и, следовательно, с момента вступления решения суда в силу не подлежащим применению.

При этом необходимо обратить внимание на то, что акт, признанный судом неправовым, не может считаться действующим, влекущим юридические последствия, независимо от того, будет ли он формально отменен издавшим его органом¹⁶. Более того, суд может признать соответствующий нормативно-правовой акт недействующим как с момента вынесения судебного решения, так и со дня его принятия¹⁷.

Таким образом, орган публичной власти, отменяя ДПТ, признанную недействующей по решению суда, лишь подтверждает отсутствие у нее юридической силы.

В отличие от отмены ДПТ, которая может быть обусловлена различными обстоятельствами (в том числе вынесенным судебным решением), признание отдельных частей ДПТ не подлежащими применению может явиться результатом лишь принятия соответствующего нормативно-правового акта публичной власти. Это предопределяет, что в то время, как отмена нормативно-правового акта может быть осуществлена с обратной силой (т. е. акт признается отмененным со дня своего вступления в силу), приостановление действия нормативно-правового акта возможно лишь с того момента, когда был принят акт, предписывающий приостановить его действие.

Также обратим внимание на возможность проведения определенных «параллелей» между институтами признания отдельных частей ДПТ не подлежащими применению и приостановления действия нормативно-правового акта¹⁸, позволяющую выявить определенную контрольную функцию, заложенную в содержание ч. 18–20 ст. 45 ГрК РФ.

Представим себе следующую ситуацию: орган местного самоуправления разработал ДПТ для размещения объекта местного значения (например, библиотеки)¹⁹, но в дальнейшем данная

¹² См.: кассационное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ (далее — ВС РФ) от 05.06.2019 № 87-КА19-1, апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 30.01.2019 № 45-АПГ18-2, определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 18.12.2014 № 306-ЭС14-3391 по делу № А06-2224/2013.

¹³ Румянцев М. Б. Отмена правовых норм в законодательном процессе РФ как правотворческое решение. Государственная власть и местное самоуправление. 2018. № 11. С. 37–41.

¹⁴ Более сложным для рассмотрения представляется вопрос о том, может ли орган публичной власти отменить ДПТ, не признанную недействующей судом, которая полностью соответствует нормам действующего законодательства, но препятствует эффективной реализации публичных интересов? Возможный ответ на него будет дан в разделе 3 настоящей статьи.

¹⁵ См.: Постановление КС РФ от 27.01.2004 № 1-П. В особом мнении к этому постановлению судья А. Л. Кононов также делает вывод о том, что не представляется убедительным и даже понятным и различие признания неправомерности нормативных актов по последствиям на недействующие (т. е. очевидно не оказывающие реального действия) и недействительные (т. е. несуществующие).

¹⁶ См.: постановление КС РФ от 27.01.2004 № 1-П.

¹⁷ См.: О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами : постановление Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 50, п. 38.

¹⁸ Этот институт предусмотрен ст. 48 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ».

¹⁹ Согласно ч. 19 ст. 1 ГрК РФ объекты местного значения — объекты капитального строительства, иные объекты, территории, которые необходимы для осуществления органами местного самоуправления полномочий по вопросам местного значения и в пределах переданных государственных полномочий и оказывают существенное влияние на социально-экономическое развитие муниципальных районов, поселений, городских округов.

территория понадобилась субъекту РФ для размещения объекта регионального значения²⁰ (например, снегоплавильного пункта).

В рассматриваемой ситуации логичным представляется приостановить действие муниципального нормативно-правового акта об утверждении ДПТ в целях удовлетворения публичных нужд более высокого уровня, а не отменить этот акт, учитывая, что действие приостановленного акта в отличие от акта отмененного может быть возобновлено²¹.

Таким образом, применение института признания ДПТ не подлежащей применению вместо осуществления отмены ДПТ позволит избежать необходимости повторной разработки такой документации, получения всех согласований, способствуя тем самым экономии средств муниципальных бюджетов.

Говоря об отмене ДПТ, признании не подлежащими применению ее отдельных частей, хотелось бы дополнительно обратить внимание на два момента.

Во-первых, необходимым представляется внесение изменений в ч. 18–20 ст. 45 ГрК РФ, в целях возможности признания не подлежащей применению ДПТ в целом, а не только ее отдельных частей.

В противном случае существование этого института вообще не имеет смысла, ввиду того что не признанные не подлежащими применению части ППТ (например, в части определения границ зон размещения объектов) не позволяют достичь целей неприменения ДПТ, препятствуя реализации публичных нужд более высокого уровня²².

Во-вторых, существует потребность в уточнении на уровне законодательства или разъяснений Минстроя России понимания термина «часть ДПТ». Полагаем, что под такими частями должны пониматься не только разделы ДПТ согласно ст. 42, 43 ГрК РФ, но и части территории, в отношении которой была осуществлена разработка такой документации.

Представляется, что такое понимание термина «часть ДПТ» позволит использовать этот институт для удовлетворения публичных нужд в размещении объектов определенного значения без необходимости всякий раз осуществлять «полный пересмотр» такой документации. Более того, в пользу его корректности свидетельствует факт того, что изменения, внесенные ФЗ № 283-ФЗ в ст. 41.1 ГрК РФ, предусмотрели возможность осуществления подготовки ДПТ не только в отношении элементов планировочной структуры²³, но и отдельных земельных участков.

Подводя итог, представляется возможным сделать следующий вывод относительно соотношения отмены ДПТ и признания не подлежащими применению ее отдельных частей: процедурно эти институты не являются идентичными, но по своей сути они влекут одинаковые правовые последствия (ДПТ, признанная недействующей или не подлежащей применению, не влечет за собой юридических последствий)^{24, 25}.

3. О возможности отмены ДПТ, соответствующей законодательным требованиям

В рамках настоящего раздела попытаемся ответить на уже поставленный ранее вопрос о возможности отмены ДПТ, соответствующей законодательным требованиям.

На первый взгляд, представляется логичным, что орган публичной власти, принявший нормативно-правовой акт (далее — ДПТ), должен иметь возможность его отменить. Во-первых, это коррелирует с признанием на уровне судебной практики широты свободы усмотрения публичной власти в области политики городского планирования²⁶.

²⁰ Ч. 20 ст. 1 ГрК РФ определяет объекты регионального значения как объекты капитального строительства, иные объекты, территории, которые необходимы для осуществления полномочий по вопросам, отнесенным к ведению субъекта РФ, органов государственной власти субъекта РФ, и оказывающие существенное влияние на социально-экономическое развитие субъекта РФ.

²¹ Потребуется принятие самостоятельного нормативно-правового акта «О возобновлении действия ДПТ».

²² Иными словами, субъект РФ не сможет разместить снегоплавильный пункт в параметрах, предусмотренных для размещения библиотеки, или, например, если в ДПТ не будет отменена зона планируемого размещения этой школы, то цель ее размещения также не сможет быть достигнута.

²³ Согласно ч. 35 ст. 1 ГрК РФ элемент планировочной структуры — часть территории поселения, городского округа или межселенной территории муниципального района (квартал, микрорайон, район и иные подобные элементы).

²⁴ В дальнейшем, употребляя в рамках написания настоящей статьи термин «отмена ППТ», будем иметь в виду также признание ее не подлежащей применению.

²⁵ Соответственно, на основе такой документации не может осуществляться строительство объектов капитального строительства, она не может служить основанием для принятия решения о возможности изъятия земельных участков для государственных (муниципальных) нужд.

²⁶ См.: апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 22.01.2020 № 53-АПА19-51.

Во-вторых, учитывает, что необходимость такой отмены может быть опосредована наличием публичного интереса в формировании комфортной городской среды^{27, 28}.

Вместе с тем свобода усмотрения публичной власти в возможности отмены ДПТ не может быть безграничной ввиду того, что отмена ДПТ затрагивает не только публичные интересы, но и интерес частных лиц в возможности действительной реализации и эффективной защиты принадлежащих им прав.

Так, лица, осуществляющие градостроительную деятельность в границах действия ДПТ, заинтересованы в сохранении действия ДПТ с учетом того, что при отмене такой документации они не могут приступить к реализации своих проектов. Более того, такая отмена создаст значительные риски для осуществления уже реализуемых проектов в части невозможности получения разрешения на ввод в эксплуатацию строящихся объектов (п. 5 ч. 6. ст. 55 ГрК РФ)²⁹. Не планирующие осуществление строительства (реконструкции) лица также могут быть заинтересованы в сохранении действия ДПТ, в качестве гарантии выполнения публичной властью своих обязательств по созданию объектов инфраструктуры³⁰.

Таким образом, при отмене ДПТ необходимо обеспечить поиск надлежащего баланса между частными и публичными интересами.

Если рассмотреть возможность отмены ДПТ, соответствующей законодательным требованиям, с точки зрения действующего регулирования (*de lege lata*), то можно прийти к неутешительным выводам: сложилась катастрофическая ситуация, при которой органы публичной власти, приняв соответствующий порядок, могут получить возможность отменять ДПТ в отсутствие всяких ограничений.

Более того, необходимо учесть, что в рамках существующего регулирования, когда невозможен судебный контроль за целесообразностью принимаемых нормативно-правовых актов³¹, возможно возникновение ситуаций, когда публичная власть использует институт отмены ДПТ, лишь «прикрываясь» публичным интересом, но в действительности — вопреки законной цели. Например, отмена ДПТ может использоваться как средство, стимулирующее застройщиков к принятию на себя «социальной ответственности» по созданию различных объектов инфраструктуры³².

Представляется, что сложившаяся ситуация стала результатом не несовершенства законодательства о градостроительной деятельности, но системных проблем российского административного права, которое, по мнению А. А. Иванова, развито слабо³³.

Во-первых, административное право продолжает восприниматься многими как отрасль, в первую очередь регламентирующая вопросы привлечения к административной ответственности, осуществления контрольно-надзорной деятельности, но не общий порядок взаимоотношения частных лиц и публичной власти.

До сих пор не принят закон об административных процедурах, на необходимость скорейшего принятия которого обращали внимание многие ученые³⁴, закрепляющий общие принципы административного права.

²⁷ Например, в рамках уже приводимых нами примеров, когда ДПТ отменяется с целью обеспечения возможности размещения инфраструктурных объектов большей вместимости (емкости), не противореча требованиям действующего регулирования.

²⁸ Представим себе ситуацию, при которой ранее утвержденная ДПТ не предусматривала размещения спортивных объектов в границах квартала, но с ростом численности населения в нем объекты спорта «по соседству» перестали справляться с наплывом желающих. Вместе с тем в квартале есть земельные участки, предназначенные согласно ДПТ для размещения объектов торговли, при этом по ПЗЗ для них предусмотрен в том числе вид разрешенного использования «спорт».

Полагаем, что в таком случае публичная власть должна иметь возможность отменить ДПТ в части, препятствующей размещению спортивных объектов.

²⁹ См.: [Электронный ресурс]. URL: https://zakon.ru/blog/2018/09/07/ob_ocherednom_gradostroitelnom_koshmare_dlya_biznesa_ili_obratnoj_sile_zakona_342-fz (дата обращения: 12.03.2020).

³⁰ Иными словами, проживающие в границах квартала граждане заинтересованы в том, чтобы обещанные им объекты здравоохранения, социальной инфраструктуры были в действительности построены.

³¹ О существующих моделях нормоконтроля см.: [Электронный ресурс]. URL: https://zakon.ru/blog/2019/07/16/teorii_normokontrolya_v_dele_o_zaprete_vyezda_policejskim_za_granicu_k_opredeleniyu_po_delu_luzhnyh (дата обращения: 12.03.2020).

³² Иными словами, если не постройте детский сад и безвозмездно не передадите его городу, отменим ДПТ.

³³ Иванов А. А. Проблемы публичного права России: взгляд со стороны. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 2. С. 46–59.

³⁴ См.: [Электронный ресурс]. URL: <http://www.vestnik.vsu.ru/pdf/pravo/2015/03/2015-03-04.pdf> (дата обращения: 12.03.2020).

Это предопределяет существование пробелов в области реализации принципа поддержания доверия граждан и юридических лиц к действиям публичной власти. В настоящее время этот принцип лишь иногда применяется ВС РФ и КС РФ, вместе с тем не представляется возможным говорить о том, что сложилась какая-либо система его применения³⁵.

Однако в зарубежных правовых порядках этот принцип лежит в основе учения о юридической силе административных актов, в рамках которого осуществляется распределение рисков между публичной администрацией и частным лицом при отмене такого акта³⁶.

Во-вторых, должным образом не регламентированы и отдельные институты административного права. Так, в частности, недостаточное внимание уделяется выявлению сущности понятия «административное управление», исследованию категории административных актов³⁷, их классификации.

Так, в действующем законодательстве отсутствует классификация административных актов на благоприятствующие (т. е. создающие право лица либо имеющие правовое значение какие-нибудь существенные преимущества [блага]) и обременяющие (влекущие неблагоприятные последствия для адресатов)³⁸, известная даже многим государствам постсоветского пространства³⁹.

Как отмечает А. Ф. Васильева, такая классификация имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Так, например, порядок отмены благоприятствующих административных актов имеет ряд особенностей, обусловленных действием принципа защиты доверия граждан (юридических лиц) к действиям государства⁴⁰.

По мнению Ютрите Бриед, правомерный (благоприятствующий) административный акт можно отменить, во-первых, в случае, когда у адресата не могло возникнуть правового доверия к неизменности административного акта и, во-вторых, когда существенно изменились факты и обстоятельства и интересы общества, касающиеся отмены акта, которые превышают права и интересы адресата⁴¹.

Соответственно, органам публичной власти при осуществлении такой отмены надлежит учитывать необходимость достижения баланса между частными и публичными интересами, который может быть обеспечен в том числе через признание необходимости мотивировки принимаемых решений об отмене административных актов (в том числе ДПТ)⁴², не зафиксированной на уровне существующего регулирования, что, на наш взгляд, является одним из негативных последствий существования уже упоминаемых нами «глобальных пробелов» в российском административном праве.

Обратим внимание также на то, что в действующем законодательстве не урегулирована проблема возможности издания административных актов (в частности, ДПТ) под определенными условиями, в чем часто возникает практическая необходимость. Так, представим себе ситуацию, при которой застройщик заинтересован в утверждении ДПТ, предполагающей размещение школ, которому в настоящее время препятствуют нормативные санитарно-защитные зоны⁴³, промышленных предприятий, расположенных за границами квартала.

³⁵ См.: [Электронный ресурс]. URL: https://zakon.ru/blog/2019/07/16/ustranenie_posledstvij_svoih_oshibok_-_otvetstvennost_publichnoj_vlastiesche_raz_napomnil_ks_rf (дата обращения: 12.03.2020).

³⁶ См.: [Электронный ресурс]. URL: https://dpp.mpil.de/07_2018/07_2018_37_77.pdf (дата обращения: 12.03.2020).

³⁷ Такие понятия, как нормативно-правовой акт, ненормативный акт, административный акт, в действующем законодательстве не закреплены.

³⁸ См.: [Электронный ресурс]. URL: <http://elib.sfu-kras.ru/handle/2311/2211?show=full> (дата обращения: 12.03.2020).

³⁹ См.: ст. 11 Административного кодекса Республики Молдова, ч. 6, 7 ст. 1 Закона Туркменистана об административных процедурах [Электронный ресурс]. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38575176, <http://infoabad.com/zakonodatelstvo-turkmenistana/zakon-turkmenistana-ob-administrativnyh-procedurah.html> (дата обращения: 12.03.2020).

⁴⁰ См.: [Электронный ресурс]. URL: <http://www.dslib.net/admin-pravo/administrativno-pravovoe-regulirovanie-publichnyh-uslug-v-germanii-i-rossii.html> (дата обращения: 12.03.2020).

⁴¹ Бриед Я. Отмена административного акта с учетом судебной практики Верховного суда Латвии. Ежегодник публичного права — 2014. Административное право: сравнительно-правовые подходы. М.: Инфотропик Медиа. 2014. С. 419–427.

⁴² Хотя бы на уровне издания пояснительных записок к соответствующим решениям.

⁴³ Согласно ч. 4 ст. 1 ГрК РФ санитарно-защитные зоны представляют собой один из видов зон с особыми условиями использования территории.

Подробнее о классификации санитарно-защитных зон см.: Кирсанов А. Р. «Недоустановленные» санитарно-защитные зоны, или О правовых основаниях и последствиях включения в правила землепользования и застройки ориентировочных и расчетных санитарно-защитных зон. Имущественные отношения в РФ. 2019. № 7. С. 83–89.

Согласно ч. 2 ст. 41 ГрК РФ при подготовке ДПТ до установления границ зон с особыми условиями использования территории учитываются размеры этих зон и ограничения по использованию территории в границах таких зон, которые устанавливаются в соответствии с законодательством РФ.

Действие вышеизложенной нормы значительно снижает эффективность (вариативность) использования территории, фактически предписывая учитывать еще не установленные ограничения⁴⁴.

Кроме того, эта норма препятствует возможности параллельного осуществления разработки ДПТ и градостроительной подготовки земельного участка (т. е. по снятию ограничений, препятствующих его застройке), что значительно увеличивает сроки реализации проекта⁴⁵. Соответственно, действующее законодательство подлежит корректировке в части признания возможности утверждения ДПТ при выполнении определенных условий.

Полагаем, что *de lege ferenda*, перечень случаев, в которых допускается отмена соответствующей законодательным требованиям ДПТ, должен выглядеть следующим образом⁴⁶. Отмена такой документации возможна:

- в случае если реализация мероприятий, в том числе по созданию объектов капитального строительства, предусмотренных ДПТ, угрожает публичным интересам (представляет опасность для жизни или здоровья человека, для окружающей среды, объектов культурного наследия), что должно подтверждаться наличием конкретных документов (материалов);
- если ДПТ была принята под условием совершения (несовершения) определенных действий (например, под условием принятия на себя лицом, заинтересованным в подготовке ДПТ, обязательств по сокращению границ санитарно-защитных зон) и это условие, зафиксированное в нормативно-правовом акте об утверждении такой документации или иным нормативно-правовом акте, не исполнено (исполнено с существенными нарушениями)⁴⁷.

Данное основание отмены ДПТ приобретет актуальность лишь в случае, если на уровне действующего регулирования будет решена уже упоминаемая нами проблема допустимости принятия административных актов (в том числе ДПТ) под условием совершения (несовершения) определенных действий, а также регламентирован порядок принятия на себя частными лицами определенных обязательств, опосредующих возможность утверждения административного акта.

С учетом изложенного:

- в случае возникновения обстоятельств, не существующих на момент принятия ДПТ, при наличии которых на момент принятия такой документации орган публичной власти мог не принимать ее, а сохранение данной документации в силе не соответствует целям комплексного и устойчивого развития территории⁴⁸;
- в ситуации, когда наличие утвержденной ДПТ препятствует размещению объекта федерального, регионального (местного) значения или не позволяет разместить такой объект с технико-экономическими показателями, которые бы были достижимы при его размещении в отсутствие такой документации⁴⁹. При этом необходимость размещения соответствующих объектов также должна быть обоснована, например, в принятых публичной властью документах территориального планирования.

⁴⁴ См.: апелляционное определение Свердловского областного суда от 14.02.2018 № 33а-3140/2018, Апелляционное определение судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 12.09.2018 № 4-АПГ18-13.

⁴⁵ Так, п. 4.3.1 Приложения № 1 к Постановлению Правительства Санкт-Петербурга от 21.06.2016 № 524 «О Правилах землепользования и застройки Санкт-Петербурга», дублируя ч. 2 ст. 41.1 ГрК РФ, указывает на то, что в составе разрабатываемой ДПТ определение зоны размещения объектов капитального строительства, размещение которых ограничивается в соответствии с законодательством РФ в границах зон с особыми условиями использования, допускается при отсутствии ограничений, запрещающих размещение таких объектов.

⁴⁶ Анализ регулирования муниципальных образований показывает, что зачастую они весьма «халатно» подходят к принятию порядка, предусмотренного ч. 20 ст. 45 ГрК РФ, используя следующую формулировку: «Отмена документации по планировке территории (ее отдельных частей) возможна в порядке, предусмотренном действующим законодательством, в случае выявления оснований для ее отмены (отмены ее частей)». См., напр.: Постановление Администрации городского округа Самара от 05.09.2019 № 654 «Об утверждении Порядка подготовки ДПТ городского округа Самара и Порядка принятия решения об утверждении ДПТ городского округа Самара».

⁴⁷ Соответственно, необходим отдельный порядок, регламентирующий порядок фиксации соответствующих нарушений.

⁴⁸ Представляется, что примером такого обстоятельства может служить изменение норм федерального законодательства, в результате принятия которого строительство на определенной территории стало запрещено.

⁴⁹ Этот случай должен предусматривать механизмы, подтверждающие наличие публичного интереса в отмене такой документации, во избежание возможных злоупотреблений. Например, подготовленное органом публичной власти обоснование, что он в действительности отменяет ДПТ (ее часть), например, для обеспечения создания возможности больницы, а не для того, чтобы осложнить заинтересованным лицам осуществление их строительных проектов.

Полагаем, что самостоятельного анализа также требует случай, при котором возможность отмены ДПТ обусловлена тем, что ее сохранение в силе препятствует реализации деятельности по комплексному и устойчивому развитию территории, с учетом критики, которой подвергаются институты осуществления такой деятельности, как допускающие тотальное изъятие земельных участков у правообладателей в пользу иных частных лиц⁵⁰.

Соответственно, представляется важным обратить внимание на то, что во всех случаях отмены ДПТ необходимость такой отмены должна быть должным образом обоснована ее инициатором. Например, как уже было упомянуто, в случае если реализация мероприятий, в том числе по созданию объектов капитального строительства, предусмотренных ДПТ, угрожает публичным интересам, должны быть представлены документы (материалы), подтверждающие наличие соответствующей «угрозы».

При этом, согласно нашей позиции, на уровне принимаемого регулирования невозможно установление исчерпывающего содержания обоснования отмены ДПТ (т. е. конкретного перечня документов [материалов]).

«Достаточность» представленного обоснования в конечном итоге все равно будет определяться органом публичной власти, принимающим решение об отмене ДПТ. Оценка же этой «достаточности» будет находиться в рамках дискреции (административного усмотрения) соответствующего органа и осуществляться с учетом наличия ряда правовых позиций ВС РФ, согласно которым политика городского планирования, обустройства территории предоставляет государству более широкую свободу усмотрения, чем это имеет место при регулировании исключительно гражданских прав⁵¹.

Проект Постановления Правительства РФ «Об утверждении Правил внесения изменений ДПТ, утверждение которой осуществлялось на основании решений уполномоченных федеральных органов исполнительной власти, отмены такой документации или ее отдельных частей, признания отдельных частей такой документации не подлежащими применению и о внесении изменений в Постановление Правительства РФ от 26.07 2017 № 884» в пп. б. п. 26 содержит указание на то, что заявление об отмене ДПТ, подготовка которого осуществляется инициатором такой отмены, должно содержать в себе мотивированное обоснование необходимости отмены ДПТ. При этом если обоснование необходимости отмены ДПТ требует представления дополнительных документов или материалов, такие документы или материалы прилагаются к заявлению инициатора⁵². Иными словами, порядок исходит из «открытого состава» представляемого обоснования.

Вместе с тем согласно п. 30 Проекта орган публичной власти отказывает в принятии решения об отмене ДПТ лишь при отсутствии обоснования отмены ДПТ, не оценивая его сущностно, с чем не представляется возможным согласиться с учетом вышеизложенной нами позиции.

Также обратим внимание на то, что в действующем регулировании отсутствуют обстоятельства, препятствующие изданию методических рекомендаций или разъясняющих писем Минстроя РФ относительно того, как следует осуществлять мотивировку потребности в отмене ДПТ, в том числе с указанием примеров документов и (или) материалов, которые могут быть приложены к заявлению о необходимости такой отмены. Полагаем, что появление соответствующих методических рекомендаций, писем является вопросом «ближайшего будущего».

Перейдем к анализу субъектного состава лиц, уполномоченных требовать отмены ДПТ.

4. Об определении круга субъектов, уполномоченных требовать отмены ДПТ

Первый подход предполагает, что любое лицо, физическое или юридическое, должно иметь возможность обратиться за отменой ДПТ.

При этом факт того, что такое лицо проживает за границами подготовки документации, не должен ограничивать его в праве ходатайствовать об отмене такой документации.

⁵⁰ Подробнее см.: [Электронный ресурс]. URL: <https://urban.hse.ru/data/2016/12/29/1114674201/%D0%B2%D0%BE%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%81%D1%8B%201,%202,%203.pdf> (дата обращения: 12.03.2020).

⁵¹ См.: апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 25.12.2019 № 51-АПА19-19; апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 19.09.2018 № 7-АПГ18-5.

⁵² См.: Проект Постановления Правительства РФ «Об утверждении Правил внесения изменений ДПТ, утверждение которой осуществлялось на основании решений уполномоченных федеральных органов исполнительной власти, отмены такой документации или ее отдельных частей, признания отдельных частей такой документации не подлежащими применению и о внесении изменений в постановление Правительства РФ от 26.07 2017 № 884» (далее — Проект).

На первый взгляд, представляется верным, что лицо, проживающее по соседству с предполагаемым к размещению мусорным заводом (на территории смежного квартала), может иметь интерес в том, чтобы обратиться за отменой ДПТ в части размещения такого завода, ввиду оказываемого им влияния на комфортность проживания в населенном пункте в целом, а не только на отдельные территории⁵³.

Другой подход исходит из того, что субъектный состав лиц, которые могут обращаться за отменой ДПТ, должен быть ограничен, например, правообладателями объектов недвижимого имущества, расположенных в границах разработки ДПТ, или же исключительно органами публичной власти, принимавшими участие в подготовке такой документации⁵⁴.

Проанализируем изложенные подходы.

С одной стороны, на уровне судебной практики в силу признания ДПТ нормативно-правовыми актами признается, что ее нормы рассчитаны на неоднократное применение и адресованы неопределенному кругу лиц⁵⁵.

Соответственно, раз ДПТ может оказать влияние на права и обязанности неопределенного круга лиц, то любое лицо должно иметь возможность обратиться с ходатайством об отмене такой документации.

Кроме того, необходимо обратить внимание на существование концепции права на город⁵⁶, которая в российских реалиях может быть воспринята с учетом признаваемых на конституционном уровне прав на благоприятные условия жизнедеятельности (благоприятную окружающую среду)⁵⁷. Так, по мнению Высшей судебной инстанции, существование права на благоприятную окружающую среду, которая применительно к городам понимается как комплексное и устойчивое развитие территории, опосредует возможность оспаривания градостроительных решений, принимаемых органами публичной власти⁵⁸. Следовательно, отсутствуют основания для ограничения субъектного состава лиц, уполномоченных обращаться за отменой ДПТ.

С другой стороны, само по себе существование права всех и каждого требовать отмены нормативно-правового акта (ДПТ), принимаемого публичной властью, едва ли совместимо с принципами стабильности регулирования, правовой определенности, предполагающих в том числе возможность предвидеть последствия своего поведения для участников соответствующих правоотношений⁵⁹.

По нашему мнению, такое право по существу аналогично институту *actio popularis*, который направлен на предоставление частным лицам возможности своими действиями осуществлять защиту публичных интересов⁶⁰.

Как отмечает Мартин Кайзер, существование этого института может привести к возникновению ситуаций, когда стороны административного правоотношения не могут быть до конца уверены в том, что административный акт совершенно для них неожиданно не будет «обжалован» третьими лицами⁶¹.

Согласно позиции А. Джагаряна, легальность нормативного правового акта не должна ставиться под сомнение неограниченным кругом лиц, притом по любым основаниям, в том числе связанным лишь с абстрактными предположениями субъективно-оценочного характера о возможных нарушениях, которые может повлечь применение этого акта⁶².

⁵³ Можно даже представить себе ситуацию, когда объект, размещаемый в одном субъекте РФ (например, мусорный полигон радиоактивных отходов), окажет влияния на стоимость объектов недвижимости на территориях прилегающих муниципальных образований в границах другого субъекта.

⁵⁴ Так, согласно п. 20 Постановления Городской управы г. Калуги от 14.06.2019 № 203-п «Об утверждении порядка подготовки и утверждения ДПТ, разрабатываемой на основании решений Городской управы города Калуги, порядка внесения в нее изменений и ее отмены» решение об отмене такой документации может быть принято исключительно по инициативе уполномоченного органа (управления архитектуры, градостроительства и земельных отношений города Калуги).

⁵⁵ См.: определение ВС РФ от 06.09.2018 № 303-КГ18-13853 по делу № А04-1875/2018; апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 30.01.2019 № 45-АПГ18-22.

⁵⁶ Медведев И. Р. Право на город. Закон. 2015. № 6. С. 181–195.

⁵⁷ См.: ст. 39, 42 Конституции РФ.

⁵⁸ См.: апелляционное определение Судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 10.01.2018 № 78-АПГ17-20.

⁵⁹ См., напр.: Постановление КС РФ от 17.10.2017 № 24-П.

⁶⁰ См., напр.: [Электронный ресурс]. URL: http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/mop5/Documents/Category_II_documents/ECE.MP.PP.2014.5_rus.pdf (дата обращения: 13.03.2020).

⁶¹ См.: [Электронный ресурс]. URL: https://dpp.mpil.de/05_2016/05_2016_105_210.pdf (дата обращения: 14.03.2020).

⁶² Джагарян А. А. Право на оспаривание нормативного акта как неотъемлемый способ судебной защиты: проблемы регулирования и реализации в административном судопроизводстве. Вестник гражданского процесса. 2019. № 3. С. 263–287.

Учитывая изложенное, полагаем, что для нашей страны, градостроительная деятельность на территории которой долгое время осуществлялась не в условиях правового регулирования, а в рамках действия механизмов административно-точечного принятия градостроительных решений⁶³, наилучшим был бы компромиссный вариант определения субъектного состава лиц, уполномоченных обращаться за отменой ППТ.

Иными словами, иметь возможность ходатайствовать об отмене ДПТ должны любые физические (юридические) лица, но они должны доказать наличие своего законного интереса в осуществлении такой отмены⁶⁴.

Обратим внимание также на то, что Проект в составе перечня лиц, уполномоченных требовать отмены ДПТ (инициаторов), выделяет в том числе физических или юридических лиц, заинтересованных в строительстве, реконструкции объекта федерального значения или межрегионального объекта капитального строительства. При этом механизмы определения наличия соответствующей заинтересованности в Проекте отсутствуют.

Полагаем, что о наличии такой заинтересованности может свидетельствовать, например, факт наличия соответствующего объекта, предусмотренного ДПТ, в инвестиционной программе субъекта естественной монополии, планирующего создание такого объекта.

Согласно нашей позиции, целесообразным является издание методических рекомендаций или писем Минстроя РФ, разъясняющих перечень обстоятельств, которые могут свидетельствовать о наличии у физических или юридических лиц законного интереса в отмене ДПТ.

Применение этого подхода позволяет обеспечить необходимый уровень гарантий участия заинтересованных лиц в определении перспектив пространственного развития территории⁶⁵, что представляется особенно важным в условиях отсутствия развитой системы публичного права, обеспечивающей должный уровень защиты прав частных лиц, а также предполагает наличие «заградительного барьера» от явных злоупотреблений.

5. О необходимости проведения публичных слушаний (общественных обсуждений) при отмене ДПТ

В целях соблюдения права человека на благоприятные условия жизнедеятельности, прав и законных интересов правообладателей земельных участков и объектов капитального строительства ГрК РФ предусматривает проведение публичных слушаний (общественных обсуждений) при подготовке ДПТ⁶⁶.

Подробно не останавливаясь на разграничении этих институтов, обратим внимание на присутствие им общие недостатки.

Так, ч. 2 ст. 5.1 ГрК РФ существенно ограничивает потенциальный круг участников публичных слушаний⁶⁷ в отношении ДПТ гражданами, постоянно проживающими на территории, в отношении которой подготовлена такая документация, правообладателями находящихся в границах этой территории земельных участков и (или) расположенных на них объектов капитального строительства, а также правообладателями помещений, являющихся частью указанных объектов капитального строительства. Как отмечает И. Р. Медведев, очевидно, что определенные проекты влияют не только на фрагмент городской земли, ограниченный заданием на проектирование, но и на сформировавшуюся среду района в целом, что затронет большее число лиц, чем это предусмотрено ГрК РФ^{68, 69}.

Таким образом, на уровне действующего регулирования существует тенденция к ограничению субъектного состава участников публичных слушаний. ГрК РФ не содержит положений, предписывающих обязательное проведение публичных слушаний при отмене ППТ.

⁶³ См.: Градорегулирование. Основы регулирования градостроительной деятельности в условиях становления рынка недвижимости / под ред. Э. К. Трутнева. М., 2008. С. 110.

⁶⁴ Зарубежные правовые порядки определяют данный вариант как *quasi actio popularis*. См.: [Электронный ресурс]. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU\(2011\)018-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2011)018-rus) (дата обращения: 17.03.2020).

⁶⁵ В соответствии с таким принципом осуществления градостроительной деятельности, как участие граждан и их объединений в осуществлении градостроительной деятельности, требует обеспечения свободы такого участия (ч. 5 ст. 2 ГрК РФ).

⁶⁶ Ч. 1. ст. 5.1 ГрК РФ, ч. 13.1 ст. 45 ГрК РФ, ч. 5 ст. 46 ГрК РФ.

⁶⁷ Используя в дальнейшем термин «публичные слушания», будем иметь в виду как непосредственно публичные слушания, так и общественные обсуждения.

⁶⁸ Медведев И. Р. Общественные обсуждения градостроительных проектов в свете Закона № 455-ФЗ. Закон. 2018. № 3. С. 126–137.

⁶⁹ Например, уже приводимый нами пример со строительством мусорного завода.

Полагаем, что вопрос о необходимости их проведения может быть разрешен субъектами РФ (муниципальными образованиями), в рамках принятия порядка отмены ДПТ, утверждаемого в соответствии с ч. 18, 19 ст. 45 ГрК РФ. При определении такой необходимости должны быть приняты во внимание следующие обстоятельства.

В судебной практике была сформулирована позиция о направленности процедуры публичных слушаний на обеспечение комплексного учета интересов населения, соблюдение права человека на благоприятные условия жизнедеятельности, прав и законных интересов правообладателей земельных участков и объектов капитального строительства⁷⁰.

Соответственно, ситуация, при которой лица, дававшие свои предложения на публичных слушаниях в рамках подготовки ДПТ, лишаются возможности высказать свое мнение относительно отмены такой документации, противоречит целевому назначению этого института.

Также необходимо учитывать, что отменяемая ДПТ может содержать в себе планировочные решения, в отношении реализации которых у населения сложились определенные правомерные ожидания⁷¹.

Полагаем, что в таком случае публичная власть обязана в рамках открытой и прозрачной процедуры публичных слушаний разъяснить гражданам мотивы, которыми она руководствовалась при отмене соответствующей документации⁷², а граждане должны иметь возможность задать представителям публичной власти вопросы относительно планов по дальнейшему использованию территории.

С учетом изложенного полагаем, что уместным было бы появление на уровне разъяснений Минстроя России методических рекомендаций, предписывающих субъектам РФ (муниципальным образованиям) проводить публичные слушания при отмене ДПТ.

6. Основные выводы

По результатам написания статьи могут быть сделаны следующие основные выводы.

1. Институт отмены ДПТ, несомненно, является необходимым для целей реализации градостроительной деятельности, способствуя как повышению комфортности городской среды, так и сокращению сроков реализации крупных инфраструктурных проектов.
2. Отмена ДПТ и признание не подлежащими применению ее отдельных частей влекут одинаковые юридические последствия, различаясь лишь процедурно.
3. Ввиду наличия в российском административном праве фундаментальных проблем возникает катастрофическая ситуация, когда органы публичной власти могут отменить ДПТ без всяких на то ограничений. При этом совершенно не учитывается необходимость соблюдения принципа поддержания доверия граждан и юридических лиц к действиям государства.
4. В части определения субъектного состава лиц, уполномоченных требовать отмены ДПТ, наиболее оптимальным является подход, предполагающий, что ходатайствовать о такой отмене могут все заинтересованные лица, которые докажут наличие у себя законного интереса в такой отмене.
5. В действующем законодательстве существует неопределенность относительно необходимости проведения публичных слушаний при отмене ДПТ. Полагаем, что они должны проводиться с учетом их направленности на обеспечение интересов населения в процессе осуществления градостроительной деятельности.

В заключение обратим внимание на то, что само по себе введение в законодательство института отмены ДПТ ярко демонстрирует необходимость совершенствования системы публичного права в РФ.

До установления «общих правил игры», регламентирующих взаимоотношения между публичной властью и частными лицами, существует значительный риск того, что институты отраслевого законодательства (такие как отмена ППТ) будут применяться вопреки целям их введения в систему правового регулирования.

⁷⁰ См.: обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с изменением вида разрешенного использования земельного участка (утв. Президиумом ВС РФ 14.11.2018).

⁷¹ Так, представим себе ситуацию, когда ДПТ предполагает размещение объектов социальной инфраструктуры.

⁷² Например, что отмена такой документации не связана с отказом от выполнения обязательств по созданию инфраструктурных объектов, а обеспечивает формирование комфортной городской среды посредством увеличения емкости объектов социальной инфраструктуры.

Литература

1. Бриеде Я. Отмена административного акта с учетом судебной практики Верховного суда Латвии. Ежегодник публичного права — 2014. Административное право: сравнительно-правовые подходы. М. : Инфотропик Медиа. 2014. С. 419–427.
2. Градорегулирование: основы регулирования градостроительной деятельности в условиях становления рынка недвижимости / под ред. Э. К. Трутнева. М., 2008. 296 с.
3. Джагарян А. А. Право на оспаривание нормативного акта как неотъемлемый способ судебной защиты: проблемы регулирования и реализации в административном судопроизводстве // Вестник гражданского процесса. 2019. № 3. С. 263–287.
4. Жаркова О. А. Предоставление земельного участка для целей строительства и документация по планировке территории // Закон. 2013. № 5. С. 65–72.
5. Иванов А. А. Проблемы публичного права России: взгляд со стороны // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 2. С. 46–59.
6. Кирсанов А. Р. «Недоустановленные» санитарно-защитные зоны, или О правовых основаниях и последствиях включения в правила землепользования и застройки ориентировочных и расчетных санитарно-защитных зон // Имущественные отношения в РФ. 2019. № 7. С. 83–89.
7. Медведев И. Р. Общественные обсуждения градостроительных проектов в свете Закона № 455-ФЗ // Закон. 2018. № 3. С. 126–137.
8. Медведев И. Р. Право на город // Закон. 2015. № 6. С. 181–195.
9. Румянцев М. Б. Отмена правовых норм в законодательном процессе РФ как правотворческое решение // Государственная власть и местное самоуправление. 2018. № 11. С. 37–41.

References

1. Briede Ya. Cancellation of the Administrative Act, Subject to Latvian Supreme Court Case Law [Otmena administrativnogo akta s uchetom sudebnoj praktiki Verhovnogo suda Latvii]. Yearbook of Public Law Administrative Law. Comparative Law Approaches: Collection of Essays [Ezhegodnik publichnogo prava Administrativnoe pravo: sravnitel'no-pravovye podhody]. Moscow, Infotropic Media, 2014. P. 419–427.
2. Town Regulation: Basics of Regulation of Urban Development in the Conditions of the Real Estate Market Formation [Gрадoregulirovanie: osnovy regulirovaniya gradostroitel'noy deyatelnosti vusloviyah stanovleniya rynka nedvizhimosti] / Trutnev E. K. (ed.). Moscow, 2008. 296 p.
3. Zhagaryan A. A. The Right to Challenge a Normative Act as an Integral Method of Judicial Protection: Problems of Regulation and Implementation in Administrative Proceedings [Pravo na osparivanie normativnogo akta kak neot'emlemyj sposob sudebnoj zashchity: problemy regulirovaniya i realizacii v administrativnom sudoproizvodstve] // The Herald of Civil Procedure [Vestnik grazhdanskogo processa]. 2019. № 3. P. 263–287.
4. Zharkova O. A. Provision of Land for Construction Purposes and Documentation on the Planning of the Territory [Predostavlenie zemel'nogo uchastka dlya celej stroitel'stva i dokumentaciya po planirovke territorii] // Statute [Zakon]. 2013. № 5. P. 65–72.
5. Ivanov A. A. Problems of the Russian Public Law: View from the Outside [Problemy publichnogo prava Rossii: vzglyad so storony] // The Herald of Economic Justice [Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii]. 2017. № 2. P. 46–59.
6. Kirsanov A. R. "Undetermined" Sanitary Protection Zones, or On Legal Grounds and Consequences of Inclusion of Indicative and Estimated Sanitary Protection Zones in Land Use and Construction Rules ["Nedoustanovlennyye" sanitarno-zashchitnye zony, ili O pravovykh osnovaniyakh i posledstviyakh vklucheniya v pravila zemlepol'zovaniya i zastrojki orientirovochnykh i raschetnykh sanitarno-zashchitnykh zon] // Property Relations in the Russian Federation [Imushchestvennyye otnosheniya v Rossijskoj Federacii]. 2019. № 7. P. 83–89.
7. Medvedev I. R. Public Discussions of Urban Development Projects in the Light of Law № 455-FZ [Obshchestvennyye obsuzhdeniya gradostroitel'nykh proektov v svete Zakona № 455-FZ] // Statute [Zakon]. 2018. № 3. P. 126–137.
8. Medvedev I. R. Right to the City [Pravo na gorod] // Statute [Zakon]. 2015. № 6. P. 181–195.
9. Rumyantsev M. B. Abolition of Legal Norms in Legislative Process of the Russian Federation as a Law-making Decision [Otmena pravovykh norm v zakonodatel'nom processe RF kak pravotvorcheskoe reshenie] // State Power and Local Self-government [Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie]. 2018. № 11. P. 37–41.

Обеспечение реализации принципа гендерного равноправия де-юре и де-факто: опыт стран Европейского союза

Кашина Марина Александровна

профессор кафедры социальных технологий СЗИУ РАНХиГС, доктор политических наук, доцент, Северо-Западный институт управления РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация; kashina-ma@ranepa.ru

Пяхкель Анна Андреевна

магистрантка по направлению подготовки «Юриспруденция», профиль «Международное публичное право, европейское право», Северо-Западный институт управления РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация; anna.piakhkel@gmail.com

АННОТАЦИЯ

Достижение равенства прав и возможностей мужчин и женщин — составная часть обеспечения прав человека. Международный рейтинг гендерного разрыва, рассчитываемый Всемирным экономическим форумом, показывает, что существует очень большая разница в его сокращении в разных странах мира. Наилучших результатов в этой области достигли страны Европейского союза. Это свидетельствует об эффективности применяемых ими мер по борьбе с гендерной дискриминацией. Проведенный анализ показал, что страны — лидеры сокращения гендерного разрыва рассматривают гендерное равноправие не только как конституционный принцип, но и включают его в отраслевое законодательство, требуют разработки и реализации планов по борьбе с гендерной дискриминацией от всех организаций с численность свыше 25 (30) чел. В этих странах создан эффективный механизм контроля обеспечения принципа гендерного равноправия, включающий в себя меры административного воздействия, а в ряде стран и уголовного преследования. *Ключевые слова:* гендерный мейнстриминг, гендерный разрыв, гендерная дискриминация, Европейский институт по вопросам гендерного равенства, омбудсмен, позитивная дискриминация, права человека, Северная Европа

Ensuring the Implementation of the Principle of Gender Equality De Jure and De Facto: the Experience of the Countries of the European Union

Marina A. Kashina

North-West Institute of Management under the Presidential Academy (RANEPA); kashina-ma@ranepa.ru

Anna A. Pyakhkel

North-West Institute of Management under the Presidential Academy (RANEPA); anna.piakhkel@gmail.com

ABSTRACT

Achieving equal rights and opportunities for men and women is an integral part of ensuring human rights. The international ranking of the gender gap calculated by the World Economic Forum shows that there is a very big difference in its reduction in different countries of the world. The European Union has achieved the best results. This indicates the effectiveness of its measures to overcome gender discrimination. The analysis showed that the countries-leaders consider gender equality not only as a constitutional principle, but also include it in national legislation. They require the development and implementation of plans to overcome the gender discrimination from all organizations with more than 25 (30) people. An effective mechanism has been created to control ensuring the principle of gender equality in these countries. It includes administrative measures, and criminal prosecution in some countries.

Keywords: Gender mainstreaming, gender gap, gender discrimination, European Institute for Gender Equality, Ombudsman, positive discrimination, human rights, Northern Europe

Введение

В ст. 2 Всеобщей декларации прав человека говорится, что «каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения»¹. Права человека отражают ценности и этические критерии, на которых основана система правосудия, служат основой защиты граждан от дискриминации. Существуют три поколения прав человека: к первому относятся гражданские и политические права, ко второму — социально-экономические, к третьему — коллективные права или права солидарности.

Принцип гендерного равноправия входит в третье поколение прав человека, которое обеспечивает равные права всех социальных слоев населения, будь это дети, женщины, инвалиды, люди

¹ Всеобщая декларация прав человека [Электронный ресурс]. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml (дата обращения: 28.03.2020).

преклонного возраста или другие категории граждан. Принцип гендерного равноправия состоит в том, что женщины и мужчины являются независимыми (свободными) и равными субъектами права, в том числе обладают известной и равной автономией воли в случае своего участия в социальных связях и отношениях, реализации своих прав и законных интересов. Этот принцип является составной частью системы принципов соблюдения прав и свобод человека и гражданина. Данная проблематика хорошо исследована в отечественной литературе². Одной из первых работ, заложивших фундамент дальнейших исследований, стала работа С. Полениной, в которой обосновывается концепция прав человека-женщины³.

В XXI в. гендерное равноправие становится одним из ключевых критериев, по которому можно судить о степени развития институтов демократии и гражданского общества в той или иной стране. На национальном уровне современные демократические государства считают равенство и свободу женщин и мужчин базовыми социальными ценностями и гарантируют их соблюдение конституциями и другими правовыми документами⁴. Интеграция гендерной перспективы в политику (государственную и корпоративную) (гендерный мейнстриминг) означает, что равноправие между женщинами и мужчинами как всеобъемлющий принцип должно приниматься во внимание во всех решениях на каждом этапе процесса разработки политики всеми вовлеченными сторонами. При этом под политическим процессом понимается многоэтапный цикл, включающий определение, планирование, реализацию и проверку (мониторинг и оценку). Во многих случаях эти этапы соединяются в цикл, который повторяется по мере возникновения изменений. Путем оценивания политики можно выявить новые проблемы, которые необходимо решить с помощью корректировки действующих программ⁵.

Таким образом, можно констатировать, что принцип гендерного равноправия, являясь неотъемлемой частью концепции прав человека третьего поколения, нашел свое отражение как в научной литературе, так и в политической повестке демократических стран. Однако признание де-юре не означает автоматического выполнения де-факто. Требуется анализ реальной практики обеспечения реализации принципа гендерного равноправия в национальном законодательстве, а также оценка эффективности действия этой правовой нормы в обществе. Наибольший интерес в этом отношении представляет опыт европейских стран, проводящих политику обеспечения гендерного равноправия с последней четверти XX в. и добившихся в этом заметных успехов. Изучению и оценке данного опыта посвящена наша статья.

Цель исследования — анализ практики обеспечения реализации принципа гендерного равноправия в законодательстве стран Европейского союза. Особое внимание будет уделено исследованию законодательства Исландии, Швеции, Норвегии и Финляндии, потому что эти страны достигли наилучших результатов в преодолении гендерного разрыва (gender gap)⁶ в обществе.

Методы исследования: сравнительно-правовой метод, контент-анализ нормативных правовых актов, анализ вторичных источников по теме исследования.

Гипотеза исследования. Международные требования реализации принципа гендерного равноправия являются необходимым, но недостаточным условием существенного сокращения гендерного разрыва в стране.

Результаты исследования

Как уже отмечалось, принцип гендерного равноправия — одна из составляющих концепции прав человека третьего поколения. В Европе его гарантия институционализирована на наднациональном уровне. Стандарты и механизмы обеспечения гендерного равноправия Совета Европы включают

² См., например: Алексеева О. Н. История становления и развития основных прав и свобод человека // Colloquium-journal. 2018. №10 (21) С. 5–9; Максимов А. А. Положение гендерного равноправия в системе принципов правового статуса личности в России // Проблемы права. 2012. № 5. С. 29–32; Олейник Н. Н., Олейник А. Н. Историческое развитие поколений «Прав человека» // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия «Философия. Социология. Право». 2015. Т. 33. № 14 (211). С. 120–128; Шабайлов Д. В. Принцип равноправия в контексте принципов равенства и справедливости // Проблемы управления. 2013. № 2 (47). С. 147–152.

³ См.: Поленина С. В. Права женщин в системе прав человека: международный и национальный аспект. М.: Ин-т государства и права РАН, 2000. 255 с.

⁴ Воронина О. А. Феминизм и гендерное равенство. М.: Едиториал УРСС, 2004. С. 34.

⁵ What is gender mainstreaming [Электронный ресурс]. URL: <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming> (дата обращения: 28.03.2020).

⁶ Гендерный разрыв — различия между мужчинами и женщинами в том отношении, что они получают разную пользу (выгоду) от образования, занятости, услуг и т. д. // Гендерный глоссарий [Электронный ресурс]. URL: http://www.policy.hu/khassanova/glossary_rus.htm (дата обращения: 28.03.2020).

в себя деятельность ряда органов и организаций, а также достаточно большое количество обязательных и рекомендательных документов, число которых постоянно растёт.

Европейский институт по вопросам гендерного равенства (European Institute for Gender Equality⁷, далее — EIGE) является автономным органом Европейского союза, созданным специально для проведения политики обеспечения реализации принципа гендерного равноправия. Это подразумевает учет гендерной проблематики во всех стратегиях ЕС и вытекающих из них национальных политик, борьбу с дискриминацией по признаку пола во всех сферах жизни, а также повышение осведомленности граждан ЕС о гендерном равенстве. EIGE собирает, анализирует, обрабатывает и распространяет данные и информацию по вопросам гендерного равенства, делая их сопоставимыми, надежными и актуальными для всех заинтересованных лиц.

Как автономный орган, EIGE действует в рамках политики и инициатив Европейского союза. Европейский парламент и Совет Европейского союза отдели ему центральную роль в решении гендерных проблем и поощрении равенства между женщинами и мужчинами во всем Европейском союзе. EIGE предоставляет экспертные знания Европейской комиссии, Европейскому парламенту, государствам — членам ЕС. Это способствует большей обоснованности политики продвижения гендерного равенства в Европе.

Одним из условий вступления в Европейский союз является признание принципа гендерного равноправия и его закрепление в национальном законодательстве. Помимо самого закона, должен быть определен орган (должностное лицо), отвечающий за его реализацию на практике. При этом к нарушителям закона могут быть применены различного рода санкции, что превращает эту правовую норму из пожелания в реальный инструмент контроля обеспечения равенства прав женщин и мужчин в обществе. Каждая из стран ЕС решает данную задачу по-своему, исходя из особенностей своей политической системы и законодательной базы. В зависимости от уровня признания значимости стремления к гендерному равноправию на государственном уровне выстраиваются различные Национальные механизмы по улучшению положения женщин и проведению политики достижения гендерного равенства⁸.

Существует и специализированное гендерное законодательство. Например, в Дании приняты Закон о гендерном равенстве (консолидированный) 2007 г.⁹, Закон об обеспечении материнства на частном рынке труда 2006 г.¹⁰, консолидированный Закон по вопросам равного обращения с мужчинами и женщинами в отношении трудоустройства и материнского отпуска 2006 г.¹¹, консолидированный Закон о равной оплате мужчинам и женщинам 2008 г.¹² В Швеции приняты Закон об абортах (в редакции 2005 г.)¹³, Закон об омбудсмене по вопросам равенства 2008 г.¹⁴, Закон о дискриминации (в редакции 2012 г.)¹⁵. С 1999 г. покупка сексуальных услуг считается преступлением. «За время действия закона уличная проституция в Швеции сократилась вдвое, доля мужчин, покупавших сексуальные услуги, упала почти на треть, до 8%. С 2009 г. аналогичное законодательство действует в Исландии и Норвегии, а в 2016 г. за переход к шведской модели проголосовал французский парламент»¹⁶.

В Австрии действуют Федеральный закон, касающийся Комиссии по равному обращению и поверенных по равному обращению (в редакции 2013 г.), Закон об отцовском отпуске (в редакции

⁷ Официальный сайт EIGE [Электронный ресурс]. URL: <https://eige.europa.eu> (дата обращения: 28.03.2020).

⁸ Подробнее о Национальных механизмах см.: Гендерное равенство в современном мире: роль национальных механизмов / отв. ред. и сост. О. А. Воронина. М.: Макс Пресс, 2008. 772 с.

⁹ Lov om ligestilling af kvinder og mænd LBK nr 1095 af 19/09/2007 / Закон о гендерном равенстве [Электронный ресурс]. URL: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2007/1095> (дата обращения: 25.04.2020).

¹⁰ Lov om barseludligning på det private arbejdsmarked (barseludligningsloven) LOV nr 417 af 08/05/2006 / Закон об уравнивании материнства на частном рынке труда (Закон о материнстве) [Электронный ресурс]. URL: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2006/417> (дата обращения: 25.04.2020).

¹¹ Lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. LOV nr 240 af 27/03/2006 / Закон о внесении изменений в закон о запрещении дискриминации на рынке труда и др. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2006/240> (дата обращения: 25.04.2020).

¹² Lov om lige løn til mænd og kvinder LBK nr 899 af 05/09/2008 / Закон о равной оплате труда мужчин и женщин [Электронный ресурс]. URL: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2008/899> (дата обращения: 25.04.2020).

¹³ Abortlag (1974:595) / Закон об абортах (1974:595) [Электронный ресурс]. URL: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/abortlag-1974595_sfs-1974-595 (дата обращения 25.04.2020)

¹⁴ Lagen om DO / Закон DO Швеции [Электронный ресурс]. URL: <https://www.do.se/lag-och-ratt/lagen-om-do/> (дата обращения: 25.04.2020).

¹⁵ Закон о дискриминации Швеции (Diskrimineringslagen 2008:567) [Электронный ресурс]. URL: <https://www.do.se/lag-och-ratt/diskrimineringslagen/> (дата обращения: 25.04.2020).

¹⁶ См. Добровидова О. М = Ж, или Равноправие по-шведски [Электронный ресурс]. URL: <https://ru.sweden.se/ljudi/m-zh-ili-ravnopravie-po-shvedski/> (дата обращения: 01.04.2020).

2015 г.)¹⁷, Закон о защите материнства (в редакции 2015 г.)¹⁸. В других странах также принимаются специальные законы об обеспечении гендерного равенства¹⁹.

В таблице 1²⁰ представлены национальные формулировки принципа гендерного равноправия в конституциях стран, входящих в Европейский союз, а также обозначены органы (должностные лица), отвечающие за его исполнение.

Как показывает анализ данных таблицы 1, существует множество вариантов формулировки принципа гендерного равноправия и организации контроля за его соблюдением. Общим является уровень закрепления этого принципа — конституционный, а также существование на национальном уровне контролирующих органов. Это может быть министерство (Исландия, Норвегия), специальный институт (Бельгия, Испания, Нидерланды), федеральное агентство (Германия), комиссия (Болгария, Ирландия, Мальта, Португалия), управление (Венгрия), центр (Люксембург, Словакия), отдел (Латвия) или совет (Дания, Румыния, Чехия). Наиболее распространенным вариантом является существование национального омбудсмана / контролера / защитника по равным правам женщин и мужчин, министра или советника по вопросам равенства (Австрия, Венгрия, Греция, Дания, Италия, Кипр, Литва, Польша, Словения, Франция, Хорватия, Эстония). В ряде случаев одновременно существует коллегиальный контролирующий орган и должностное лицо.

Необходимо отметить, что некоторые проблемы европейской интеграции являются одновременно и проблемами обеспечения гендерного равенства. Например, низкая трудовая занятость среди определенных групп иммигрантов-женщин. Многие приезжают из стран, где мужчины и женщины имеют четкие и различные роли и задачи в семье и на рынке труда. В некоторых странах исхода мигрантов женщины менее образованы, чем мужчины. Опыт и отношение некоторых иммигрантов к гендерному равенству подвергаются серьезному испытанию в европейском обществе, которое не может смириться с тем, что некоторые люди не пользуются теми же правами и возможностями, что и другие. Проблемы встречаются в сферах воспитания и образования; работы и бизнеса; здоровья и защиты от насилия и жестокого обращения. Это области, которые имеют большое значение для развития общества и для благосостояния человека, поэтому они находятся в зоне особого внимания европейских государств.

Принимая во внимание все многообразие способов обеспечения реализации принципа гендерного равноправия в Европейском союзе, возникает вопрос об эффективности работы национальных органов защиты от дискриминации по признаку пола, об оценке успехов отдельных стран в обеспечении равенства прав и возможностей своих граждан — женщин и мужчин.

Следует помнить, что сокращение гендерного неравенства имеет значение не только с позиций демократии и защиты прав человека, оно также выступает условием процветания экономики и общества. Обеспечение полного развития и надлежащего развертывания половины мирового кадрового резерва, которым являются женщины, оказывает огромное влияние на рост, конкурентоспособность и развитие будущих экономик и предприятий во всем мире. Учитывая это, международные организации разработали ряд индикаторов оценки уровня гендерного неравенства в обществе, самым известным из которых является «Глобальный индекс гендерного разрыва» (Global Gender Gap). Он впервые был представлен Всемирным экономическим форумом в 2006 г. в качестве основы для определения масштабов гендерных различий и отслеживания прогресса их преодоления во времени.

Индекс сопоставляет национальные гендерные различия по экономическим, образовательным, медицинским и политическим критериям и строит рейтинг стран, который позволяет проводить эффективные сравнения по регионам и группам доходов. Рейтинги составлены таким образом, чтобы обеспечить глобальную осведомленность о проблемах, возникающих в связи с гендерными различиями, и возможностях, создаваемых путем их сокращения. Методология и количественный анализ рейтинга призваны служить основой для разработки эффективных мер по сокращению гендерного разрыва. Последний доклад датирован 2020 г., в нем представлена информация по 153 странам²¹.

¹⁷ Federal Act establishing parental leave for fathers (Paternity Leave Act — VKG) / Федеральный закон об установлении родительского отпуска для отцов (Закон об отпуске по отцовству — VKG) № 162/2015 [Электронный ресурс]. URL: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erw/ERV_1989_651/ERV_1989_651.html (дата обращения: 25.04.2020).

¹⁸ Maternity Protection Act 1979 — MSchG / Закон об охране материнства 1979 г. [Электронный ресурс]. URL: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erw/ERV_1979_221/ERV_1979_221.html (дата обращения: 25.04.2020).

¹⁹ Подробнее см.: A comparative analysis of gender equality law in Europe. Brussels: European Commission, 2016 [Электронный ресурс]. URL: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=52837 (дата обращения: 29.03.2020).

²⁰ При составлении таблицы были использованы материалы источников № 2, 6, 7, 11, 12 и данные официальных сайтов стран — членов ЕС, размещенные в сети Интернет.

²¹ Подробнее см. Доклад Международного экономического форума Global Gender Gap Report 2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2020> (дата обращения: 28.03.2020).

**Национальные особенности реализации принципа гендерного равноправия
в государствах — членах ЕС**

Страна	Формулировка гарантий прав человека, в т. ч. обеспечения принципа гендерного равноправия, в конституции страны	Обязательства (действия) страны по предотвращению дискриминации, в том числе по признаку пола	Орган (должностное лицо), ответственный за реализацию принципа гендерного равноправия в стране
1	2	3	4
Австрия* ¹	Все граждане Федерации равны перед законом. Привилегии в зависимости от происхождения, пола, положения, классовой принадлежности и вероисповедания исключаются	Допустимы меры по поощрению фактического равенства женщин с мужчинами, в частности, путем устранения фактически существующих неравенств	Омбудсмен за равное обращение
Бельгия* ²	В государстве не существует никаких сословных различий; бельгийцы равны перед законом; пользование правами и свободами, признанными за бельгийцами, должно быть обеспечено без дискриминации	Закон предписывает меры, призванные предотвратить дискриминацию по идеологическим и философским основаниям	Институт по вопросам равенства женщин и мужчин
Болгария* ³	Все граждане равны перед законом. Не допускаются никакие ограничения в правах или привилегиях на основании расы, национальности, этнической принадлежности, пола, происхождения, религии, образования, убеждений, политической принадлежности, личного общественного положения или имущественного состояния	Основными целями внешней политики Республики Болгарии являются национальная безопасность и независимость страны, благоденствие и основные права и свободы болгарских граждан, а также содействие установлению справедливого международного порядка	Комиссия по защите от дискриминации
Венгрия* ⁴	Венгерская Республика обеспечивает равноправие мужчин и женщин в отношении всех гражданских и политических, а также экономических, социальных и культурных прав.	Венгерская Республика способствует осуществлению равноправия и мероприятиями, имеющими целью устранение неравенства шансов, которыми обладают граждане при реализации своих прав	Управление по вопросам равного обращения; Уполномоченный по основным правам
Германия* ⁵	Все люди равны перед законом. Мужчины и женщины равноправны	Государство способствует действительному осуществлению равноправия мужчин и женщин и содействует устранению возникающих вредных последствий его нарушения	Федеральное антидискриминационное агентство
Греция* ⁶	Греки равны перед законом. Греки и гречанки имеют равные права и обязанности	Принятие позитивных мер по поощрению равенства между мужчинами и женщинами не является дискриминацией по признаку пола. Государство принимает меры для устранения существующего неравенства, в частности, в ущерб женщинам	Греческий омбудсмен

1	2	3	4
Дания* ⁷	Свобода личности неприкосновенна. Ни один подданный Дании не может быть каким-либо образом лишен свободы на основании его политических или религиозных убеждений, а также происхождения	Государственные органы должны в рамках своего портфеля добиваться гендерного равенства и учитывать гендерное равенство во всем планировании и управлении (актуализация)	Совет по гендерному равенству, министр по вопросам гендерного равенства
Ирландия* ⁸	Все граждане, как человеческие существа, должны быть равны перед законом. Это не должно означать, что государство не обязано в своих правовых предписаниях надлежащим образом учитывать различия в способности, физической или моральной, и в социальной функции	Государство должно, в частности, своими законами, насколько возможно, охранять от несправедливых нападения, а в случае, если такая несправедливость совершена — защищать жизнь, личность, доброе имя и имущественные права каждого гражданина	Ирландская комиссия по правам человека и равенству
Исландия* ⁹	Все равны перед законом и обладают правами человека независимо от пола, вероисповедания, убеждений, национальности, расы, цвета кожи, финансового положения, происхождения и других факторов. Мужчины и женщины пользуются равными правами во всех сферах	Муниципальные советы после муниципальных выборов назначают комитеты по равенству, которые обсуждают равный статус и равные права женщин и мужчин в соответствующем муниципалитете. Комитеты должны консультировать местные органы власти по вопросам, касающимся гендерного равенства, а также осуществлять мониторинг и инициировать меры, включая конкретные меры, для обеспечения равного статуса и равных прав женщин и мужчин в соответствующем муниципалитете	Министерство социального обеспечения
Испания* ¹⁰	Все испанцы равны перед законом, и не допускается какая-либо дискриминация по рождению, расе, полу, вероисповеданию, взглядам или по любым другим личным или социальным основаниям	Органы публичной власти обеспечивают условия, при которых свобода и равенство индивидов и их групп становятся действительными и эффективными, а также устраняют все препятствия на пути их полного развития и способствуют участию всех граждан в политической, экономической, культурной и социальной жизни	Институт женщин и равных возможностей
Италия* ¹¹	Все граждане имеют одинаковое общественное достоинство и равны перед законом без различия пола, расы, языка, религий, политических убеждений, личного и социального положения	Задача Республики — устранять препятствия экономического и социального порядка, которые, фактически ограничивая свободу и равенство граждан, мешают полному развитию человеческой личности и эффективному участию всех трудящихся в политической, экономической и социальной организации страны	Национальный советник по вопросам равенства

1	2	3	4
Кипр* ¹²	Все без исключения равны перед законом, административными властями и правосудием, имея право пользоваться равной защитой и равноправным к ним отношением	Каждый пользуется всеми правами и свободами, предусмотренными Конституцией, без какого-либо ущемления в правах, косвенного или прямого, в связи с его общинной принадлежностью, национальностью, цветом кожи, религией, языком, полом, политическими и другими убеждениями, национальным и общественным происхождением, местом рождения, состоянием, общественной принадлежностью или любой другой причиной, за исключением лишь случая, если положением Конституции категорически определяется обратное	Уполномоченный по административным вопросам и правам человека (омбудсмен)
Латвия* ¹³	Все люди в Латвии равны перед законом и судом. Права человека реализуются без какой-либо дискриминации	Государство признает и защищает основные права человека согласно настоящей Конституции, законам и обязывающим Латвию международным договорам	Отдел общественной интеграции и гендерного равенства
Литва* ¹⁴	Обеспечить осуществление закрепленных в Конституции Литовской Республики равных прав женщин и мужчин, а также запретить любую дискриминацию лица по половому признаку, особенно когда это связано с семейным или брачным положением	Государственные органы предусматривают в документах стратегического планирования меры, предназначенные для обеспечения равных возможностей женщин и мужчин. Органы самоуправления меры, предназначенные для обеспечения равных возможностей женщин и мужчин, предусматривают в стратегическом плане развития самоуправления и (или) в стратегическом плане деятельности самоуправления	Контролер по равным возможностям
Люксембург* ¹⁵	Женщины и мужчины равны перед законом	Государство заботится об активном содействии в устранении препятствий, которые могут существовать в вопросах равенства между женщинами и мужчинами	Центр равного обращения
Мальта* ¹⁶	Никакое лицо не должно подвергаться дискриминирующему отношению со стороны любого лица, действующего на основании любого писаного права (written law) или во исполнение функций любого публичного учреждения или любого органа государственной (public) власти	Государство должно содействовать равноправию мужчин и женщин в пользовании всеми экономическими, социальными, культурными, гражданскими и политическими правами и с этой целью должно принимать соответствующие меры для устранения всех форм дискриминации между полами со стороны любого лица, организации или предприятия; государство должно особо стремиться к обеспечению того, чтобы работающие женщины пользовались равными правами и получали равную заработную плату за равный труд с мужчинами	Национальная комиссия по поощрению равенства

1	2	3	4
Нидерланды ^{*17}	Отношение ко всем людям в Нидерландах должно быть равным при равных обстоятельствах. Дискриминация на основании убеждений, вероисповедания, политических взглядов, расы или пола либо каким бы то ни было иным причинам не допускается	Король принимает следующую присягу либо дает следующее обещание на Конституции: «Я клянусь (обещаю), что буду защищать и охранять в меру своих сил независимость и территориальную целостность государства, что буду защищать права и свободы всех и каждого моего подданного, что использую для поддержания и развития благополучия всех и каждого все те полномочия, которыми я наделен по закону, как и надлежит праведному и доброму королю»	Нидерландский институт по правам человека
Норвегия ^{*18}	В обязанности государственных органов входит уважение и охрана прав человека	Дифференцированное обращение, способствующее обеспечению гендерного равенства в соответствии с целью данного закона, не противоречит его сути. Это касается также особых прав, предоставляемых женщинам на основании биологических различий между полами	Министерство по делам детей и равенства
Польша ^{*19}	Женщина и мужчина в Республике Польша имеют равные права в семейной, политической, социальной и экономической жизни	Республика Польша обеспечивает польским гражданам, принадлежащим к национальным и этническим меньшинствам, свободу сохранения и развития собственного языка, сохранения обычаев и традиций, а также развития собственной культуры	Уполномоченный по правам человека
Португалия ^{*20}	Все граждане имеют одинаковое общественное достоинство и равны перед законом	Основными задачами государства являются: способствование повышению благосостояния и качества жизни народа и реальному равенству между португальцами, а также осуществлению экономических, социальных и культурных прав посредством преобразования и модернизации экономических и социальных структур; содействие поддержанию равенства мужчин и женщин	Комиссия по вопросам равенства в труде и занятости; Комиссия по гражданству и гендерному равенству
Румыния ^{*21}	Граждане равны перед законом и публичными властями без привилегий и без дискриминации	Государство должно обеспечить создание условий, необходимых для повышения качества жизни	Национальный совет по борьбе с дискриминацией
Словакия ^{*22}	Люди являются свободными и равными в достоинстве и правах. Основные права и свободы неотъемлемы, неотчуждаемы, не подлежат давности и неотменяемы	Основные права и свободы гарантируются на территории Словацкой Республики всем независимо от пола, расы, цвета кожи, языка, веры и религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, национальности или принадлежности к этнической группе, имущественного положения, рода и других обстоятельств. Никому не может быть причинен ущерб, предоставлены льготы или отказано в них по указанным основаниям	Национальный центр по правам человека

1	2	3	4
Словения ^{*23}	В Словении каждому гарантируются равные права и основные свободы независимо от национальности, расы, пола, языка, вероисповедания, политических или иных убеждений, имущественного положения, происхождения, образования, социального положения или каких-либо иных личных обстоятельств. Все равны перед законом	Закон должен предусматривать меры по поощрению равных возможностей мужчин и женщин в отношении выборов в государственные органы и органы местного самоуправления	Защитник принципа равенства
Франция ^{*24}	Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах. Социальные различия могут быть основаны только на соображениях общей пользы	Для гарантии прав человека и гражданина необходима государственная сила; эта сила учреждается в интересах всех, а не в частных интересах тех, кому она вверена	Защитник прав
Хорватия ^{*25}	Свобода, равенство, национальное равноправие и равноправие полов, миротворчество, социальная справедливость, уважение прав человека, неприкосновенность собственности, охрана природы и окружающей среды, верховенство права и демократическая многопартийная система являются высшими ценностями конституционного строя Республики Хорватии и основанием для толкования Конституции	Уважая волю хорватского народа и всех граждан, решительно выраженную на свободных выборах, Республика Хорватия формируется и развивается как суверенное и демократическое государство, в котором гарантируется и обеспечивается равноправие, свобода, права человека и гражданина, а также осуществляется их экономический и культурный прогресс и социальное благосостояние	Уполномоченный по гендерному равенству
Чехия ^{*26}	Основные права и свободы гарантируются всем независимо от пола, расы, цвета кожи, языка, веры и религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальному или этническому меньшинству, имущественного положения, рода или других обстоятельств	Ратифицированные и обнародованные международные договоры о правах человека и основных свободах, обязательства по которым приняла на себя Чешская Республика, являются непосредственно действующими и имеют преимущество перед внутренним законодательством. Законодательное регулирование всех политических прав и свобод и их толкование и использование должны создавать возможности для свободного соревнования политических сил в демократическом обществе и обеспечивать его защиту	Правительственный совет по вопросам равенств возможностей для женщин и мужчин
Эстония ^{*27}	Перед законом все равны. Никто не может быть подвергнут дискриминации из-за его национальной, расовой принадлежности, цвета кожи, пола, языка, происхождения, вероисповедания, политических или иных убеждений, а также имущественного и социального положения или по другим обстоятельствам	Обеспечение прав и свобод является обязанностью законодательной, исполнительной и судебной властей, а также местных самоуправлений	Уполномоченный по вопросам гендерного равенства и равного обращения

*1 Конституция Австрии [Электронный ресурс]. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=160> (дата обращения: 25.04.2020).

*2 Конституция Бельгии [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/belgium.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).

- *3 Конституция Республики Болгарии [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/bulgaria.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *4 Конституция Венгерской республики [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/hungary.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *5 Конституция Федеративной Республики Германия [Электронный ресурс]. URL: <http://vivovoco.astronet.ru/VV/LAW/BRD.HTM> (дата обращения: 25.04.2020).
- *6 Конституция Греции [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/greece.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *7 Конституция Датского королевства [Электронный ресурс]. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=152> (дата обращения: 25.04.2020).
- *8 Конституция Ирландии [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/ireland/irelnd-r.htm (дата обращения: 25.04.2020).
- *9 Конституция Республики Исландии [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/iceland/icelnd-r.htm (дата обращения: 25.04.2020).
- *10 Конституция Испании [Электронный ресурс]. URL: <http://vivovoco.astronet.ru/VV/LAW/SPAIN.HTM> (дата обращения: 25.04.2020).
- *11 Конституция Итальянской Республики [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/italy.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *12 Конституция Республики Кипр [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/cyprus/cyprus-r.htm (дата обращения: 25.04.2020).
- *13 Конституция Латвийской Республики [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/latvia.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *14 Конституция Литовской Республики [Электронный ресурс]. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=115> (дата обращения: 25.04.2020).
- *15 Конституция Великого герцогства Люксембурга [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/luxembourg.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *16 Конституция Мальты [Электронный ресурс]. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=145> (дата обращения: 25.04.2020).
- *17 Конституция Королевства Нидерландов [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/netherlands.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *18 Конституция Королевства Норвегии [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/norway.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *19 Конституция Республики Польша [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/poland.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *20 Конституция Португальской Республики [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/portugal/portug-r.htm (дата обращения: 25.04.2020).
- *21 Конституция Румынии [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/romania.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *22 Конституция Словацкой Республики [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/slovakia.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *23 Конституция Словении [Электронный ресурс]. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=109> (дата обращения: 25.04.2020).
- *24 Конституция Франции [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/france.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *25 Конституция Республики Хорватии [Электронный ресурс]. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/croatia.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).
- *26 Конституция Чешской Республики [Электронный ресурс]. URL: https://legalns.com/download/books/cons/czech_republic.pdf (дата обращения: 25.04.2020).
- *27 Конституция Эстонской Республики [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/estonia/estoni-r.htm (дата обращения: 25.04.2020).

Сегодня глобальный гендерный разрыв в мире в среднем составляет 68,6%. Это означает, что до гендерного паритета остается еще 31,4%. Позитивно, что за прошедший год 101 из 149 стран улучшили свое положение хотя бы незначительно. В то же время еще ни одна из стран в мире не достигла полного паритета, и только первые пять стран в рейтинге закрыли, как минимум, 80% разрыва. Среди них четыре страны Северной Европы (Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция),

одна страна Латинской Америки (Никарагуа, 5-е место). В таблице 2 представлены региональные различия по экономическим, образовательным, медицинским и политическим критериям. Лидирует Западная Европа, на последнем месте регион Средней Азии и Северной Африки.

Таблица 2

Региональные различия по экономическим, образовательным, медицинским и политическим субиндексам гендерного разрыва²²

Figure 8 Regional performance 2020, by subindex

	Overall Index	Subindexes			
		Economic Participation and Opportunity	Educational Attainment	Health and Survival	Political Empowerment
Western Europe	0.767	0.693	0.993	0.972	0.409
North America	0.729	0.756	1.000	0.975	0.184
Latin American and the Caribbean	0.721	0.642	0.996	0.979	0.269
Eastern Europe and Central Asia	0.715	0.732	0.998	0.979	0.150
East Asia and the Pacific	0.685	0.663	0.976	0.943	0.159
Sub-Saharan Africa	0.680	0.666	0.872	0.972	0.211
South Asia	0.661	0.365	0.943	0.947	0.387
Middle East and North Africa	0.611	0.425	0.950	0.969	0.102
Global average	0.685	0.582	0.957	0.958	0.241

0 ————— 1

В таблице 3 представлены значения индекса гендерного разрыва для лучших стран и тех, кто в 2020 г. этот рейтинг замыкает. В конце списка, ожидаемо, оказались арабские страны. Из 20 лучших — 10 стран, входящих в Европейский союз. Это позволяет говорить, что усилия наднациональных институтов продвижения гендерного равенства не пропали даром. США в рейтинге-2020 заняли 53-ю позицию, РФ — 81-ю, Китай — 106-ю.

Наличие среди лидеров рейтинга африканских, азиатских и латиноамериканских стран свидетельствует, что прямой связи между уровнем развития экономики и гендерным разрывом в обществе не существует. Положение женщин в Никарагуа оказывается лучше, чем в Германии, Великобритании или США. С точки зрения динамики этого индекса также заметна существенная вариация. Именно развивающиеся страны сделали существенный скачок в преодолении гендерного разрыва. Например, Никарагуа за 12 лет наблюдений сократила его на 0,147, а Швеция только на 0,007. Изучение причин этого выходит за рамки данной статьи, поэтому ограничимся только констатацией того факта, что в число стран-лидеров, имеющих наилучшие показатели, всегда входили страны Северной Европы.

Анализ динамики гендерного разрыва в целом показывает, что страны мира очень по-разному, но в целом достаточно медленно его преодолевают. Одной из причин этого выступает различная правовая основа этой деятельности. Очевидно, что это вызвано степенью внимания, которое государство уделяет решению этой проблемы.

Учитывая, что принцип гендерного равноправия является составляющей общей концепции прав человека, необходимо проанализировать лучшие практики его реализации для того, чтобы дать рекомендации по совершенствованию законодательства тех стран, где этот принцип закреплен, но реализуется еще недостаточно.

Лидерами мирового рейтинга гендерного равноправия выступают четыре страны Европейского союза — Исландия, Норвегия, Швеция и Финляндия. Рассмотрим их практику обеспечения реализации принципа равных прав и свобод женщин и мужчин более подробно.

В каждой из этих стран: 1) есть закон о равноправии мужчин и женщин или закон о дискриминации; 2) есть органы, контролирующие соблюдение принципа гендерного равноправия; 3) каждой организацией с численностью сотрудников более 25 (30) чел. разрабатывается и реализуется план по обеспечению гендерного равенства; 4) за несоблюдение закона применяются санкции — административные штрафы или даже уголовное преследование (подробнее см. таблицу 4).

²² Global Gender Gap Report 2020. P. 22 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2020> (дата обращения: 28.03.2020).

**The Global Gender Gap Index 2020 rankings /
Индекс глобального гендерного разрыва, рейтинги-2020²³**

Rank / ранг	Country / страна	Score (0–1) / значение	Score change / изменение значения (2018–2006)
1	Iceland / Исландия	0.877	+0.095
2	Norway / Норвегия	0.842	+0.043
3	Finland / Финляндия	0.832	+0.036
4	Sweden / Швеция	0.820	+0.007
5	Nicaragua / Никарагуа	0.804	+0.147
6	New Zealand / Новая Зеландия	0.799	+0.048
7	Ireland / Ирландия	0.798	+0.065
8	Spain / Испания	0.795	+0.063
9	Rwanda / Руанда	0.791	n/a
10	Germany / Германия	0.787	+0.034
11	Latvia / Латвия	0.785	+0.076
12	Namibia / Намибия	0.784	+0.098
13	Costa Rica / Коста-Рика	0.782	+0.089
14	Denmark / Дания	0.782	+0.036
15	France / Франция	0.781	+0.129
16	Philippines / Филиппины	0.781	+0.029
17	South Africa / Южная Африка	0.780	+0.068
18	Switzerland / Швейцария	0.779	+0.079
19	Canada / Канада	0.772	+0.055
20	Albania / Албания	0.769	+0.108
21	United Kingdom / Великобритания	0.767	+0.031
22	United States / Соединенные Штаты Америки	0.724	+0.020
23	Ukraine / Украина	0.721	+0.042
24	Russian Federation / Российская Федерация	0.706	+0.029
25	China / Китай	0.676	+0.020
26	Syria / Сирия	0.567	n/a
27	Pakistan / Пакистан	0.564	+0.020
28	Iraq / Ирак	0.530	n/a
29	Yemen / Йемен	0.494	+0.034

Отметим, что в половине случаев борьба с дискриминацией по признаку пола является составной частью общей борьбы с дискриминацией, в том числе по религиозной принадлежности или этничности. В силу этого законы называются «О равенстве и запрещении дискриминации» (Норвегия)²⁴ или «О дискриминации» (Швеция)²⁵.

²³ Global Gender Gap Report 2020. P. 9 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2020> (дата обращения: 28.03.2020).

²⁴ Act relating to equality and a prohibition against discrimination (Equality and Anti-Discrimination Act) / Закон о равенстве и запрещении дискриминации (закон о равенстве и борьбе с дискриминацией Норвегии) [Электронный ресурс]. URL: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2017-06-16-51> (дата обращения: 25.04.2020).

²⁵ Diskrimineringslagen / Закон о дискриминации Швеции [Электронный ресурс]. URL: <https://www.do.se/lag-och-ratt/diskrimineringslagen/> (дата обращения: 25.04.2020).

Сравнительный анализ национальных механизмов обеспечения гендерного равенства в странах — лидерах мирового рейтинга гендерного равноправия

Страна	Название закона по гендерному равноправию	Название ответственных органов / должностных лиц	План по гендерному равенству	Санкции за невыполнение закона / плана
Исландия* ¹	Закон о равном статусе и равных правах женщин и мужчин	Комитет по жалобам на нарушение равных прав, Бюро по вопросам гендерного равенства, Совет по гендерному равенству, Управление по гендерному равенству	Компании и организации, в которых работает 25 или более сотрудников, на ежегодной основе должны принимать план по обеспечению гендерного равенства или интегрировать аспекты гендерного равенства в свою политику в отношении сотрудников	Ежедневные штрафы могут составлять до 50 000 ISK каждый день
Норвегия* ²	Закон о равенстве и запрещении дискриминации	Омбудсмен по вопросам равенства и борьбы с дискриминацией, Департамент по вопросам равенства, недискриминации и международных отношений, Комитет по гендерному равенству, Совет по вопросам равенства и дискриминации	Организации работодателей и работников должны в своих сферах деятельности предпринимать активные, целенаправленные и систематические усилия по поощрению равенства и предотвращению дискриминации по признаку пола	Наказание в виде штрафа или лишения свободы на срок не более трех лет
Швеция* ³	Закон (Акт) о дискриминации	Комиссия по пресечению нарушения демократии, омбудсмен по вопросам дискриминации	Работодатель, который в начале календарного года нанимал 25 или более работников, должен раз в три года составлять план достижения гендерного равенства на предприятии. В течение года он обязан задокументировать работу по применению активных мер борьбы с дискриминацией* ⁴	Административный штраф или лишение свободы на срок до трех лет
Финляндия* ⁵	Закон о равенстве мужчин и женщин	Уполномоченный по вопросам равных возможностей при Министерстве юстиции, омбудсмен по вопросам гендерного равенства, Комиссия по вопросам равенства и гендерного равенства	Если работодатель нанимает не менее 30 работников на регулярной основе, он должен составлять не менее одного раза в два года план обеспечения равенства, в частности, в отношении оплаты труда и других условий труда, который должен включать меры по поощрению равенства	Любой, кто нарушил запрет на дискриминацию, обязан выплатить компенсацию пострадавшему. Возврат должен быть не менее 3 240 евро

*¹ Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla / Закон о равном статусе и равных правах женщин и мужчин Исландии. № 10. 6 марта 2008 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.althingi.is/lagas/nuna/2008010.html> (дата обращения 25.04.2020).

*² Act relating to equality and a prohibition against discrimination (Equality and Anti-Discrimination Act) / Закон о равенстве и запрещении дискриминации (закон о равенстве и борьбе с дискриминацией Норвегии [Электронный ресурс]. URL: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2017-06-16-51> (дата обращения 25.04.2020).

*³ Diskrimineringslagen / Закон о дискриминации Швеции [Электронный ресурс]. URL: <https://www.do.se/lag-och-ratt/diskrimineringslagen/> (дата обращения: 25.04.2020).

*⁴ Активные меры представляют собой профилактическую и пропагандистскую работу по борьбе с дискриминацией в организации и иным способом поощрения равных прав и возможностей независимо от пола, гендерной идентичности или самовыражения, этнической принадлежности, религии или других убеждений, инвалидности, сексуальной ориентации или возраста.

*⁵ Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta / Закон о равенстве мужчин и женщин 8.8.1986 / 609 Финляндии [Электронный ресурс]. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1986/19860609> (дата обращения: 25.04.2020).

В Швеции, например, раньше «действовали пять основных нормативных актов, запрещающих дискриминацию в трудовых отношениях: Закон о равных возможностях мужчин и женщин в сфере труда (1991 г.)²⁶; Закон о запрете этнической дискриминации (1999 г.)²⁷; Закон, запрещающий дискриминацию инвалидов (1999 г.); Закон, запрещающий дискриминацию, основанную на сексуальной ориентации (1999 г.)²⁸; Закон, запрещающий дискриминацию частично занятых работников и работников, работающих по срочному трудовому договору (2002 г.)²⁹. С 1 января 2009 г. вступил в силу новый Акт о дискриминации³⁰. Он заменил антидискриминационные законы в Швеции, объединив их в один нормативный акт, который дополнительно запретил дискриминацию по возрастному критерию и сексуальной идентичности. ...В итоге запрет дискриминации распространился на следующие основания: пол, самоидентификация или самовыражение, нетипичные для определенного пола, национальная принадлежность, религия или вероисповедание, ограниченные возможности, сексуальная ориентация, возраст»³¹.

В действительности, такой подход является более современным. Научные исследования показывают, что гендерное неравенство на практике включено в разные виды других неравенств, поэтому для его преодоления необходимо использовать интерсекциональный инструмент, который «направлен на разные виды дискриминации одновременно и помогает понять, как различные сочетания идентичностей влияют на доступ к правам и возможностям»³². Другими словами, движение к гендерному равноправию должно осуществляться посредством борьбы с дискриминацией по различным признакам — расы, религии, языка, страны исхода и т. п.

В Российской Федерации пока нет специальных законов, посвященных обеспечению принципа гендерного равноправия. Это ведет к тому, что до сих пор остаются нерешенными вопросы совершенствования некоторых норм семейного, уголовного, уголовно-исполнительного, пенсионного законодательства, а также законодательства в области образования и обеспечения здоровья граждан, с точки зрения реализации принципа равноправия мужчин и женщин. Более того, как показало недавнее обсуждение проекта федерального закона по противодействию домашнему насилию, одни правовые нормы могут вступать в противоречие с другими. Речь идет о декриминализации побоев, что фактически лишает смысла саму идею закона по борьбе с семейно-бытовым насилием. Все это объясняет крайне скромные позиции нашей страны в международном рейтинге по сокращению гендерного разрыва в обществе.

Заключение

Проведенный выше анализ позволяет считать подтвержденной гипотезу исследования о том, что требование следовать принципу гендерного равноправия, закрепленное в международном праве, является необходимым, но недостаточным условием существенного сокращения гендерного разрыва в стране. На практике страны мира имеют очень разные результаты в преодолении гендерного разрыва в правах и возможностях своих граждан. Если лидер мирового рейтинга

²⁶ Lag (1979: 1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet / Закон (1979: 1118) о равенстве женщин и мужчин в трудовой жизни [Электронный ресурс]. URL: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19791118om-jamstalldhet-mellan-kvinnor_sfs-1979-1118 (дата обращения: 25.04.2020).

²⁷ Lag (1994: 134) mot etnisk diskriminering / Закон (1994: 134) против этнической дискриминации [Электронный ресурс]. URL: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1994134-mot-etnisk-diskriminering_sfs-1994-134 (дата обращения: 25.04.2020).

²⁸ Lag (1999: 133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning / Закон (1999: 133) о запрещении дискриминации в трудовой жизни по признаку сексуальной ориентации [Электронный ресурс]. URL: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1999133-om-forbud-mot-diskriminering-i_sfs-1999-133 (дата обращения: 25.04.2020).

²⁹ Prohibition of Discrimination of Employees Working Part Time and Employees with Fixedterm Employment Act (2002: 293) / Запрещение дискриминации работников, работающих неполный рабочий день, и работников с фиксированным сроком трудового договора [Электронный ресурс]. URL: <https://www.government.se/4ac82e/contentassets/bf6cc61affe746dc9ff402361e4cfe5/sfs-2002293-prohibition-of-discrimination-of-employees-working-part-time-and-employees-with-fixed-term-employment-act.pdf> (дата обращения: 25.04.2020).

³⁰ Закон о дискриминации [Электронный ресурс] URL: Discrimination Act 2008 http://www.do.se/Documents/pdf/new_discrimination_law.pdf. (дата обращения: 29.03.2020).

³¹ См. Исаева Е. А., Стефанова К. И. Борьба за гендерное равенство в Швеции: шаги к успеху [Электронный ресурс]. URL: <http://jurnal.org/articles/2012/uri1.html> (дата обращения: 01.04.2020).

³² Теория пересечений [intersectionality] — инструмент гендерной и экономической справедливости [Электронный ресурс]. URL: <http://ravnopravka.ru/2011/03/теория-пересечений-intersectionality-инструмент-ге/> (дата обращения: 29.03.2020).

Исландия имеет гендерный разрыв только в 12,3%, то в Йемене, который находится на последней позиции рейтинга, этот разрыв составляет 50,6%. Для эффективного сокращения разрыва в правах и возможностях женщин и мужчин требуется дополнить действие международного права разработкой и реализацией регионального и национального законодательства.

В странах Европейского союза принцип гендерного равноправия институционализирован на наднациональном уровне. Создан и успешно работает Европейский институт по вопросам гендерного равенства (European Institute for Gender Equality). Его основной задачей является включение гендерной проблематики во все стратегии ЕС и национальную политику стран — членов ЕС, борьба с дискриминацией по признаку пола во всех сферах жизни, а также повышение осведомленности граждан ЕС о гендерном равенстве. Вследствие этого из 20 стран-лидеров по преодолению гендерного разрыва 10 являются государствами Европейского союза.

В то же время каждая из 27 стран ЕС реализует принцип гендерного равноправия по-своему. Он является конституционным принципом, но часто включен в более широкий контекст соблюдения прав человека и борьбы с дискриминацией. Существуют разнообразные органы, контролирующие соблюдение принципа гендерного равноправия, — министерства, институты, агентства, комиссии, управления, центры, советы, отделы. Наиболее распространенным вариантом является существование национального омбудсмана / контролера / защитника по равным правам женщин и мужчин, министра без портфеля или советника по вопросам равенства. В ряде случаев в стране одновременно существует коллегиальный контролирующий орган и должностное лицо.

Лидерами мирового рейтинга гендерного равноправия выступают четыре страны Европейского союза — Исландия, Норвегия, Швеция и Финляндия. Особенностью их национальных механизмов по обеспечению гендерного равноправия является то, что, помимо законов о гендерном равноправии и контролирующих их исполнение органов, у всех организаций с численностью сотрудников более 25 (30) чел. существует обязанность разрабатывать планы по борьбе с дискриминацией, в том числе по признаку пола, и отчитываться об их исполнении. К нарушителям применяются меры административного наказания, а в ряде стран и уголовного преследования. Это превращает принцип гендерного равноправия в реально действующую правовую норму. При этом обеспечение реализации данного принципа в этих странах осуществляется на всех уровнях законотворчества — общего, частного, отраслевого.

Разумеется, не все в европейской практике борьбы с дискриминацией по признаку пола является положительным и бесспорным. Есть случаи, когда граждане злоупотребляют своими правами, выдвигая работодателям необоснованные иски, рассчитывая получить материальную компенсацию. Существует определенная асимметрия в пользу защиты прав женщин, зачастую объектами дискриминации, особенно в семейном праве, становятся мужчины. Кроме того, заслуживает внимания борьба с новыми формами дискриминации, например, с электронным (digital) неравенством, связанным с тем, что у женщин меньше возможностей получить образование в сфере IT-технологий и современные рабочие места. Все это еще только начинает отражаться в европейском законодательстве и может стать предметом наших дальнейших исследований в избранной теме.

Материал выверен, цифры, факты, цитаты сверены с первоисточником, материал не содержит сведений ограниченного распространения.

Литература

1. Акимова Ю. А. Конституционная концепция гендерного равноправия : учебное пособие. М. : ИДПО ДТСЗН, 2018. 109 с.
2. Алексеева О. Н. История становления и развития основных прав и свобод человека // Colloquium-journal. 2018. № 10 (21). С. 5–9.
3. Воронина О. А. Феминизм и гендерное равенство. М. : Едиториал УРСС, 2004. 320 с.
4. Гендерное равенство в современном мире: роль национальных механизмов / отв. ред. и сост. О. А. Воронина. М. : Макс Пресс, 2008. 772 с.
5. Конституционное право зарубежных стран : учебно-методическое пособие / авт.-сост. А. А. Васильев. Армавир : Изд-во, 2018. 153 с.
6. Максимов А. А. Положение гендерного равноправия в системе принципов правового статуса личности в России // Проблемы права. 2012. № 5. С. 29–32.
7. Олейник Н. Н., Олейник А. Н. Историческое развитие поколений «Прав человека» // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия «Философия. Социология. Право». 2015. Т. 33. № 14 (211). С. 120–128.
8. Поленина С. В. Права женщин в системе прав человека: международный и национальный аспект. М. : Ин-т государства и права РАН, 2000. 255 с.

9. *Шабайлов Д. В.* Принцип равноправия в контексте принципов равенства и справедливости // Проблемы управления. 2013. № 2 (47). С. 147–152.
10. A Comparative Analysis of Gender Equality Law in Europe. Brussels: European Commission, 2016 [Электронный ресурс]. URL: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=52837 (дата обращения: 29.03.2020).

References

1. *Akimova Yu. A.* The Constitutional Concept of Gender Equality : a Training Manual [Konstitutsionnaya kontseptsiya gendernogo ravnopraviya : uchebnoe posobie]. M. : IDPO DTSZN, 2018. 109 p. (In rus)
2. *Alekseeva O. N.* The History of the Formation and Development of Fundamental Human Rights and Freedoms // Colloquium-journal. 2018. № 10 (21). P. 5–9. (In rus)
3. *Voronina O. A.* Feminism and Gender Equality [Feminizm i gendernoe ravenstvo]. M. : Editorial URSS, 2004. 320 p. (In rus)
4. Gender Equality in the Modern World: the Role of National Mechanisms [Gendernoe ravenstvo v sovremennom mire: rol' natsional'nykh mekhanizmov / otv. red. i sost. O. A. Voronina]. M. : Maks Press, 2008. 772 p. (In rus)
5. Constitutional Law of Foreign Countries. Educational and Methodological Guide [Konstitutsionnoe pravo zarubezhnykh stran : uchebno-metodicheskoe posobie / avt.-sost.: A. A. Vasil'ev]. Armavir : Izd-vo, 2018. 153 p. (In rus)
6. *Maksimov A. A.* Position of Gender Equality in the System of Principles of the Legal Status of the Person in Russia // Problems of Law 2012. № 5. P. 29–32. (In rus)
7. *Oleinik N. N., Oleinik A. N.* Historical Developments of Generations of “Human rights” // Nauchnye vedomosti Belgorodskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya “Filosofiya. Sotsiologiya. Pravo”. 2015. T. 33. № 14 (211). P. 120–128 (In rus)
8. *Polenina S. V.* Women’s Rights in the Human Rights System: International and National Aspects [Prava zhenshchin v sisteme prav cheloveka: mezhdunarodnyi i natsional'nyi aspekt]. M. : In-t gosudarstva i prava RAN, 2000. 255 p. (In rus)
9. *Shabailov D. V.* The Principle of Equality in the Context of the Principles of Equality and Justice [Printsip ravnopraviya v kontekste printsipov ravenstva i spravedlivosti] // Problemy upravleniya. 2013. № 2 (47). P. 147–152. (In rus)
10. A Comparative Analysis of Gender Equality Law in Europe. Brussels: European Commission, 2016 [Электронный ресурс]. URL: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=52837 (дата обращения: 29.03.2020).

Краткий исторический очерк конституционно-судебной оценки проблем федерализма в России

Сергеев Сергей Львович

д. ю. н., профессор, зав. кафедрой 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; dirz2010@yandex.ru

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена рассмотрению позиций Конституционного Суда Российской Федерации по вопросам государственного устройства, в частности, принципам федеративного устройства, статусу и полномочиям субъектов Российской Федерации, разграничению предметов ведения, организации публичной власти. Автор рассматривает основные отличия федеративного и конфедеративного устройства, тип и другие особенности федеративного устройства, закрепленные в Конституции РФ 1993 г.

Ключевые слова: федеративное устройство, статус субъектов Российской Федерации, конституционный суд, конституция

A Brief Historical Summary of the Constitutional and Judicial Assessment of the Problems of Federalism in Russia

Sergey L. Sergeev

Doctor of Law, Professor, Head of the Chair of Theory and History of Law and State of the Legal Faculty of North-West Institute of Management of RANEPA, Sankt Petersburg, Russian Federation; dirz2010@yandex.ru

ABSTRACT

The article is devoted to the consideration of the positions of the Constitutional Court of the Russian Federation on issues of state structure, in particular the principles of the federal structure, the status and powers of the constituent entities of the Russian Federation, the delimitation of subjects of jurisdiction, and the organization of public authority. The author considers the main differences between a federal and confederal structure, type and other features of a federal structure, enshrined in the 1993 Constitution of the Russian Federation.

Keywords: federal structure, status of the subjects of the Russian Federation, constitutional court, constitution

Вопросы государственного устройства Российской Федерации нередко становились предметом анализа со стороны Конституционного Суда Российской Федерации. С учетом устоявшегося в теории конституционного права подхода к основным институтам государственного устройства наибольшее внимание в этом контексте привлекают такие проблемы, как принципы федеративного устройства и статус субъектов федерации, разграничение предметов ведения и полномочий между федерацией и ее субъектами прежде всего в сфере избирательного права, организация публичной власти.

1. Конституция Российской Федерации 1993 г. закрепляет федеративный характер территориального (государственного) устройства России. Данное положение в полной мере соотносится с прежним конституционным регулированием, устанавливавшим федерализм в качестве одной из незыблемых основ конституционного строя России. Между тем это фундаментальное начало новой российской государственности подверглось серьезным испытаниям уже на самых ранних стадиях ее возникновения и развития. Говорить именно о ранних начальных стадиях развития и о новизне российской государственности в хронологическом срезе начала 90-х гг. прошлого столетия позволяет кардинальная ломка этой государственности на ее фундаментальном уровне, т. е. на уровне принципов, что, в свою очередь, позволяет говорить о революционном характере указанного временного периода.

Одним из первых испытаний на прочность стали попытки нанесения удара по целостности федеративного государства, в том числе посредством задействования такого юридического механизма, как сепарация. Между тем если придерживаться строгих специально-юридических оценок, институт сепарации, т. е. выход из состава федерации (союзного государства), не представляется возможным, поскольку право на выход (сепарацию) — это признак такого государственного объединения, как конфедерация (союз государств). Конечно, международная практика знает и иные, главным образом терминологические, подходы, но строгое юридически значимое разграничение федерации и конфедерации как самостоятельных форм территориального государственного устрой-

ства предполагает констатацию наличия либо отсутствия права на сецессию у субъектов (членов) федерации / конфедерации в качестве одного из ключевых системообразующих их качеств. Иной подход фактически обесмысливал бы их юридическое разграничение, переводя проблему в русло терминологического языкового спора.

Нельзя при этом забывать, что Советская Федерация (Союз ССР), действительно, в своих конституционных положениях предусматривала право союзных республик на сецессию, на которое, однако, никто не обращал внимание, пока не возникли соответствующие социально-экономические и политические факторы, приведшие к распаду Советского Союза. Само наименование государства должно было коннотироваться именно с конфедерацией (Союз ССР). Тот же факт, что при ослаблении, а впоследствии и при полном исчезновении системообразующего политического стержня, конструкции, державшей советскую государственность, а именно КПСС, субъекты фактической конфедерации (юридической федерации) воспользовались своим конституционно зафиксированным «спящим» — фактически конфедеративным — правом на сецессию, в совокупности с иными причинами и обстоятельствами привел к исчезновению с политической карты мира крупнейшего государства. Следует признать, что в ряду этих причин именно взрыв «юридической бомбы» (реализация формально законного, но с точки зрения базовых юридических принципов недопустимого по самой своей природе для федерации полномочия — права на сецессию) занимает далеко не последнее место.

Этот печальный опыт был учтен при подготовке Конституции 1993 г., право на сецессию субъектов федерации в ней закреплено не было, и Российская Федерация с правовой точки зрения стала действительно федерацией.

Зафиксированный в Конституции Российской Федерации принцип федерализма не предусматривает право субъектов на самостоятельное принятие решения о выходе из состава федерации (право сецессии). При этом одностороннее установление субъектом Российской Федерации права на выход из ее состава означало бы признание правомерности полного или частичного нарушения территориального единства суверенного федеративного государства и национального единства населяющих его народов¹.

Нельзя при этом забывать о конституционно-договорном характере федеративных отношений в Российской Федерации. Отношения же между Россией и республиками в ее составе строятся прежде всего на конституционной основе. Это, однако, не исключает возможности заключения в рамках Российской Федерации на основе Конституции договоров между ними. Развитие данного подхода впоследствии привело к констатации и обоснованию принципов государственной целостности², а также единства и неделимости суверенитета Российской Федерации³.

Особое внимание в связи с этим привлекает принцип единства и неделимости суверенитета, который непосредственно вытекает из отрицания права на сецессию в конституционной практике федеративного государства и за который тоже пришлось очень серьезно побороться в России. При этом необходимо было задействовать механизмы привлечения высших судов для того, чтобы констатировать невозможность двухступенчатого суверенитета в наших политико-правовых реалиях, поскольку источником этого суверенитета в едином государстве является народ и, следовательно, суверенитет не может быть распределен по разным уровням.

Конституция Российской Федерации не допускает какого-либо иного носителя суверенитета и источника власти, помимо многонационального народа, следовательно, не предполагает какого-либо иного государственного суверенитета, помимо суверенитета Российской Федерации. При этом суверенитет федеративного государства исключает существование двух уровней суверенных властей, находящихся в единой системе государственной власти, которые обладали бы верховенством и независимостью, то есть не допускает регионального суверенитета.

Важнейшей составляющей принципа единства и неделимости суверенитета является принцип верховенства Конституции и федеральных законов. Казалось бы, такой правовой трюизм не нуждается в специальном пояснении в теории и защите на практике. Между тем молодой российский федерализм реально столкнулся с проблемой попыток введения отдельными субъектами федерации такого специфического юридического механизма, как ратификация.

Притом что общепризнанным в современной правовой науке является отнесение данного механизма к сфере международно-правового регулирования, реальная отечественная практика продемонстрировала примеры попыток внедрения подобных процедур в ткань внутригосударственного

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 13 марта 1992 г. № 3-П.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 31 июля 1995 г. № 10-П.

³ Постановления Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П и от 21 декабря 2005 г. № 13-П.

конституционного устройства. Однако введение на региональном уровне института одобрения федерального регулирования как юридически связывающего условия начала действия федеральных норм в пространстве соответствующих отдельных субъектов федерации может с формально-правовой позиции свидетельствовать о применении ненадлежащих юридических процедур к правоотношениям иной — конфедеративной либо международно-правовой — природы, а с позиций социально-политического анализа — о крайней слабости и даже дегенерации федеративных отношений.

В связи с этим посредством акта высшего суда пришлось напомнить, что принцип верховенства Конституции Российской Федерации и федеральных законов, помимо прочего, означает, что распространение действия федеральных законов на территории субъектов Российской Федерации противоречит понятию исключительного федерального ведения и, кроме того, излишне с точки зрения экономии законодательных усилий и законодательной техники⁴.

При этом субъект Российской Федерации не может изменять установленные Конституцией Российской Федерации приоритеты действия законов и иных федеральных правовых актов, ограничивать их применение, процедуры и механизмы разрешения коллизий, правовых споров, не предусмотренные Конституцией Российской Федерации и федеральными законами⁵.

Еще одним важным принципом федерализма, получившим свое развитие в решениях Конституционного Суда, является принцип равенства субъектов Российской Федерации. Конституционное положение о том, что во взаимоотношениях с федеральными органами государственной власти все субъекты Российской Федерации равноправны между собой, выражается, в частности, в единообразии конституционного подхода к распределению предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами и диктует установление федеральным законодателем единых правил взаимоотношений федеральных органов государственной власти со всеми субъектами федерации.

Между тем федеральный законодатель и в сфере своей компетенции не вправе разрешать вопросы, затрагивающие конституционно-правовой статус субъектов Российской Федерации без учета конституционных основ федеративного устройства. Тем более недопустимо произвольное сужение правовых возможностей субъектов Российской Федерации.

Разумеется, правовое равенство субъектов федерации отнюдь не означает и не может означать равенства их потенциалов и уровня социально-экономического развития⁶. Однако при этом учет региональных особенностей является необходимым условием соблюдения баланса интересов и внедрения общегосударственных стандартов во всех сферах жизнедеятельности субъектов Российской Федерации⁷.

2. Следующая большая группа вопросов затрагивает проблему разграничения предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами.

Рассматривая данную проблему, следует иметь в виду, что приоритет положений Конституции Российской Федерации имеет место при определении как статуса субъектов Российской Федерации, так и предметов ведения и полномочий органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти ее субъектов.

Имевшие место в реальной практике отечественного конституционализма попытки осуществления субъектами федерации собственного правового регулирования по предметам, отнесенным ст. 71 Конституции Российской Федерации к федеральному ведению, заставили Конституционный Суд констатировать отсутствие подобного регионального правомочия. Это касалось, например, и тех случаев, когда законодатель субъекта Российской Федерации откладывал введение в действие акта, принятого им по вопросу, относящемуся к исключительной компетенции Российской Федерации, до издания соответствующего федерального закона⁸.

Поскольку реальная практика раннего федерализма столкнулась с попытками отдельных субъектов федерации посредством регионального законодательства передавать, исключать или иным образом перераспределять установленные Конституцией Российской Федерации предметы федерального ведения и полномочия федеральных органов исполнительной власти, потребовалась специальная реакция высшего конституционно-судебного органа, который указал, что органы государственной власти субъектов Российской Федерации участвуют в соответствующих отноше-

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 30 сентября 1993 г. № 18-П.

⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 92-О.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 15 июля 1996 г. № 16-П.

⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2014 г. № 13-П.

⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 5 ноября 1998 г. № 147-О.

ниях, имеющих общедولةное значение, в той мере и постольку, в какой и постольку такое участие предусмотрено и допускается федеральными законами, иными нормативными правовыми актами федеральных органов государственной власти⁹.

При этом, по сути, была санкционирована также возможность участия субъектов Российской Федерации в процессе принятия решений на федеральном уровне, с тем чтобы более полно обеспечивался учет их потребностей и законных интересов, при условии, что такое участие носит субсидиарный характер, осуществляется в форме предварительного согласования, не определяющего окончательное решение вопроса, то есть не предполагает передачу соответствующего федерального полномочия субъекту Российской Федерации¹⁰.

Чрезвычайно активное нормотворчество, столь характерное и вполне естественное для эпохи кардинальных общественных реформ, порой в наших условиях приобретало характер своеобразного соревнования по принципу «кто больше и быстрее», «законотворения наперегонки». Особенно это касалось регулирования по предметам совместного ведения. При этом, однако, не следует забывать, что разграничение нормотворческих полномочий федерального законодателя и законодателей субъектов Российской Федерации по предметам совместного ведения осуществлено на конституционном уровне. В тех условиях нормотворческой неразберихи из текстуального смысла Конституции был выведен и сформулирован механизм своеобразного преодоления пробелов в соответствующем уровне нормативного регулирования: до издания федерального закона по тому или иному предмету совместного ведения субъект Российской Федерации вправе принять собственный закон и иные нормативные правовые акты. Однако после издания федерального закона такие акты должны быть приведены в соответствие с федеральным законом¹¹.

И напротив, в отсутствие надлежащего регионального регулирования по вопросу, отнесенному к компетенции субъекта федерации федеральным законодателем, последний вправе самостоятельно осуществить правовое регулирование в данной сфере¹².

Следует обратить внимание на то обстоятельство, что Конституция в ст. 11 (ч. 3) непосредственно не затрагивает юридическую форму нормативного акта, посредством которого обеспечивается разграничение предметов ведения и полномочий. Во всяком случае, здесь не предусматривается принятие именно федеральных законов в качестве такого правового инструмента. Между тем из буквального смысла ст. 72 Конституции вытекает, что принципы разграничения предметов ведения и полномочий устанавливаются федеральными законами, принимаемыми в сфере совместного ведения¹³.

Частным случаем регулирования в сфере совместного ведения является установление конкретных полномочий федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствующей сфере, в том числе передача на региональный уровень осуществления части тех полномочий, которые ранее реализовывались федеральными органами государственной власти. Разумеется, это безусловное право федерального законодателя¹⁴.

Здесь же небезынтересно отметить на первый взгляд в общем-то юридико-техническое, но очень распространенное в первые годы становления реального федерализма в России явление текстуального дублирования на региональном уровне федерального нормативного материала. Вполне объяснимое относительной неразвитостью региональной системы законодательства и порой весьма ограниченными ее кадровыми возможностями данное явление вызвало симптоматичную реакцию высшего суда, который отмечал, что законодательный орган субъекта Российской Федерации в пределах своих полномочий не обязан принимать законы, полностью текстуально совпадающие с федеральным законодательством¹⁵.

3. Из федеративной природы государственности России вытекает, что в ведении Российской Федерации находится федеративное устройство, а в ведении республик, входящих в состав Российской Федерации, — их территориальное устройство. Поэтому вопрос о своем территориальном

⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 13 мая 2004 г. № 10-П.

¹⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 12 ноября 2003 г. № 17-П.

¹¹ Постановления Конституционного Суда РФ от 30 ноября 1995 г. № 16-П; от 1 февраля 1996 г. № 3-П; от 16 октября 1997 г. № 14-П; от 3 ноября 1997 г. № 5-П; от 9 января 1998 г. № 1-П; от 15 декабря 2003 г. № 19-П; Определения Конституционного Суда РФ от 1 марта 2007 г. № 129-О-П; от 5 июня 2014 г. № 212-О и др.

¹² Постановление Конституционного Суда РФ от 3 ноября 1997 г. № 15-П.

¹³ Определение Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1997 г. № 13-О.

¹⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 9 января 1998 г. № 1-П; Определения Конституционного Суда РФ от 1 марта 2007 г. № 129-О; от 24 января 2008 г. № 3-О-О.

¹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 13 марта 1992 г. № 3-П.

устройстве республика вправе решить сама, причем по своей природе он имеет конституционное значение¹⁶.

Особый интерес в данном контексте представляют собой также вопросы организации публичной власти в субъектах Российской Федерации. Регионы вправе устанавливать свою систему органов государственной власти путем принятия собственных нормативных актов (регионального законодательства). Однако такие акты должны соответствовать основам конституционного строя и общим принципам организации представительных и исполнительных органов государственной власти, другим положениям Конституции Российской Федерации и конкретизирующим их федеральным правовым актам. Государственная власть в субъектах Российской Федерации должна опираться на принципы демократического федеративного правового государства с республиканской формой правления, единства системы государственной власти, а также осуществления государственной власти на основе разделения законодательной, исполнительной и судебной властей и вытекающей из этого самостоятельности их органов (принцип «разделения властей»).

Важным аспектом характеристики федеративной формы государственного устройства является фактор единства организации публичной власти в силу уже самой ее системности. Общие принципы организации представительных и исполнительных органов государственной власти устанавливаются федеральным законом, в соответствии с которым принимаются законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации. В силу этого обстоятельства организация публичной власти на уровне субъекта Российской Федерации в принципе должна соответствовать организации публичной власти на уровне Российской Федерации, следовательно, установление полномочий законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации не может быть прерогативой (исключительным правом) субъектов Российской Федерации¹⁷.

При этом компетенция органов государственной власти субъектов Российской Федерации устанавливается на основе конституционного правила, согласно которому полномочия органов государственной власти субъектов Российской Федерации, не затрагивающие конституционные основы и прерогативы федерального законодателя, определяются ими самостоятельно¹⁸.

Начальный этап развития отечественного федерализма в постсоветской России характеризовался, в частности, отсутствием федерального закона об общих принципах организации системы органов государственной власти. При этом вопрос назначения (избрания) на должность высшего должностного лица субъекта Российской Федерации приобретал критическое значение в условиях конкретно-исторических конституционных реалий. Само по себе указанное обстоятельство (отсутствие соответствующего федерального закона) не могло признаваться препятствием субъектам Российской Федерации принимать региональные законы, регулирующие порядок выборов глав исполнительной власти, что непосредственно вытекает из природы совместной компетенции. При наличии соответствующей нормативной базы (устав, избирательные законы) субъект Российской Федерации вправе назначать выборы и определять дату их проведения самостоятельно. При этом в тех случаях, когда их проведение предполагалось одновременно с общефедеральными выборами, должно было быть проведено соответствующее согласование с федеральными органами, что вытекает из требования согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти¹⁹.

В то же время, как известно, порядок формирования органов государственной власти субъектов Российской Федерации Конституция Российской Федерации непосредственно не регламентирует. При этом федеральная Конституция не рассматривает выборы в качестве единственно допустимого механизма формирования всех органов публичной власти на каждом из уровней ее организации. Это, однако, не исключает возможности различных вариантов наделения полномочиями органов и должностных лиц публичной власти, непосредственно не поименованных в Конституции Российской Федерации в качестве избираемых, в том числе возможность изменения ранее установленного порядка наделения полномочиями соответствующих органов и лиц.

При этом федеральный законодатель, реализуя свое право устанавливать общие принципы организации представительных и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, может предусмотреть нормативно-правовую основу взаимоотношений органов законодательной и исполнительной власти в рамках разделения властей на уровне субъекта

¹⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 24 января 1997 г. № 1-П.

¹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 8 июля 2000 г. № 91-О.

¹⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 г. № 2-П.

¹⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 30 апреля 1996 г. № 11-П.

Российской Федерации, порядка формирования этих органов, в частности порядка наделения полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации²⁰.

Отдельный интерес представляет существование в системе организации публичной власти в условиях федерализма своеобразных балансировочных механизмов (стабилизаторов), позволяющих в известной мере уравнивать возможные властно-компетенционные перекосы, особенно ярко проявляющиеся порой не столько в нормативном регулировании, сколько в конкретной практике правореализации. Одним из таких стабилизаторов является институт отрешения от должности должностного лица, которое может быть связано с различными основаниями.

Так, федеральный законодатель, устанавливая общие принципы организации системы органов государственной власти, вправе учредить в отношении избранного всенародным голосованием высшего должностного лица — руководителя высшего органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации институт отзыва в качестве одной из форм непосредственной (прямой) демократии.

Возможностью отзыва не затрагивается и установленное Конституцией Российской Федерации положение о единой системе исполнительной власти в Российской Федерации, поскольку и для нового высшего должностного лица субъекта Российской Федерации, которое будет избрано взамен отозванного, и для лица, временно исполняющего обязанности высшего должностного лица субъекта Российской Федерации в период избирательной кампании, решения и указания органов федеральной исполнительной власти в рамках ее компетенции остаются обязательными²¹.

Организация федеративных отношений порой требует возложения федеральных полномочий по вопросам совместного ведения на соответствующие территориальные органы федеральных органов исполнительной власти. В таких случаях федеральный законодатель вправе предусмотреть возможность согласования с законодательным (представительным) органом субъекта назначения на должность руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти, поскольку такие должностные лица призваны обеспечивать разграничение полномочий органов исполнительной власти по предметам совместного ведения на всех уровнях. Этим, разумеется, не затрагиваются прерогативы Российской Федерации в конечном счете самостоятельно решать данный вопрос при условии использования установленных Конституцией Российской Федерации и федеральным законом необходимых согласительных и юрисдикционных процедур²².

4. Отдельного внимания заслуживает и анализ норм избирательного законодательства применительно к различным уровням публичной власти. В условиях только оформлявшейся, находившейся в стадии порой мучительного формирования избирательной системы принципиально важным было то обстоятельство, что само по себе наличие правовой базы как предпосылки проведения выборов имеет значение общего принципа организации государственной власти, выводимого из ряда конституционных норм, в частности, ст. 5, ч. 2; ст. 11, ч. 2; ст. 66, ч. 2; ст. 77, ч. 1.

Как известно, Конституция Российской Федерации, провозглашая среди основ конституционного строя принцип народовластия, не закрепляет ни определенной избирательной системы, ни конкретных избирательных процедур применительно к выборам в субъектах Российской Федерации. Это предмет регулирования их уставов либо избирательных законов (в отдельных регионах — избирательных кодексов), в которых решаются вопросы о сроках полномочий выборных органов, порядке назначения и переноса выборов. Такое регулирование в субъектах Российской Федерации должно соответствовать вытекающим из Конституции Российской Федерации принципам организации представительных органов государственной власти, а также учитывать предусмотренные на федеральном уровне гарантии избирательных прав граждан.

Именно в сфере избирательного права порой наиболее ярко проявлялось уже упоминавшееся ранее явление своеобразного законотворческого соперничества уровней публичной власти. При этом законодатель субъекта Российской Федерации в отсутствие федерального закона об общих принципах организации представительных и исполнительных органов государственной власти был вправе устанавливать собственное правовое регулирование, определяющее порядок избрания депутатов законодательного (представительного) органа государственной власти. Разумеется, эта прерогатива законодателя субъекта Российской Федерации могла быть ограничена только положениями, непосредственно закрепленными в федеральной Конституции.

²⁰ Постановления Конституционного Суда РФ от 30 апреля 1996 г. № 11-П; от 27 декабря 2005 г. № 13-П; Определение Конституционного Суда РФ от 8 июня 2000 г. № 91-О.

²¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П.

²² Постановления Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П; от 13 мая 2004 г. № 10-П; Определение Конституционного Суда РФ от 28 ноября 2000 г. № 225-О.

В свою очередь, решение указанных вопросов субъектами Российской Федерации должно было соответствовать вытекающему из конституционных положений требованию формирования представительного органа на основе собственного устава и законов, без отступлений от установленных в них порядка выборов и сроков полномочий этого органа и при соблюдении общих рамочных предписаний о максимальной продолжительности легислатуры²³. Ранняя стадия формирования федерализма в сфере избирательных отношений давала примеры попыток установления дополнительно к Конституции Российской Федерации в качестве условий приобретения гражданином пассивного избирательного права требований, связанных с достижением определенного возраста и продолжительностью проживания на территории субъекта Российской Федерации. Введение подобных возрастных цензов и цензов оседлости, бесспорно, ограничивало права и свободы человека и гражданина.

Такого рода ограничения никоим образом не могли вытекать из правомочия субъектов Российской Федерации, закрепленного в ст. 77 (ч. 1) и ст. 11 (ч. 2) федеральной Конституции. Самостоятельно устанавливая систему своих органов государственной власти и образуя их, субъекты Российской Федерации обязаны действовать в соответствии с основами конституционного строя Российской Федерации, в том числе с принципом свободных выборов, гарантируя свободу волеизъявления граждан и не нарушая демократические принципы и нормы избирательного права.

Известную болезненность приобрел в рассматриваемый ранний период конституционно-правового развития «языковой вопрос». Федеральная Конституция, как известно, закрепляет право республик устанавливать свои государственные языки (ст. 68, ч. 2), которые употребляются в органах государственной власти и местного самоуправления, государственных учреждениях республик наряду с государственным языком Российской Федерации, что обусловлено государственной целостностью Российской Федерации, единством системы государственной власти, особенностями федеративного устройства Российской Федерации и служит интересам сохранения двуязычия (многоязычия) их многонациональных народов. Из этого, однако, не вытекает обязанность республик устанавливать государственные языки.

Особенную болезненность данному вопросу придали имевшие место в практике отдельных регионов попытки законодательного введения специальных требований к знанию этих языков в качестве условия приобретения пассивного избирательного права, в том числе при выборах главы государства. Между тем из федеральной Конституции необходимость введения подобного рода требований также не вытекает²⁴.

Введение на региональном уровне дополнительных избирательных процедур должно балансироваться и соответствующими дополнительными гарантиями избирательных прав граждан, и указанная балансировка по сути является условием конституционности расширения законодательно-регулируемого избирательного процесса на региональном уровне. Данное требование вытекает из того конституционного положения, согласно которому защита прав и свобод человека и гражданина, в том числе избирательных прав, находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Субъекты Российской Федерации, вводя конкретные избирательные процедуры, должны, исходя из особенностей этих процедур, предусматривать и необходимые дополнительные гарантии избирательных прав²⁵.

5. Затронем, наконец, еще один аспект федерализма, который на начальных этапах его формирования в России приобретал порой характер конституционно-правового спора. Речь идет о вопросе переименования субъектов. В силу ст. 73 Конституции Российской Федерации решение вопроса об изменении своего наименования относится к исключительному ведению субъектов Российской Федерации. Такое решение, принятое в порядке, установленном законодательством субъекта Российской Федерации, является правовым основанием для внесения нового наименования в ст. 65 Конституции Российской Федерации.

Данная процедура осуществляется в упрощенном порядке, что и было неоднократно реализовано в конституционной практике. Изменения наименования субъекта федерации включаются в текст ст. 65 Конституции Российской Федерации указом Президента Российской Федерации на основании решения субъекта Российской Федерации, принятого в установленном им порядке. В спорных случаях Президент Российской Федерации использует свои медиативные полномочия, предусмотренные ст. 85 (ч. 1) Конституции Российской Федерации. При этом данное региональное полномочие, конечно, ограничено базовыми рамками конституционных принципов, не может

²³ Постановление Конституционного Суда РФ от 30 апреля 1997 г. № 7-П.

²⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 апреля 1998 г. № 12-П.

²⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 марта 2000 г. № 4-П.

затрагивать основы конституционного строя, права и свободы человека и гражданина, интересы других субъектов Российской Федерации, Российской Федерации в целом и интересы других государств, а также предполагать изменение состава Российской Федерации или конституционно-правового статуса ее субъекта. В частности, оно не должно содержать указания на иную форму правления, чем предусмотренная Конституцией Российской Федерации, затрагивать ее государственную целостность, подразумевать или инициировать какие-либо территориальные претензии, противоречить светскому характеру государства и принципу отделения церкви от государства, ущемлять свободу совести, включать противоречащие Конституции Российской Федерации идеологические и иные общественно-политические оценки, игнорировать исторические или этнические традиции²⁶.

²⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 28 ноября 1995 г. № 15-П.

Анализ доказательств по делу CAS 2019/A/6636 BC Arsenal v. Russian Basketball Federation и прогнозирование позиции Спортивного арбитражного суда по делу

Афанасьев Дмитрий Александрович

Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург, Российская Федерация; d.afanasev123@yandex.ru

АННОТАЦИЯ

Предметом исследования статьи является вопрос ответственности лиц за манипулирование результатами матчей. Рассматривается вариант вероятной оценки доказательств по делу CAS 2019/A/6636. Прогнозирование позиции CAS основывается на сложившейся практике арбитража. Моделирование позиций сторон осуществляется на основании информации, имеющейся в открытых источниках.

Ключевые слова: дисциплинарная ответственность лиц, манипулирование результатами соревнований, ответственность лиц за манипулирование результатами матчей

Analysis of Evidence in the CAS 2019/A/6636 BC Arsenal v. Russian Basketball Federation Case and Prediction of the Position of CAS in the Case

Dmitrii A. Afanasev

St. Petersburg University, St. Petersburg, Russian Federation; d.afanasev123@yandex.ru

ABSTRACT

The subject of the article is the question of responsibility of persons for match-fixing activities. The issue of probable assessment of evidence in CAS 2019/A/6636 is being considered. Predicting the CAS position is based on established Arbitration practice. The parties positions are modeled based on information available in open sources.

Keywords: disciplinary responsibility of individuals, manipulation of competition results, responsibility of individuals for manipulating match results

Манипулирование результатами матчей является одной из важнейших угроз профессиональному спорту. Как отмечалось в одном из решений Спортивного арбитражного суда (далее — CAS) CAS 2014/A/3628, защита неприкосновенности соревнований абсолютно необходима, поскольку «манипулирование результатами является крупнейшим вызовом, как затрагивающее базовые принципы преданности игре, целостности спорта и спонсорства»¹. Практика CAS по данной категории дел представляет особый интерес, так как демонстрирует специфику применения Lex sportiva для борьбы с угрозами профессиональному спорту.

В настоящей статье проводится анализ вероятных аргументов сторон и их оценка арбитражем в споре между БК «Арсенал» и Российской федерацией баскетбола (далее — РФБ), рассматриваемым в Спортивном арбитражном суде².

Рассмотрим фактические обстоятельства дела.

7 декабря 2019 г. состоялся матч 9-го тура Второго дивизиона мужской Суперлиги между клубами «Арсенал» (Тула) и «Динамо» (Ставрополь). Первые четверти матча ничем примечательным не отметились, однако в последней четверти при счете 82:65 в пользу туляков хозяева начали «странно» играть. Баскетболисты «Арсенала» в последние минуты уверенно игнорировали «сто-процентные» возможности забросить мяч и в итоге на этом отрезке не набрали ни одного очка. Динамовцы хоть и забили один трехочковый, но «стиль» игры был очень схож с соперником³.

РФБ провела расследование данной «странной» игры. На основании видеозаписи матча, а также заключения Просмотровой комиссии и рекомендации Директората Исполком РФБ счел действия команд в концовке встречи неспортивными. В результате были приняты два решения.

¹ Arbitration CAS 2014/A/3628 Eskişehirspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA), award of 2 September 2014 (operative part of 7 July 2014) [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3628.pdf#search=3628> (дата обращения: 10.02.2020).

² БК «Арсенал» оспаривает решение РФБ в Спортивном арбитражном суде (CAS) [Электронный ресурс] // Баскетбольный клуб «Арсенал». URL: <http://bcarsenaltula.ru/news/439/> (дата обращения: 10.02.2020).

³ РФБ исключила «Арсенал» из суперлиги-2 за «странный баскетбол». Но тульский клуб борется — теперь в судах [Электронный ресурс] // Интернет-портал Sports.ru. URL: <https://www.sports.ru/tribuna/blogs/sportslaw/2700306.html> (дата обращения: 10.02.2020).

Во-первых, аннулировать результат матча «Арсенал» — «Динамо» и засчитать обеим командам техническое поражение «лишением права».

Во-вторых, в соответствии с Регламентом Чемпионата и Кубка России среди мужских и женских клубов / команд в сезоне-2019/20, учитывая наличие предупреждения за нарушение духа спортивного соперничества и честной игры в сезоне-2017/18, исключить из состава участников XXIX Чемпионата России по баскетболу среди мужских клубов / команд Суперлиги Второй дивизион БК «Арсенал» (Тула)⁴.

БК «Арсенал» оспорил данное решение, обратившись в CAS, а 20 декабря 2019 г. арбитраж вынес обеспечительные меры: приостановил исполнение решения РФБ и обязал обеспечить продолжение участие клуба в соревнованиях⁵.

Таким образом, можно выделить два возможных основания для отмены решения РФБ или уменьшения санкции:

1. Недоказанность факта манипулирования результатами матча.
2. Неправомерное наложение санкции в виде исключения из лиги.

I. Доказательства факта манипулирования результатами матча

В соответствии с практикой CAS установлен принцип строгой ответственности клубов за действия его официальных лиц. Исходя из данного принципа, не имеет значения, одобрены ли действия лица руководством клуба или же это исключительно его инициатива⁶.

Следовательно, РФБ необходимо доказать, что хотя бы один игрок, тренер, иное лицо, которое может оказать воздействие на игру, осуществило манипулирование результатами матча⁷.

Использование доказательств в ходе арбитражного процесса в соответствии с устоявшейся практикой CAS урегулировано Lex sportiva (Кодексом CAS и судебной практикой CAS).

Кроме того, CAS субсидиарно⁸ применяет швейцарское законодательство. Арбитраж прямо указал, что Lex sportiva имеет приоритет при решении споров перед швейцарским законодательством⁹.

Однако перед Lex sportiva имеют приоритет основополагающие принципы, речь идет о применении принципов, закрепленных в законодательстве Швейцарии, в случае если данные принципы применяются в арбитражном процессе¹⁰. В соответствии с практикой Спортивного арбитража не применяются принципы, установленные для уголовного процесса¹¹.

Исходя из вышесказанного, CAS допускает широкий круг доказательств^{12, 13}.

Зачастую основными доказательствами по делам о манипулировании результатами матчей являются доказательства, полученные в ходе уголовных процессов, проводимых национальными правоохранительными органами¹⁴.

⁴ Тульский «Арсенал» исключен из числа участников Чемпионата России [Электронный ресурс] // Российская федерация баскетбола. URL: <https://russiabasket.ru/news/36438/tulskij-arsenal-isklyuchen-iz-chisla-uchastnikov-chempionata-rossii> (дата обращения: 10.02.2020).

⁵ БК «Арсенал» оспаривает решение РФБ в спортивном арбитражном суде (CAS) [Электронный ресурс] // Баскетбольный клуб «Арсенал». URL: <http://bcarsenaltula.ru/news/439/> (дата обращения: 10.02.2020).

⁶ Arbitration CAS 2014/A/3625 Sivasspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA), award of 3 November 2014 (operative part of 7 July 2014) [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3625.pdf#search=3625> (дата обращения: 10.02.2020).

⁷ Там же.

⁸ Arbitration CAS 2013/A/3256 Fenerbahçe Spor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA), award of 11 April 2014 (operative part of 28 August 2013) [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport (дата обращения: 10.02.2020).

⁹ Arbitration CAS 2017/A/5003 Jérôme Valcke v. FIFA, award of 27 July 2018 [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport. URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_5003_Final.pdf (дата обращения: 10.02.2020).

¹⁰ Там же.

¹¹ Там же.

¹² Крус А. С. Манипуляция или незаконное влияние на результат матча. В сб.: Правовая политика России в сфере осуществления судебной власти : сборник научных статей. СПб. : Астерион, 2019. С. 215–220.

¹³ Афанасьев Д. А., Васильев И. А. Обзор практики Спортивного арбитражного суда за 2009–2014 гг. по привлечению клубов к спортивной (дисциплинарной) ответственности за манипулирование результатами матчей // Петербургский юрист. 2018. № 1. С. 72–94.

¹⁴ Цай Цзяюнь, Васильев И. А., Измалкова М. П. [и др.]. Проблемы доказывания при привлечении футбольных клубов к ответственности за манипулирование результатами матчей: практика Спортивного арбитражного суда (CAS) за 2009–2014 гг. Журнал Сибирского федерального университета. Гуманитарные науки. 2019. № 3. С. 343–362.

Однако в данном случае не проводилось расследование факта манипулирования результатами матча, хотя ответственность за оказание противоправного влияния на результат официального спортивного соревнования предусмотрена УК РФ^{15, 16}.

Вследствие отказа в возбуждении уголовного дела количество возможных доказательств уменьшается, т. к. РФБ не обладает теми полномочиями, что правоохранительные органы.

Основным доказательством, на основании которого было принято решение РФБ, является видеозапись матча, на которой видно «странную» игру спортсменов¹⁷.

В соответствии с практикой CAS сам факт плохого выступления игроков не является доказательством манипулирования результатами матча¹⁸. Следовательно, основное доказательство вины клуба не является таковым, исходя из чего, в соответствии со стандартом достаточной (всесторонней) убежденности (*comfortable satisfaction*), факт манипулирования результатами матча не может быть установлен.

Однако данная практика CAS сформировалась в ходе рассмотрения дел, связанных с манипулированием результатами матчей в футболе^{19, 20}. В рассмотренных спорах имели место пропущенные вратарем мячи в ситуациях, когда в большинстве случаев профессиональный вратарь не допустил взятие ворот.

В случае с матчем «Арсенал» — «Динамо» имело место массовое странное поведение игроков. «Арсенал» набрал свои последние очки за 6 минут 57 секунд до финальной сирены, после чего игроки команды начали в большом количестве совершать потери и неточные броски. Со стороны гостей аналогичные действия стали наблюдаться в заключительные 5 минут: единственное попадание «Динамо» за это время состоялось из-за трехочковой дуги на исходе времени владения мячом²¹. Таким образом, длительное время игроки команд совершали «странные» действия.

Следовательно, данное «аномальное» поведение не может быть просто совпадением и поэтому му должно быть признано доказательством.

Кроме того, доказательством факта манипулирования результатами матча является интервью президента БК «Арсенал» Виктора Ускова, в котором он указал на то, что действия игроков его команды явились реакцией на поведение команды противника, которая за 5 минут до конца матча демонстративно перестала пытаться набирать очки²².

Таким образом, президент клуба признал, что действия игроков являлись неспортивными.

Исходя из вышесказанного, CAS, вероятно, установит наличие факта манипулирования результатами матча.

Однако, возможно, клуб укажет на общественную полезность своих действий: отказ от игры является способом продемонстрировать неспортивное поведение игроков «Динамо» и привлечь внимание к проблеме манипулирования результатами матчей.

Кроме того, манипулирование результатами матчей отсутствует в связи с тем, что «Арсенал» побеждал в матче к моменту «отказа» от игры. Следовательно, отсутствие набранных очков в конце игры является необычной тактикой, позволяющей обратить внимание на неспортивное поведение игроков «Динамо».

¹⁵ Ст. 184 Уголовного кодекса Российской Федерации. Федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Рос. газ. 1996. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Крусъ А. С. Манипуляция или незаконное влияние на результат матча. В сб.: Правовая политика России в сфере осуществления судебной власти : сборник научных статей. СПб. : Астерион, 2019. С. 215–220.

¹⁷ Тульский «Арсенал» исключен из числа участников Чемпионата России [Электронный ресурс] // Российская федерация баскетбола. URL: <https://russiabasket.ru/news/36438/tulskij-arsenal-isklyuchen-iz-chisla-uchastnikov-chempionata-rossii> (дата обращения: 10.02.2020).

¹⁸ Arbitration CAS 2013/A/3256 Fenerbahçe Spor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA), award of 11 April 2014 (operative part of 28 August 2013) [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3256.pdf#search=3256> (дата обращения: 10.02.2020).

¹⁹ Там же.

²⁰ Arbitration CAS 2014/A/3625 Sivasspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA), award of 3 November 2014 (operative part of 7 July 2014) [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3625.pdf#search=3625> (дата обращения: 10.02.2020).

²¹ Тульский «Арсенал» исключен из числа участников Чемпионата России [Электронный ресурс] // Российская федерация баскетбола. URL: <https://russiabasket.ru/news/36438/tulskij-arsenal-isklyuchen-iz-chisla-uchastnikov-chempionata-rossii> (дата обращения: 10.02.2020).

²² Виктор Усков прокомментировал исключение БК «Арсенал» из числа участников Чемпионата России [Электронный ресурс] // Комсомольская правда. URL: <https://www.tula.kp.ru/daily/27066/4135007/> (дата обращения: 10.02.2020).

Однако данные аргументы не будут, вероятно, учтены CAS, поскольку «Арсенал» набрал свои последние очки за 6 минут 57 секунд и его игроки «отказались» от игры почти на 2 минуты раньше²³.

Следовательно, игроки «Арсенала» не могли обратить внимание на неспортивное поведение соперника, так как первыми начали действовать неспортивно.

Поэтому CAS, вероятно, согласится с решением РФБ в части манипулирования результатом матча «Арсеналом».

Кроме того, в качестве доказательства могут быть использованы результаты букмекерской экспертизы²⁴. Оценка экспертом рынка ставок на предмет «аномальных» ставок на результаты матча будет важным доказательством.

Исходя из вышесказанного, проведение экспертизы необходимо, а ее результаты могут иметь решающее значение.

В случае если будет установлено наличие «аномальных» ставок, то CAS, вероятно, признает факт манипулирования результатами матча.

Однако в случае отсутствия «странных» ставок клуб может указать, что доказательств манипулирования результатами матча недостаточно, чтобы установить вину клуба в соответствии со стандартом всесторонней убежденности.

II. Правомерность наложения санкции в виде исключения клуба из лиги

В соответствии с ст. 4.1 Регламента Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг. соревнования проводятся в соответствии с действующими Официальными Правилами баскетбола ФИБА, а также в соответствии с настоящим Регламентом и Приложениями к нему²⁵.

Согласно ст. 92.1.2 Регламента Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг. в случае если команда совершает действия, препятствующие игре, после того, когда судья решил, что игра должна начаться / быть продолжена, применяются определенные санкции. При повторном нарушении, совершенном в рамках одного турнира, команда снимается с соревнований²⁶.

Таким образом, санкция правомерна в случае, если:

1. Имели место действия, препятствующие игре.
2. Клуб совершил правонарушение повторно.

Поскольку манипулирование результатами матча является угрозой профессиональному спорту, препятствующей честной игре²⁷, «Арсенал» подлежит ответственности в соответствии с ст. 92 Регламента Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг.

Сложнее вопрос совершения повторного нарушения в рамках одного турнира.

В ст. 1 Регламента Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг. указаны основные термины и определения, однако не содержится определения «турнира»²⁸.

Возможно несколько подходов к толкованию данного термина.

1. Системное толкование термина «турнир»

В соответствии с ст. 74.8 Регламента Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг. одной из обязанностей главного секретаря является

²³ Тульский «Арсенал» исключен из числа участников Чемпионата России [Электронный ресурс] // Российская федерация баскетбола. URL: <https://russiabasket.ru/news/36438/tulskij-arsenal-isklyuchen-iz-chisla-uchastnikov-championata-rossii> (дата обращения: 10.02.2020).

²⁴ Arbitration CAS 2009/A/1920 FK Pobeda, Aleksandar Zabrcanec, Nikolce Zdraveski v. Union of European Football Association (UEFA), award of 15 April 2010 [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1920.pdf#search=1920> (дата обращения: 10.02.2020).

²⁵ Регламент Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг. [Электронный ресурс] // Российская федерация баскетбола. URL: [https://russiabasket.ru/Files/Documents/1 Регламент 2019-20_ЧР_29.11.2019.pdf](https://russiabasket.ru/Files/Documents/1%20Регламент%202019-20_ЧР_29.11.2019.pdf) (дата обращения: 10.02.2020).

²⁶ Там же.

²⁷ Arbitration CAS 2014/A/3628 Eskişehirspor Kulübü v. Union of European Football Association (UEFA), award of 2 September 2014 (operative part of 7 July 2014) [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3628.pdf#search=3628> (дата обращения: 10.02.2020).

²⁸ Регламент Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг. [Электронный ресурс] // Российская федерация баскетбола. URL: [https://russiabasket.ru/Files/Documents/1 Регламент 2019-20_ЧР_29.11.2019.pdf](https://russiabasket.ru/Files/Documents/1%20Регламент%202019-20_ЧР_29.11.2019.pdf) (дата обращения: 10.02.2020).

размещение календаря игр (по возможности с расписанием тренировок команд), включая запланированные мероприятия: открытие и закрытие турнира, конкурсы²⁹.

В случае если возможно открытие и закрытие турнира, то турнир должен пониматься как розыгрыш Суперлиги в сезоне 2019/2020. Поэтому первое нарушение «Арсеналом» должно быть совершено в текущем сезоне. Подобное нарушение клубом было допущено в сезоне 2017/18 в матче с магнитогорским «Динамо». Следовательно, нарушение, совершенное «Арсеналом», не является повторным.

В соответствии с ст. 91.1.1 Регламента Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг. при первом нарушении, совершенном в рамках одного турнира, победа присуждается команде соперников со счетом «20:0». Команда проигрывает игру «лишение права», получает в классификации ноль очков, и на нее налагается штраф в размере 75 000 руб.³⁰

Исходя из вышеуказанной позиции, санкция РФБ должна быть отменена.

2. Системное толкование термина «соревнование»

В соответствии с ст. 1 Регламента Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг. соревнования — это Чемпионаты России среди женских клубов / команд Премьер-лиги, мужских и женских клубов / команд Суперлиги (Первый и Второй дивизионы), Первенства России среди юниоров и юниорок до 19 лет (Первенства ДЮБЛ), Кубки России среди мужских и женских клубов / команд — совокупность матчей Чемпионатов России среди женских клубов / команд Премьер-лиги, мужских и женских клубов / команд Суперлиги (Первый и Второй дивизионы), Первенств России среди юниоров и юниорок до 19 лет (Первенств ДЮБЛ), Кубков России среди мужских и женских клубов / команд³¹.

Следовательно, турнир не может быть просто Суперлигой 2019/20, поскольку в данном случае речь идет о соревновании. Кроме того, в соответствии с ст. 1 Регламента Чемпионата и Кубка России по баскетболу среди мужских и женских клубов / команд сезона 2019/20 гг. спортивный сезон — совокупность всех матчей Соревнований³². Следовательно, соревнование может проводиться в рамках одного сезона.

Таким образом, единственный вариант толкования термина «турнир» — совокупность всех соревнований, в данном случае — Суперлиг.

Исходя из данной позиции, «Арсенал» совершил повторное нарушение, и оснований для изменения санкции нет.

В соответствии со стандартом всесторонней убежденности, CAS, вероятно, согласится с первой позицией, так как она основана на толковании термина «турнир», а вторая позиция основывается на толковании «соревнований».

3. Грамматическое толкование термина «турнир»

CAS в своей практике использует данный способ толкования³³.

В соответствии со словарем Ожегова турнир — спортивное соревнование по круговой системе, когда все участники имеют между собой по одной (иногда более) встрече³⁴.

Обратимся к Оксфордскому словарю, поскольку спортивный арбитраж использовал его для определения значений слов в своей практике³⁵.

В соответствии с Оксфордским словарем турнир — спортивное соревнование с участием нескольких команд или игроков, которые принимают участие в различных играх и должны покинуть соревнование, если они проиграют. Соревнование продолжается до тех пор, пока не останется только победитель³⁶.

²⁹ Там же.

³⁰ Там же.

³¹ Там же.

³² Там же.

³³ Arbitration CAS 2017/A/5003 Jérôme Valcke v. FIFA, award of 27 July 2018 [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport. URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_5003_Final.pdf (дата обращения: 10.02.2020).

³⁴ Толковый словарь Ожегова [Электронный ресурс] // Толковый словарь Ожегова Онлайн. URL: <https://slovarozhegova.ru/word.php?wordid=32539> (дата обращения: 10.02.2020).

³⁵ Arbitration CAS 2017/A/5003 Jérôme Valcke v. FIFA, award of 27 July 2018 [Электронный ресурс] // Court of Arbitration for Sport. URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Award_5003_Final.pdf (дата обращения: 10.02.2020).

³⁶ Definition of tournament noun from the Oxford Advanced Learner's Dictionary [Электронный ресурс] // Oxford Learner's Dictionaries. URL: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/tournament?q=tournament> (дата обращения: 10.02.2020).

Следовательно, у турнира должны быть начало, конец и результаты.

Таким образом, турнир не может пониматься как совокупность всех проведенных Суперлиг (Суперлиги 2019/2020, Суперлиги 2018/2019 и т. д.).

Поэтому допущенное нарушение не является повторным.

Исходя из вышесказанного, CAS, вероятно, признает санкцию РФБ неправомерной.

Подводя итог, можно сделать вывод о том, что в данном случае CAS, с высокой долей вероятности, согласится с тем фактом, что имело место манипулирование результатом матча.

Основным и самым сложным вопросом является проблема определения повторного правонарушения. Исходя из имеющейся информации, CAS может признать санкцию неправомерной и отменить в этой части решение РФБ.

Данное дело может иметь большое значение для формирования практики CAS и РФБ по данной категории споров, однако сейчас это только предположение.

На сегодняшний день остается надеяться, что РФБ внесет необходимые изменения в правовые акты, регламентирующие проведение соревнований, и устранил противоречия.

Материал выверен, цифры, факты, цитаты сверены с первоисточником, материал не содержит сведений ограниченного распространения.

Литература

1. *Афанасьев Д. А., Васильев И. А.* Обзор практики Спортивного арбитражного суда за 2009–2014 гг. по привлечению клубов к спортивной (дисциплинарной) ответственности за манипулирование результатами матчей // *Петербургский юрист*. 2018. № 1. С. 72–94.
2. *Крус А. С.* Манипуляция или незаконное влияние на результат матча // В сб.: *Правовая политика России в сфере осуществления судебной власти : сборник научных статей*. СПб. : Астерион. 2019. С. 215–220.
3. *Цай Цзяюнь, Васильев И. А., Измалкова М. П.* [и др]. Проблемы доказывания при привлечении футбольных клубов к ответственности за манипулирование результатами матчей: практика Спортивного арбитражного суда (CAS) за 2009–2014 гг. // *Журнал Сибирского федерального университета. Гуманитарные науки*. 2019. № 3. С. 343–362.

References

1. *Afanasiev D. A., Vasiliev I. A.* Review of the practice of the court of arbitration for Sport in 2009–2014 on attracting clubs to sports (disciplinary) responsibility for manipulating match results [Obzor praktiki Sportivnogo arbitrashnogo suda za 2009–2014 gg po privlicheniu klubov k sportivnoy (disciplinarnoi) otvetstvennosti za manipulirovanie rezultatami matchei] // *St. Petersburg lawyer [Peterburgskii urist]*. 2018. № 1. P. 72–94. (In rus)
2. *Krus A. S.* Manipulation or illegal influence on the result of the match [Manipuliacia ili nezakonnoe vliianie na rezultati futbolnogo matha] // in SB.: *Legal policy of Russia in the sphere of judicial power: Collection of scientific articles [Pravovaya politika Rossii v sfere osushestvlenia sudebnoy vlasti]*. SPb. : Asterion. 2019. P. 215–220. (In rus)
3. *Jun C., Vasilyev I. A., Izmailkova M. P., Dongmei P., Khalatova R. I.* Problems of proof in football clubs' disciplinary liability for match-fixing : Practice of the court of arbitration for sport (CAS) (2009–2014) // *Journal of Siberian Federal University — Humanities and Social Sciences*. 2019. № 3, 05.2019. P. 343–362. (In rus)

ОБЗОРЫ

Материалы Третьей конференции «Конституция России вчера, сегодня, завтра» (Санкт-Петербург, 9–10 декабря 2019 г.), часть вторая¹

АННОТАЦИЯ

Материал посвящен обзору выступлений экспертов на 3-й Конференции «Конституция России: вчера, сегодня, завтра», состоявшейся в г. Санкт-Петербурге 9–10 декабря 2019 года. Эксперты, участвовавшие в конференции, проанализировали становление и современное состояние государственного устройства Российской Федерации, его особенности и возможные пути развития; возможные пути развития государственного устройства Российской Федерации в направлении федерализма, конфедерации и унитаризма; обсудили актуальные проблемы и особенности федерализма.

Ключевые слова: Конституция Российской Федерации, федерализм, конфедерация, унитаризм, Федеративная Республика Германия

Materials of the Third Conference “The Constitution of Russia Yesterday, Today, Tomorrow” (St. Petersburg, December 9–10, 2019), second part²

ABSTRACT

This material is devoted to a review of expert speeches at the Conference “The Constitution of Russia: Yesterday, Today, Tomorrow”, held in St. Petersburg on December 9–10, 2019. The problems of modern federalism were discussed at the conference. The experts analyzed the origins and causes of the existing state structure in the Russian Federation, its features and possible development paths; possible ways of developing the state system of the Russian Federation in the direction of federalism, confederation and unitary state; discussed current issues and features of federalism.

Keywords: Constitution of the Russian Federation, federalism, federalism, confederation, unitary state, Federal Republic of Germany

В декабре 2019 года в Санкт-Петербурге прошла 3-я конференция «Конституция России: вчера, сегодня, завтра», посвященная проблемам конституционного права в Российской Федерации. Организаторами Конференции выступили: юридический факультет Северо-Западного Института управления РАНХиГС, Фонд «Президентский центр Б. Н. Ельцина», Уполномоченный по правам человека в Санкт-Петербурге и Президентская библиотека им. Б. Н. Ельцина.

На конференции обсуждались актуальные вопросы российского конституционализма, в том числе проблемы федеративного устройства государства, роль, проблемы и перспективы развития федерализма как в России, так и на международном уровне. Журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» продолжает публикацию материалов конференции, начатую в предыдущем номере³.

В рамках второго дня конференции по традиции состоялись Ельцинские мемориальные лекции, посвященные событиям начала 1990-х годов и участию в этих событиях первого Президента России Б. Н. Ельцина. В минувшем году на конференции выступили декан высшей школы государственного аудита МГУ, руководитель центра правового обеспечения социально-политических процессов Института социально-политических исследований РАН Сергей Михайлович Шахрай с мемориальной лекцией на тему **«Борис Ельцин. Конфликты, компромиссы, легитимация власти, Конституция»** и бывший премьер-министр Эстонской Республики, экс-мэр Таллина Эдгар Сависаар, тема лекции: **«Воспоминания о Ельцине»**.

Сергей Михайлович Шахрай. Мне кажется важным рассказать о событиях, предшествовавших принятию Конституции Российской Федерации, по двум причинам: во-первых, во всех этих событиях я принимал непосредственное участие, а во-вторых, историю ельцинских времен мы

¹ Обзор подготовлен редакцией журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы.

² The review was prepared by the editors of the journal “Theoretical and Applied Law” of the North-West Institute of Management of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration.

³ См.: Материалы Третьей конференции «Конституция России: вчера, сегодня, завтра» (Санкт-Петербург, 9–10 декабря 2019 г.) // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2020. № 1. С. 66–78.

с коллегами много раз тщательно проверили и перепроверили по архивам, исследовали и проанализировали не только изнутри, но и на научной, архивной, фактологической основе; издали большую серию книг, сборников, документов под эгидой Фонда современной истории. Часть из них хранится здесь, в Президентской библиотеке. Я выбрал несколько ярких эпизодов, которые позволяют в наибольшей степени отразить ту эпоху.

Эпизод первый. 8 декабря 1991 года были подписаны Беловежские соглашения. Распространенный миф гласит, что в этот день три мужика в белорусском лесу за веселым застольем развалили СССР — мощную ядерную державу почти с двухмиллионной армией и супер-КГБ. Правило пропаганды гласит: чтобы в ложь поверили, она должна быть чудовищна, но в ней должна быть капля правды. Единственная капля правды в истории о Беловежье — это то, что стол там был, но совсем не веселый, это были скорее поминки. А чудовищная ложь заключается в том, что 8 декабря 1991 года якобы еще можно было что-то развалить. Но к тому моменту Союза ССР уже не было. На 8 декабря 1991 года в составе СССР оставались только две республики: Россия и Казахстан. Остальные 13 уже стали независимыми государствами. Последней из состава СССР вышла Украина 1 декабря 1991 года, на всеукраинском референдуме 92% населения проголосовало за выход из СССР.

Кстати, именно эти даты с августа по декабрь 1991 года, то есть до даты подписания соглашения об образовании СНГ, официально считаются днями образования независимых государств из бывших союзных республик, которые признаны ООН, а потому именно в эти даты наш Президент и другие мировые лидеры шлют официальные поздравления с днем независимости нашим бывшим соседям по СССР. Вдобавок еще в августе 1991 года не стало единого правительства СССР, единой армии, сил безопасности и охраны порядка. Вместо них Верховный Совет СССР, заметьте, не российский парламент, а союзный, создал какие-то невнятные межреспубликанские координационные структуры. Поэтому 8 декабря 1991 года три президента республик, две из которых уже были независимыми государствами, Украина и Белоруссия, подписали «свидетельство о смерти СССР», юридически оформили свершившийся факт и создали платформу для интеграции содружества независимых государств.

Часто задают вопрос, а можно ли было сохранить СССР. Обычно я отвечал, что к тому времени уже было нельзя, потому что слишком сильные действовали факторы распада: жестокий экономический кризис, непримиримые противоречия между республиками, а самое главное, это борьба внутри КПСС — единственной организации страны, которая не была по сути партией, а как раз и была той властью, которая держала всю конструкцию СССР. Внутренняя борьба за власть привела к совершению резких шагов вроде попытки отстранения М. С. Горбачева с поста президента и лидера партии. М. С. Горбачев в ответ отстранил от власти партию, сложил с себя полномочия Генерального секретаря ЦК КПСС и призвал всех честных коммунистов выйти из КПСС. За месяц, с конца августа по начало сентября 1991 года, все республиканские организации вышли из КПСС. Не стало партии — не стало государства.

Но теперь по прошествии лет и тонны изученных документов я думаю, что СССР можно было бы сохранить, но не в декабре и не в августе 1991 года, а примерно в 1989–1990 году, если бы Президент СССР не свернул в сторону союзного договора, идею которого ему предложила эстонская делегация.

Дело в том, что поначалу была мысль, и совершенно правильная, принять новую Конституцию СССР, которая бы учитывала все изменения и перемены: единая конституция для единого государства. И такой проект был: о нем на заседании ЦК КПСС докладывал академик Кудрявцев. Но с 1989 года Президент СССР склонялся к идее союзного договора.

Идея союзного договора основывалась на следующих исторических предпосылках: в 1940 году Эстонию, как и Литву с Латвией, присоединили к СССР силой на основании Пакта Молотова — Риббентропа, и, по мнению некоторых, все это юридически, эстетически, политически выглядело некрасиво, нелегитимно, недемократично. Делегация от Эстонии обратилась к Михаилу Сергеевичу Горбачеву с предложением подписать союзный договор, чтобы отношения стран стали политически и юридически оформленными. При этом Эстония акцентировала внимание на том, что она не предлагает выход из СССР, а, наоборот, стремится оформить вхождение Эстонии в СССР формально и юридически красиво. В последующем тему союзного договора, но уже для перестройки всего государства, подняли депутаты СССР на своем первом съезде. Для того чтобы идея союзного договора была принята позитивно и большинством, существовали и субъективные причины — внутрипартийная борьба за курс, за методы развития страны. М. С. Горбачев видел, что попытки силой задавить политические движения в союзных республиках ведут ровно к обратному результату. И в начале апреля 1991 года на заседании Совета безопасности СССР

он заявил, что отказывается от жестких мер, берет курс на выработку новой программы действий вместе с популярными лидерами союзных республик, выступающих за сохранение обновленного союза. На тот момент в СССР было три независимых государства, 7 суверенных республик и 8 президентов. Один из них — Борис Николаевич Ельцин — самый яркий, влиятельный и решительный. Союзное центральное руководство в целях ослабления лидерских позиций Б. Н. Ельцина решило договориться с его подчиненными. Соответственно, союзный центр пообещал российским автономиям, что они в обмен за отказ от поддержки Б. Н. Ельцина и демократической России получат статус союзных республик и наравне с ними, союзными республиками, учредят новый союз. Это звучало, конечно, не так кардинально, а очень демократично называлось планом автономизации, но для России это было крахом, потому что из состава РСФСР в результате реализации такого плана выходило 16 автономий, то есть 51% территории со всеми стратегическими ресурсами. Так начался «парад суверенитетов» внутри России, который откликается эхом до сих пор.

В этих условиях декларация о суверенитете 12 июня 1990 года⁴ была призвана ослабить именно этот процесс — процесс развала РСФСР. 86% делегатов съезда народных депутатов РСФСР были члены КПСС, руководители крупных предприятий. В декларации нет ни слова о независимости, в ней речь идет об обновленном союзе, о союзном гражданстве, о союзном законодательстве.

Когда в августе 1991 года случился в Москве путч, М. С. Горбачева изолировали в Крыму в Форосе, а Б. Н. Ельцин еще не успел «залезть на танк», чтобы объявить путчистов вне закона, лидеры российских автономий, все до единого, уже сидели в приемной вице-президента Г. И. Янаева, который объявил себя Президентом СССР. Они все приехали за получением статуса союзных республик, хотели удостовериться, что ранее обещанный статус ГКЧП у них не отберет. Если бы путч не провалился, то уже 21 августа 1991 года РСФСР могла стать конфедерацией, и это в лучшем случае, или вообще прекратить свое существование как государство. Ведь помимо плана автономизации у союзного центра в борьбе с новым российским руководством были и другие идеи. Например, 14 июля 1989 года в газете «Известия» был опубликован документ в рамках подготовки к сентябрьскому заседанию Политбюро и Пленума ЦК КПСС. В этом документе предлагалось создать на территории РСФСР 7 союзных республик. Вместо одной России — семь новых. Почти как нынешние федеральные округа.

В общем на протяжении 1990–1993 годов Россия могла не раз развалиться, не только из-за внешних интриг, но и изнутри, потому что люди часто объединяются перед лицом внешнего врага, а когда он исчезает, начинаются внутренние дразги, междоусобицы элит. Так случилось и в России после распада Советского Союза. Началась борьба за власть между старыми партийцами и новым российским руководством.

Эпизод второй — референдум. По прошествии лет становится понятно, что любые серьезные реформы, любые большие дела и даже большой бизнес нуждаются в политической и юридической защите, но, когда в конце 1980-х годов все говорили о необходимости реформ в СССР и России, никто всерьез не задумывался об их правовой и политической защите. Поэтому первым законом РСФСР, над которым мне пришлось работать, был именно закон о референдуме. Его приняли 16 октября 1990 года. Идея закона состояла в том, чтобы в самых критически острых ситуациях люди шли не на баррикады, а к урнам для голосования, это был своего рода клапан выпуска пара из перегретого социального политического котла.

Может, это немного нескромно, но я нашел свое старое выступление в Верховном Совете РСФСР, когда мы с коллегами представляли этот закон, а Верховный Совет РСФСР не хотел его принимать. Я говорил о том, что «меня волнует конфликт между союзным и республиканским парламентами, это можно назвать параличом власти, но над всеми парламентами есть высший судья — народ, и если мы не примем закон о референдуме, то тем самым мы отнимем у себя одну из немногих возможностей нормального цивилизованного выхода из конфликта, без конфронтации, без гражданской войны, а именно путем обращения к народу, вынесением вопросов на всенародное голосование». Моя позиция с тех пор не изменилась ни на йоту. Я считал и считаю, что именно всенародное голосование — прямое обращение к народу — это одна из возможностей нормального цивилизованного выхода из конфликта, без конфронтации, без гражданской войны. И опыт показал, что именно механизмы референдума, механизмы прямой демократии увели страну от края пропасти. Можно по-разному относиться к прошедшим референдумам:

⁴ См.: Декларация СНД РСФСР от 12.06.1990 № 22-1 «О государственном суверенитете Российской Советской Федеративной Социалистической Республики» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 2. Ст. 22. — Прим. ред.

референдуму по сохранению СССР и референдуму, вошедшему в историю по формуле «да-да-нет-да»⁵. Но факт есть факт — страна обошлась без революций и гражданской войны.

Сегодня, когда кризисное время ушло в историю, когда наступила стабильность, закон о референдуме как бы уснул, хотя именно этот политико-правовой и абсолютно конституционный механизм мог бы решить многие острые вопросы, которые сейчас оказались загнанными вглубь и по факту снова ведут к росту напряжения.

Как бы то ни было, но я твердо уверен, что референдумы будут востребованы, но не только как механизм снятия социального напряжения, а прежде всего как механизм прямого участия граждан во власти, прямого принятия решений с использованием современных информационных технологий, например технологий блокчейна, которые гарантируют доверие к результатам референдума. Скоро нам вообще не понадобится парламент, мы все решения будем принимать сами в режиме онлайн, особенно учитывая, что 72% населения России уже имеет доступ к сети Интернет и Россия по этому показателю занимает восьмую строчку в мировом рейтинге.

Эпизод третий — штурм Белого Дома. События октября 1993 года — это результат сбоя в работе механизмов референдума, когда не сработали формализованные инструменты поиска согласия. Это был эпизод настоящей гражданской войны, пусть ограниченной периметром внутри Садового кольца в Москве, но от того не менее кровавый. Именно от того, что это была гражданская война, где брат идет на брата и нет ни правых, ни виноватых, я как лидер тогда третьей по численности партии в Государственной Думе — Партии российского единства и согласия — предложил проект постановления об амнистии всех участников событий осени 1993 года. Гражданская война не может закончиться в залах суда. Только амнистия, только согласие и только примирение. Большинство в один голос мы провели это постановление, и я этим горжусь. Б. Н. Ельцин не мог психологически так отнестись к этим событиям, а потому не простил мне этого решения.

Как всегда, возникает вопрос, а можно было обойтись без такого конфликта? Наверное, можно, но история не знает сослагательного наклонения. В любом случае, у нас точно была историческая развилка, после которой ситуация свернула на ту дорогу, где уже вариантов не было. Эта развилка называется «нулевой вариант».

Для разрешения конфликта объявляются внеочередные одновременные выборы и президента, и съезда депутатов России. Теперь уже вошло в историю, а раньше даже не говорили о том, что буквально накануне кровавой развязки в октябре 1993 года состоялись переговоры в Свято-Даниловом монастыре при посредничестве патриарха Алексия II, когда делегацией во главе с Б. Н. Ельциным был подписан протокол о согласии на «нулевой вариант» и начале сдачи оружия теми, кто был в Белом Доме, и, соответственно, об отводе войск. Однако этот протокол сначала даже не был показан депутатам, сидящим в Белом Доме, а потом они восприняли согласие Б. Н. Ельцина на «нулевой вариант» как слабость и начали давить, причем с оружием в руках. Шанс на примирение был потерян.

Лично я считаю, что на «нулевой вариант» надо было идти сразу после апрельского референдума 1993 года. Надо было использовать энергию референдума и его уникальные результаты и уже в июне объявлять одновременные досрочные выборы президента и депутатов. Но этого не произошло.

Кстати, одной из причин такой аберрации сознания, когда предложение президента о переходе на «нулевой вариант», пусть уже и в октябре, было воспринято как слабость, была действующая конституция. Множество раз за 18 месяцев переправленная и дополненная, она давала одновременно аргументы как в пользу всенародно избранного президента, так и в пользу съезда народных депутатов. Собственно, преодоление этой конституционной двусмысленности и привело в итоге к рождению новой Конституции РФ.

Эпизод четвертый — Конституция. Как вы знаете, чем дальше от момента принятия действующей Конституции, тем больше у нее становится авторов. Особенно после того, когда действующий Президент РФ В. В. Путин твердо сказал, что Конституция должна оставаться стабильной. Например, есть одна из версий, что автором действующей Конституции был А. А. Собчак.

Дело в том, что у А. А. Собчака и С. С. Алексеева, в последующем соавтора действующей Конституции РФ, был собственный проект Конституции в 1992 году. Они активно его продвигали, но когда появился президентский проект, написанный С. С. Алексеевым и мною, С. М. Шахраем,

⁵ Всероссийский референдум 25 апреля 1993 года, на который были вынесены четыре вопроса: о доверии президенту РФ Ельцину Б. Н.; об одобрении проводимой им социально-экономической политики; о необходимости проведения досрочных выборов Президента РФ; о необходимости проведения досрочных выборов депутатов народного собрания РФ. — Прим. ред.

А. А. Собчак не только не поддержал этот проект, но резко выступил против него. Например, в начале августа 1993 года здесь в Петербурге состоялся форум депутатов города, области, на котором более 400 человек, 32 партии, общественные организации обсуждали, а вернее осуждали президентский проект Конституции и не одобрили его, как и А. А. Собчак, который критиковал проект на президентских советах.

Какие бы новости мы не узнавали в последние годы, но факт остается фактом, текст Конституции 1993 года написан по прямому поручению Б. Н. Ельцина двумя людьми, С. С. Алексеевым и мной, С. М. Шахраем. С. С. Алексеев написал второй раздел, сильнейший, о правах и свободах человека. Остальные разделы пришлось писать мне, а раздел о Президенте РФ мы писали с ним, как Ильф и Петров: один охранял рукопись, а другой бегал и согласовывал текст с Президентом.

Как известно, существует конспирологическая теория о том, что Конституцию России написали американцы и через американское посольство передали Б. Н. Ельцину, а С. М. Шахрай и С. С. Алексеев только оформляли эту посылку от американцев. Но любой юрист скажет, что если уж поискать какую конституцию, которая была бы дальше всего от нашей, так это американская: ни по одному пункту не совпадает. В США президент — глава исполнительной власти. Там нет правительства как кабинета министров. Это совсем другая система власти: есть исполнительное лицо и вокруг него госсекретари.

Система управления, положенная в основу Конституции России, едва ли не старше самих Соединенных Штатов, она имеет корни еще в работе М. М. Сперанского 1809 года «О Своде законов государства Российского». Он тогда не писал целый проект Конституции, но нашел некоторое золотое правило, которое позволило ему решить нетривиальную задачу: вписать государя в конституцию, определить его место в системе конституционного устройства. И когда сегодня называют Б. Н. Ельцина или В. В. Путина царем, то в этой шутке только половина шутки, потому что именно единоличный правитель, глава государства в нашей исторической традиции является для граждан огромной многонациональной страны символом единства и верховным арбитром.

Конечно, те, кто называет так Б. Н. Ельцина или В. В. Путина, скорее всего, пытаются намекнуть на их авторитарный стиль правления. Но, во-первых, в сложных ситуациях кто-то должен брать на себя персональную ответственность за принимаемые решения. Вряд ли капитан, чей корабль оказался в шторм без средств навигации, будет выбирать курс путем парламентских дебатов. А во-вторых, действующая Конституция содержит все необходимые сдержки и противовесы, чтобы наш лидер был именно символом единства и верховным арбитром, а не диктатором. Кстати, политологи, историки знают, что диктатура парламента страшнее, чем диктатура президента.

Хочется также обратить внимание на то, что В. В. Путин — это первый в нашей конституционной истории глава государства, который, придя к власти, не переписал Конституцию под себя. До этого у нас была Ленинская конституция, Сталинская конституция, Брежневская конституция. Н. С. Хрущев написал очень хорошую Конституцию в 1964 году. Свой проект Конституции был и у М. С. Горбачева. Первый, кто сломал эту традицию, — это действующий глава государства. Наша Конституция создана именно для нашей страны, и если сейчас ее заменить другой конституцией, более логичной, как считают некоторые критики, американской или более демократичной немецкой моделью, то политическая система и вся страна просто рухнет, развалится.

Я уже не раз говорил, что когда писали действующую Конституцию, то довольно долго занимались разделом, регулирующим полномочия Президента, в том числе потому что мы с С. С. Алексеевым прекрасно знали характер Б. Н. Ельцина, поэтому нам, в отличие от того, что говорят критики, приходилось больше думать не о том, как расширить полномочия Президента, а, напротив, как бы их понадежнее ограничить. В итоге мы, используя идеи М. М. Сперанского, решили вывести главу государства из системы исполнительной власти и передать ему всего пять-шесть полномочий, которые в любом нормальном, не революционном государстве называются спящими: помилование, представление парламенту кандидатуры премьера, судей Конституционного суда и Верховного суда, генерального прокурора и прочих должностных лиц. В шутку мы эту конструкцию назвали «российская модель британской королевы». Это совсем не означало, что мы собирались сделать президентский пост декоративным, напротив, в ситуации острого конфликта властей стране была нужна сильная авторитетная фигура, стоящая над схваткой, способная быть арбитром и обладающая достаточными конституционными полномочиями, чтобы принудить конфликтующие стороны к нахождению компромисса.

Поэтому появились нормы и процедуры, предполагающие, что Президент не проявляет особой активности, когда в стране все в порядке, а когда возникают разногласия между ветвями власти, между центром и регионом, он немедленно активизируется и начинает действовать. Для этого у него есть целый арсенал возможностей: например, для урегулирования любого противоречия

он может использовать согласительные процедуры, если не помогает — обращение в Конституционный суд, отстранение чиновника от должности. Если и такие способы оказываются неэффективными, он может использовать институт чрезвычайного положения или даже институт прямого федерального вмешательства. Даже в случае серьезного конфликта федерального парламента и правительства у Президента есть право и обязанность решить этот конфликт одним из двух способов: поменять правительство либо назначить новые выборы нового парламента.

Тот факт, что «модель британской королевы» не удалось в полной мере реализовать на практике, связан по большей мере с необходимостью активных действий в сложной социально-экономической ситуации того периода, а также с особенностями характера Б. Н. Ельцина, да и действующего Президента.

Кстати, в первоначальном проекте Конституции, который мы писали с С. С. Алексеевым, Президент не был наделен правом принимать указы, имеющие нормативно-правовую силу, силу закона, но в итоговом тексте, который был вынесен на всенародное голосование, такое право у Президента появилось — это результат работы Конституционного совещания и категоричного согласия с этим самого Президента Б. Н. Ельцина.

Например, сразу после принятия новой Конституции законодатели довольно долго саботировали принятие целого ряда законов, необходимых для реализации Конституции. Президенту приходилось заполнять эти пробелы своими указами, и это было его право и обязанность, что подтвердил Конституционный суд 30 апреля 1996 года⁶. Возникали ситуации, когда члены правительства не хотели брать на себя ответственность за какие-то непопулярные меры и прятались за спиной Президента, даже Виктор Степанович Черномырдин основные решения перекладывал на Президента, и только один премьер, Евгений Максимович Примаков, сумел в полном объеме воспользоваться моделью, которая закреплена в Конституции, потому что он пришел на пост Председателя Правительства РФ как фигура согласия парламента и Президента, и даже внутри парламента его поддерживали практически все фракции. Президент не вмешивался и не мог вмешаться в его полномочия. Это была как раз та модель, реализация которой и предполагалась согласно действующей Конституции, — исполнительную власть возглавляет правительство во главе с Председателем Правительства.

Эпизод пятый — Учредительное собрание. Гражданская война в России и все проблемы начались не в феврале и даже не в октябре 1917 года, а после 6 января 1918 года, когда было распущено Учредительное собрание. Мало кто знает, что первый декрет, который подписало правительство большевиков, это был декрет о назначении выборов в Учредительное собрание. Общество ждало Учредительное собрание, и даже большевики после переворота не могли это ожидание проигнорировать.

Постановление о выборах в Учредительное собрание⁷ было самым демократичным в мире в то время. Полученный состав Учредительного собрания был, как говорят, репрезентативным и представительным для российского государства, но большевики получили в два раза меньше, чем эсеры, и поэтому судьба Учредительного собрания была предрешена. Близким по своей природе к Учредительному собранию было, на мой взгляд, Конституционное совещание 1993 года, которое хоть и было органом представительным, но имело исключительно совещательные полномочия, и оно было создано по решению Президента, не было выборов, но тем не менее Конституционное совещание 1993 года фактически играло роль Учредительного собрания в целях принятия Конституции. Поскольку было понятно, что депутаты не примут Конституцию своим решением, рассматривалось два варианта принятия Конституции: силами Учредительного собрания или на всенародном референдуме. К счастью, был выбран последний вариант.

Проблема полномочий и правосубъектности Учредительного собрания — это проблема легитимности власти. Невнимание к этому вопросу приводит к тому, что здание государственного управления строится на песке и потом в один миг разваливается, я имею в виду здание КПСС и СССР.

В современной истории мы применили тактику двойной легитимности. Сама Конституция была принята всенародным голосованием, и это половина дела. Вторая половина состояла в том, что по правилам этой Конституции неоднократно прошли выборы Президента и парламента. И даже

⁶ Постановление Конституционного суда РФ от 30.04.1996 № 11-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 Указа Президента Российской Федерации от 3 октября 1994 г. № 1969 «О мерах по укреплению единой системы исполнительной власти в Российской Федерации» и пункта 2.3 Положения о главе администрации края, области, города федерального значения, автономной области, автономного округа Российской Федерации, утвержденного названным Указом».

⁷ Постановление Совета народных комиссаров РСФСР от 27.10.1917 «О созыве учредительного собрания в назначенный срок». — Прим. ред.

те, кто говорил, что Конституция 1993 года принята в рамках нелегитимной процедуры, приняли правила этой Конституции, пойдя на выборы по этим правилам, и таким образом они легитимировали этот Основной закон, эту Конституцию и этот порядок.

Совершенно неожиданно история подарила нам подтверждение правильности этого подхода применительно к Республике Татарстан. На территории республики не признавалась Конституция 1993 года, не проводились выборы в Совет Федерации, Государственную Думу, делегация Татарстана присутствовала в Венецианской комиссии⁸ в ожидании подтверждения признания конституции республики и самой республики как независимого государства. Только федеративный договор с Республикой Татарстан, который мучительно разрабатывался в течение трех лет, позволил сохранить республику в составе Российской Федерации, а возможность заключить такой договор была предусмотрена статьей 11 Конституции 1993 года. Через месяц после подписания договора с Татарстаном прошли выборы двух членов Совета Федерации и пяти депутатов Государственной Думы. Соответственно, в Венецианскую комиссию были представлены итоги этих выборов, как подтверждение того, что участие в общенациональных парламентских выборах есть признание общенационального суверенитета и факт признания вхождения этого субъекта в состав единого государства. Как распределены полномочия внутри государства, это другой вопрос, но участие в общенациональных выборах — признание общенационального суверенитета.

Эпизод шестой — Союзный договор с Белоруссией. Я думаю, что про это практически никто не помнит или не знает, но, когда мы готовили первый договор с Белоруссией о Союзном государстве, Татарстан настаивал на том, чтобы стать в этом союзе третьим участником, мотивируя это тем, что республика — независимое государство, живет по международному праву и поэтому может войти в союз с Белоруссией как равноправный член и учредитель.

Сама идея союзного договора появилась после того, как фракции коммунистов и аграриев получили больше 40% в новой Государственной Думе и стали пытаться принять какие-то акты, чтобы повернуть историю вспять. Например, 15 марта 1996 года Государственная Дума приняла постановление об углублении интеграции народов, объединившихся в СССР, отмене постановления Верховного совета РСФСР от 12 декабря 1991 года о денонсации договора об образовании СССР и т. д.

Подготовка и подписание союзного договора с Белоруссией повернули ход истории в другую, позитивную сторону.

В те времена А. Г. Лукашенко был чуть ли не главным активным участником создания Союзного государства. Он лично объехал чуть ли не половину России, агитируя за союз. Это было очень похоже на праймериз будущего президента новой страны. Сейчас ситуация выглядит диаметрально противоположным образом. А. Г. Лукашенко четко понимает, что в случае создания более интегрированного союзного государства он не сможет занять пост президента в таком государстве, и поэтому сдерживает процесс интеграции государств.

Эпизод седьмой — Конституция и раздвоение реальности. Возвращаясь к Б. Н. Ельцину и Конституции, хочу отметить, что в начале 1990-х годов Конституция была абсолютно реальной, это значит, что то, что в ней было записано, то и претворялось в жизнь. Однако, как показывает опыт в нашей стране, исторически предписанные, установленные законом институты и механизмы довольно быстро начинают расходиться с фактическими. В этом, возможно, одна из устойчивых особенностей нашего государства и общества. Поэтому раньше или позже, в противовес тому, что установлено Конституцией, начинают создаваться параллельные, почти зеркальные фактические властные институты.

Такое раздвоение прослеживается через всю нашу историю. Например, очевидно, что раздвоенность власти, юридическая и фактическая, существовала в советский период между представительными органами, советами и КПСС. Когда в начале 1990-х годов на стотысячных митингах в Москве звучал лозунг «Вся власть Советам!», он был подлинно революционным, поскольку призывал возвращение реальной власти тем органам, за которыми она была записана в Конституции.

Как известно, попытка изложить в Основном законе права, соответствующие реальному положению дел в системе власти в СССР, уменьшить степень фиктивности Конституции и тем самым повысить степень общественно-политической стабильности, была предпринята только в Конституции 1977 года, статья 6 которой устанавливала, что руководящие направляющие силы советского общества, ядро политической системы государственных и общественных организаций составляет Коммунистическая партия Советского Союза, что соответствовало реальному положению дел.

⁸ Европейская комиссия за демократию через право — консультативный орган по конституционному праву, созданный при Совете Европы в 1990 году. — Прим. ред.

В 1992 году, когда Конституционный суд рассматривал дело КПСС, то запрет партии был признан соответствующим Конституции, а партия была «осуждена» не за коммунистическую идеологию или уголовное злодеяние, в основу решения и законности роспуска партии легло то обстоятельство, что КПСС подменяла собой органы государственной власти, присвоила себе государственную власть.

Потом, как я говорил, после принятия Конституции 1993 года, она стала творить новую реальность, в определенный период времени расхождения между юридической и фактической Конституцией практически не было, но постепенно ситуация изменилась.

Расхождения между формальной и реальной Конституцией можно продемонстрировать на следующих примерах. У нас есть Государственная Дума — законодательный и представительный орган, который имеет все властные полномочия, но показатель авторитета у этого органа в обществе невелик. В то же время создана Общественная палата, которая объединяет авторитетных людей, лидеров общественного мнения, но не имеет никаких реальных властных полномочий. У нас есть Совет Федерации — полновластный, но не авторитетный в силу выбранного порядка его формирования орган, когда его члены не являются действительными представителями, заинтересованными в развитии представляемого ими региона. И есть Государственный совет, авторитетный по составу, — это первые лица регионов, но без реальных полномочий. У нас есть Правительство — формально высший орган исполнительной власти, но политически не самостоятельная и не авторитетная инстиутция, и администрация Президента, в которой принимаются все важнейшие решения. Аналогичная картина и в судебной власти.

Все, что я хочу показать на основе этих примеров, — авторитет и власть находятся в разных измерениях. И если эта тенденция будет продолжена, степень фиктивности Конституции, степень несовпадения фактических общественных отношений и основного закона достигнет критической точки.

У нас еще есть возможность вернуться, уйти от этой раздвоенности организации государственного управления. Для этого необходимо принять конституционный закон о парламенте, конституционный закон об администрации Президента. Инструменты для устранения таких несоответствий предусмотрены в самой Конституции, нужна только политическая воля на то, чтобы их использовать.

Изменение сложившейся ситуации, на мой взгляд, необходимо начинать с проведения судебной реформы, которая должна нас вернуть к идеалам реформы 1864 года, проводимой Александром II. Надо хотя бы сделать то, что он сделал: он развел границы судебных округов с границами губерний, обеспечил независимость судебной власти, ввел институт судебного следователя в качестве инструмента судебного контроля за предварительным следствием; судебный следователь назначался императором по представлению министра юстиции, имел огромную зарплату. При реализации таких мер, на мой взгляд, немыслима была бы ситуация, когда, согласно статистике, из двухсот тысяч уголовных дел по хозяйственным преступлениям до суда дошло только 15%, но при этом бизнес людей, попавших в машину предварительного следствия, был разрушен, собственность у них отобрали.

Казалось бы, какое отношение эти частные вопросы имеют к нашей сегодняшней и завтрашней жизни. Однако есть такие категории, как доверие и справедливость. Вернуть доверие общества и бизнеса к власти лозунгами уже нельзя. Только реальные изменения, реформы помогут государству и обществу повернуться лицом друг к другу. При этом необходимо отметить, что природа нашей республики не парламентская, в основе нашего перехода от самодержавия, монархии к республике лежит не парламент. На сорок лет раньше парламента была создана независимая судебная власть, и таким образом у нас судебная власть является основой демократического устройства государства.

В завершение рассказа о периоде, когда создавалась действующая Конституция России, хочется отметить самое главное о Б. Н. Ельцине. Первый Президент России во всех событиях той эпохи не допустил гражданского столкновения и гражданской войны, не допустил преследование старой элиты, не шел на поводу целиком у новой элиты, может, интуитивно, но он маневрировал, и мы вышли из того бурного штормящего моря в сегодняшний день. Давайте об этом помнить.

Эдгар Сависаар. Я считаю, что Борис Николаевич Ельцин был человеком, который для меня и для всей истории имеет большое значение. Без него в начале 1990-х годов судьба Эстонии могла иметь совсем иную окраску и совсем другое развитие.

Первый раз я встречался с Б. Н. Ельциным весной 1990 года, когда он еще был заместителем председателя Комитета по строительству. В то время он еще не имел большой известности и популярности, и моим друзьям было довольно легко организовать нашу встречу. В тот период он

не имел поддержки партийных руководителей, это не секрет, и мало кто верил, что он еще сможет показать себя.

Началась эта встреча довольно своеобразно: Б. Н. Ельцин сказал мне, что комнату прослушивают, и предложил пройти в другое помещение. Что мы и сделали. Это был первый раз, когда один из советских руководителей мне прямо сказал, что беседу прослушивают. Мы говорили о будущем как для России, так и для Эстонии. Он не исключал возможности восстановления независимости Эстонии, как это было до Второй мировой войны. Вообще он был настроен оптимистически и обещал мне посетить Эстонию в том же году.

К сожалению, этого не случилось, потому что и у Б. Н. Ельцина, и у меня были трудные времена. Он посетил Эстонию только в следующем году и уже совершенно по другим обстоятельствам, во время январского кризиса.

При активном участии Бориса Николаевича в 1991 году был подписан договор о совместной работе между Эстонией и Россией⁹.

К сожалению, в это же время в Литве происходили трагические события, известные как «Январский кризис»¹⁰.

На этом этапе мы в Эстонии тоже чувствовали себя в опасном положении. Мы не знали, что будет дальше, так как советские власти начали использование военной силы, а мы этого не ожидали и, наверное, психологически к этому были не готовы.

Я думал, как поступать дальше, и, вспомнив встречу с Б. Н. Ельциным, решил ему позвонить и спросить его мнение о новой обстановке, потому что понятно, что если Вильнюс начал активное сопротивление, то это повлияет не только на республику, но и на весь Советский Союз.

Борис Николаевич честно предупредил, что даже ему не удастся связаться с М. С. Горбачевым, но мы все-таки постарались найти выход из сложившейся ситуации, договорились, что организуем официальную встречу. Наш план состоял в том, что если мы будем официально открыто встречаться, то это повлияет на М. С. Горбачева и его приближенных, все поймут, что Россия поддерживает Эстонию, и тогда это может повлиять на решение руководителей Советского Союза не допускать силового воздействия на Эстонию.

В начале Б. Н. Ельцин предложил организовать эту встречу в России, в Новгороде, потом планировалось перенести встречу в Вильнюс, но в конце концов договорились встречаться в Таллине.

Я бы не сказал, что нам сразу же удалось прийти к соглашению по вопросу развития отношений России и Эстонии. Мы несколько раз проводили переговоры по телефону. И наконец, состоялась встреча в Таллине.

Встретились вечером, в Таллине, поговорили об общей обстановке, написали несколько заявлений, в том числе и в ООН. Между прочим, М. С. Горбачеву совсем не нравилось то, что делает Борис Николаевич. Было важно, что Б. Н. Ельцин обратился к советским воинам, которые дистанцировались на территории Эстонии. Я думаю, что это могло повлиять на солдат и офицеров, и, когда у нас были самые трудные времена и напряженные отношения между странами, может быть, произнесенная Б. Н. Ельциным речь сыграла важную роль в недопущении усиления конфликта.

Насчет обратного пути Ельцина ходит много легенд. В Эстонии напряженная ситуация нарастала, были планы не допустить выезда Б. Н. Ельцина из Эстонии, баррикадировать аэропорт. В результате было принято решение о возвращении Бориса Николаевича в Россию на машине через восточную границу и через Ленинград.

Позже у меня было еще несколько важных встреч и переговоров с Б. Н. Ельциным.

Так, во время августовского путча я находился на постоянной связи с его помощниками, с которыми мы обменивались информацией о том, откуда в Москву идет помощь ГКЧПистам, и я думаю, что это было на пользу и Москве, и Эстонии, конечно, тоже.

Еще одна важная встреча у нас была перед мероприятием 6 ноября [1993 года. — Прим. ред.], когда собирался Государственный совет Советского Союза, когда я спросил Бориса Николаевича, как он думает, даст ли Эстонии М. С. Горбачев свободу или нет. Он ответил, что не знает, но считает, что если М. С. Горбачев этого не сделает, то весь мир посчитает себя обманутым. Все знали о пакте Молотова — Риббентропа и знали, на каких условиях Эстония была принята

⁹ Имеется в виду российско-эстонский договор, подписанный в январе 1991 года в Таллине Председателем Верховного Совета РСФСР Б. Н. Ельциным и Председателем Верховного Совета Эстонии А. Рюйтелем. — Прим. ред.

¹⁰ Столкновения между населением и частями Советской Армии, происходившие в Вильнюсе, в период с 11 по 13 января 1991 года. — Прим. ред.

в Советский Союз. Но я очень рад, что это совещание закончилось для нас положительно и М. С. Горбачев не стал спорить. Честно говоря, у него и не было для этого особой возможности, учитывая, что в нашу пользу выступили и Н. А. Назарбаев, и В. В. Бакатин, и Б. Н. Ельцин, и ряд других руководителей Союза.

Чтобы вы правильно поняли, мы были четко с Россией по одну сторону баррикады, и не только с Россией, а со многими республиками Советского Союза, в Таллине и Москве было организовано много встреч с руководителями других союзных республик, и это действовало на всех положительно. Конечно, среди них Россия была самая мощная.

В последующем мы встречались с Борисом Николаевичем, когда я уже не был премьер-министром. Он приглашал меня в Кремль, обсуждали не только воспоминания, но и перспективы на будущее. Он сожалел, что политика Эстонии не совсем дружелюбна по отношению к России. И мне тоже не нравится подходы Эстонии насчет отношений с Россией. Я всегда поддерживал хорошие и дружелюбные отношения с Россией — мы соседи. И я считаю до сих пор, что дружелюбная политика была бы положительно и для Эстонии, и для России.

В действительности, в Эстонии есть разные люди, которые думают, как я, и вспоминают роль Б. Н. Ельцина в получении независимости Эстонии, но есть и другие люди, как и везде, разница лишь в том, кто говорит громким голосом, а кто молчит.

Я хочу в конце сказать, что какое-то время назад я был в Москве, посетил Новодевичье кладбище и возложил цветы на могилу Б. Н. Ельцина, и я думаю, что мы все должны это делать и вспоминать этого человека.

Содержанием второго дня конференции стала также панельная дискуссия **«Федерализм в современном мире»** (модератор — Сергей Алексеевич Цыпляев¹¹), в которой приняли участие Андрей Александрович Захаров¹², Андрей Николаевич Медушевский¹³, Фридрих Мемель¹⁴ и Сергей Михайлович Шахрай, в чьих выступлениях получила развитие тематика предыдущего дня.

Андрей Николаевич Медушевский. Федерализм — это компромисс между двумя крайними позициями: конфедерализмом, который означает международный союз современных государств, и унитаризмом, который не предполагает никакой децентрализации, и во всяком случае не предполагает децентрализацию в форме сохранения государственности внутри государства. Соответственно, можно говорить о том, что федерализм в истории может выполнять диаметрально противоположную функцию: федеративное государство может возникать из распада унитарного государства или, точнее, из его децентрализации, или, наоборот, федерализм может быть определенным переходом к созданию такого унитарного государства.

Сам по себе федерализм это не ценность, а скорее инструмент, потому что задачи децентрализации и сохранения свободы в рамках децентрализации могут быть достигнуты и без федерализма. Мы знаем другие способы децентрализации, это, например, государство автономий, как в Испании, это может быть деволюция, как в Соединенном Королевстве, это может быть государство, построенное по региональному признаку, то что называется регионализацией. Так что федерализм — это один из инструментов государственной организации, и важно понять, когда действительно он нужен, а когда нет. Достаточно сказать, что после распада СССР только в России представлен федерализм, и ни в одной из бывших союзных республик, ставших государствами, федерализма нет, и это, конечно, требует осмысления.

Я сказал бы, что если подходить разумно к федерализму и видеть в нем не ценность, а скорее инструмент, то надо задать себе вопрос, а для чего он нужен. Если федерализм нужен для того, чтобы лучше представлять гражданское общество, обеспечить децентрализацию и сделать систему более гибкой, то я бы поддержал такую трактовку федерализма, но если этот инструмент нужен для того, чтобы построить государство по национальному и этническому принципу, то такой федерализм является асимметричным, деструктивным и в конечном счете может привести к распаду страны.

За примером не надо далеко ходить — это судьба Советского Союза, все конституции которого включали федерализм, построенный по национально-территориальному принципу и допускавший право сепарации к тому же, что является признаком конфедерализма. Поэтому, на мой

¹¹ Декан юридического факультета Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

¹² Доцент Российского государственного гуманитарного университета, доктор философских наук, главный редактор журнала «Неприкосновенный запас».

¹³ Доктор философских наук, ординарный профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (факультет социальных наук).

¹⁴ Президент Конституционного суда Вольного города Гамбурга (ФРГ).

взгляд, в разных ситуациях могут быть разные трактовки и модели федерализма, и та модель, которая досталась нам в наследие от Советского Союза, не является оптимальной, поэтому, на мой взгляд, правомерна постановка вопроса о том, как сделать этот федерализм менее асимметричным, более гибким и наполнить его другим содержанием, не советским, а гражданско-правовым, то есть внедрить ту концепцию федерализма, которая способствовала бы развитию гражданских конституционных прав. С этой точки зрения федерализм, безусловно, важен и полезен.

Кроме того, я считаю, что многие принципиальные реформы в этом направлении, я имею в виду реформы по развитию гражданского общества и правового государства, не обязательно должны быть связаны с защитой той конструкции федерализма, которая есть сейчас. Все признают, что эта конструкция не эффективна, что мы имеем фактически тренд к унитаризму, тренд к деконституционализации принципа федерализма. Поэтому я бы предложил обдумать альтернативные трактовки содержания понятия федерализма и даже квазифедеративные формы, иные формы децентрализации, а также совокупность мер, которые позволили бы создать единую гражданскую нацию в России. Для этого, безусловно, необходима совокупность экономических, бюджетных, политических, административных, судебных реформ, которые бы позволили сочетать интеграцию государства с его децентрализацией и гибкостью управления.

Если мы будем понимать задачу российского федерализма таким образом, а не просто буквально толковать и защищать федерализм сам по себе в отрыве от целей и задач его использования, то я думаю, что мы можем получить совсем другое наполнение содержания федерализма, в том числе и другую конституционную трактовку, и двигаться в сторону от неэффективной советской модели квазифедерализма, который и федерализмом-то не был, к созданию других альтернативных инструментов, сочетающих принципы федерализма с другими способами осуществления представительства и децентрализации.

Судьба российского федерализма не может быть оторвана от конституционализма и политической системы. Российская Конституция не исключает авторитарный вектор, но она не делает его обязательным. Положения Конституции могут наполняться разным смыслом в зависимости от логики политического процесса. Из Конституции вовсе не вытекает тот факт, который мы наблюдаем сегодня, когда одна партия доминирует и в центральном, и во всех региональных парламентах. Фактически мы имеем ситуацию отсутствия реальной политической конкуренции, и эта ситуация ведет к стагнации не только в вопросах федерализма, но и во многих других. С этой точки зрения конституционные положения о федерализме могут получить диаметрально противоположную интерпретацию в зависимости от того, каков будет доминирующий вектор развития политической системы.

Что касается собственно конституционных положений, то Конституция даже чисто юридически включает возможность разных векторов развития.

С одной стороны, это статья 11 Конституции РФ, которая предполагает, что федеративный договор 1992 года не утратил силу, а в нем содержится положение о суверенитете республик, и в этом смысле это путь к конфедерализму. Если мы представим ситуацию ослабления федерального центра, то можем опять увидеть «парад суверенитетов» и восстановление договорной концепции федерализма.

С другой стороны, мы имеем довольно неопределенную трактовку самого федерализма с точки зрения разделения компетенций. Так, статья 71 Конституции РФ определяет компетенцию федерального центра, статья 72 говорит о совместных полномочиях, определяя их очень широко и неопределенно, и статья 73 говорит о том, что вне совместных полномочий субъекты имеют свою собственную компетенцию. В реальности получается, что через использование положений статьи 72 Конституции федеральный центр полностью доминирует в субъектах РФ, он перетягивает все компетенции союзных республик, и в результате мы получаем формирование той самой вертикали власти вместо федерализма и деконституционализацию принципов федерализма. В таких условиях возникает третий вариант развития вектора государственного устройства в сторону унитаризма.

Эти три вектора — конфедеративный, федеративный и унитаристский — могут быть выведены из современной российской Конституции, хотя она и говорит о суверенитете многонационального народа и отменяет право сепарации. Это означает, что Россия стоит перед выбором между децентрализацией, централизацией и атомизацией субъектов, а распад страны в течение одного столетия два раза — это, конечно, феноменальный факт.

Как выйти из этого порочного круга между распадом и диктатурой? Выход, конечно, состоит в том, чтобы наполнить федерализм новым содержанием. Мы говорим о том, что должна быть реализована кооперативная модель федерализма, которая предполагает очень четкое разграничение предметов ведения между федеральным центром и субъектами, предполагает разделение

собственности на разных уровнях, реформирование бюджетного законодательства, административные реформы и много других факторов.

Если только мы затрагиваем эту проблему, мы видим огромный комплекс нерешенных вопросов, которые просто откладываются на будущее.

Поэтому можно определить современный российский федерализм как отложенный федерализм.

В Конституции федерализм закреплён как некая стратегия движения, и я согласен с тем, что это элемент разделения властей и демократии, но предстоит пройти ещё большой путь по реализации этих конституционных положений, причём здесь можно использовать как логику федерализма, когда это полезно, так и логику квазифедерализма, экстраконституционного воздействия на ситуацию, например, через создание экономических регионов, судебных регионов, что предполагает наполнение понятия федерализма его аутентичным содержанием.

С этой точки зрения российское законодательство очень непоследовательно. Мы видим, что изменения в закон об общих принципах организации законодательных и исполнительных органов власти вносились более ста раз, большие изменения внесены в законодательство о партийном строительстве, о порядке формирования Совета Федерации. Мы видим противоречивые решения Конституционного суда РФ, неурегулированность вопросов бикамерализма, связанную с неопределённостью порядка формирования верхней палаты парламента, который менялся уже четыре раза. Все это вместе поворачивает нас лицом к федеративной реформе, но не реформе Конституции, не к её пересмотру, а собственно реформированию института федерализма, понимаемого как инструмент государственного устройства.

Что касается привычки граждан обращаться к центральной власти, как проявления отсутствия работающих механизмов федерализма, то данная традиция проистекает из истории, так как Россия — монархическая страна. С другой стороны, это вытекает из того, что фактически многие принципиальные вопросы модернизации не решены, например проблема гражданской нации, как основы всего государственного процесса. Также это проявление недееспособности российского федерализма, который во многом основан на немецкой модели, но не предполагает той системы субсидиарности и чёткости правового и экономического обеспечения, который лежит в основе немецкого федерализма. Происходит делегирование ответственности снизу-вверх в силу недееспособности институтов на местах. И население представляет себе, что должна существовать некая инстанция сверху, которая будет выступать медиатором между различными институтами, группами интересов, и именно эта инстанция может выразить представления людей о благе.

В этой ситуации нужно рассматривать построение правового государства не как единовременное решение, а как некий процесс (например, германский федерализм сложился постепенно в условиях жестких конфликтов). Также и в России мы видим определенный процесс, и выход из этого противоречивого состояния я усматриваю в развитии полноценной политической конкуренции, развитии многопартийной системы, перехода от имитационной многопартийности к реальной. Но поскольку сделать это сразу было невозможно и, по-видимому, предстоит ещё длительный период ограниченного плюрализма, я вижу выход в создании договора элит о переходе к полноценной политической конкуренции хотя бы на уровне элитных групп.

Андрей Александрович Захаров. Федерализм представляет собой политико-правовой механизм рассредоточения власти, сознательного и целенаправленного распределения ее по нескольким властным площадкам, которое призвано предотвратить сосредоточение ее в одних руках и, соответственно, злоупотребление ею. Как таковой федерализм, предотвращая злоупотребление властью, защищает меньшинства, и это его важнейшая функция.

Мне кажется, что мы не должны противопоставлять друг другу федерализм, понимаемый как цель, и федерализм, понимаемый как средство, то есть инструмент и ценность в данном случае надо сплавлять воедино, потому что есть такие инструменты, отказ от которых ведет за собой гибель всего общества. Федерализм в случае Российской Федерации и других полиэтничных обществ, где используется федеративная схема, является именно таким инструментом, который превращается в ценность. При отказе от него возникает существенный риск уменьшения территории государства в своих границах.

Если обратиться к опыту некоторых наших соседей по постсоветскому пространству, например Грузии, то можно увидеть, что отказ обращаться к федеративным рецептам в этой стране повлек за собой уменьшение ее территории на 20%. Что делать в этой ситуации? Казалось бы, можно вновь вернуться к федеративной схеме, но теперь это делать гораздо труднее. Я не буду перечислять все примеры, но есть еще как минимум пара стран, которым федеративные рецепты были показаны, ими пренебрегли, в них не увидели никакой ценности, и в результате эти государства переживают неприятности и стрессы.

Второе, о чем я хотел бы сказать, так это о том, что национально-территориальную федерацию представляют порой как какое-то уродство, отступление от нормы, но такая федерация является способом самоопределения этнических меньшинств, которые населяют большое политическое пространство. С этой точки зрения национально-территориальная федерация является очень полезным инструментом, обладающим мощнейшей ценностной нагрузкой. Она позволяет внутри огромного государства создавать такие пространства, где меньшинство чувствует себя большинством. И это стабилизирует это меньшинство, позволяет им чувствовать себя комфортно и уютно в рамках данного государственного образования, и в этом заключается мощнейший аргумент в пользу апологии федерализма. Асимметричность национального федерализма — это цена, которую приходится платить за то, чтобы меньшинство не дестабилизировало весь социально-политический механизм.

А мы с вами знаем из нашей истории, что одного процента российского населения достаточно для того, чтобы страна чувствовала себя очень плохо, если этот 1% не доволен тем местом, которое ему отведено в рамках государственного механизма.

Конституция РФ в некоторых своих положениях, касающихся федерализма, достаточно невнятна. С одной стороны, она говорит о том, что у нас субъекты федерации равны в своих взаимоотношениях с федеральным центром, а в следующем пункте она говорит о том, что в определенных ситуациях отношения центра и региона могут регулироваться специальными соглашениями.

В российской Конституции есть такой пункт, которого нет в конституциях других федеративных государств. Я имею в виду положение о том, как соотносятся друг с другом решения, принимаемые верхней и нижней палатами российского парламента. У нас любое решение, принимаемое палатой регионов, Советом Федерации, может быть перекрыто 2/3 голосов депутатов Государственной Думы. Это означает, что если вы обладаете контрольным пакетом голосов в нижней палате парламента, то с мнением регионов, которые должны быть по идее представлены в Совете Федерации, можно вообще не считаться. Это для федеративного государства достаточно странная норма. И в принципе, в этих аспектах конституционный текст можно было бы редактировать.

Восстановление федерализма в России я бы начал с восстановления выборов глав регионов. Какой смысл идти к руководителю, которого вы не выбирали или выбирали странным образом. Когда будут восстановлены нормальные свободные выборы, то автоматически какие-то вопросы будут решены. Не надо будет бежать наверх, потому что выбранные люди, которые будут зависеть от избирателей на местах, и с центром будут договариваться более эффективно. Где они возьмут финансирование на решение местных вопросов? Они заставят центр пересмотреть нынешние финансовые взаимоотношения, и процесс двинется.

Необходимо свести воедино право принятия решения и возможность его исполнения на соответствующих уровнях, только тогда будет смысл обращаться на соответствующий уровень за решением конкретной проблемы.

Фридрих Йоахим Меммель. Германия — федеративное государство, и федерация подразумевает выравнивание, определенное сочетание уровней управления, которые в Германии представлены федерацией, федеративными землями Германии, иначе можно сказать регионами, и местным самоуправлением.

Но дело в том, что все страны разные, и в каждой стране будет иначе выглядеть система управления. Здесь нельзя рассуждать в категориях черно-белого мира, в каждой стране надо выискивать собственное сочетание, балансирование между этими тремя уровнями, то есть уровнем федерации, средним уровнем органов власти и местным уровнем.

По моему мнению, в современном мире, который характеризуется глобализацией, в котором происходит усложнение всех связей и взаимодействия, усиливается индивидуализация, нам нужно иметь такое пространство, которое предусмотрело бы возможность разнообразия, в том числе создания, признания такого разнообразия и его поддержания. Для этого и необходимы разные уровни управления, федерации, регионов и местный, и нужно иметь возможность их сочетания на определенной выработанной основе.

Естественно, все страны разные, все зависит от непосредственных условий. Это условия региональные, условия этнические, условия жизни людей, уровень жизни, и чем более гомогенным является государство, тем иначе выглядит и роль федерализма: чем больше разнообразия, чем больше противоречий, тем больше стремления к центральному ядру. Если рассматривать Федеративную Республику Германию, то можно сказать, что мы выбрали путь федерации и идем по нему из желания привлечь к нам всех граждан, вовлечь их в тот путь, которым идем.

Дискуссия, которая ведется в Германии по вопросу совершенствования государственного устройства, часто страдает тем недостатком, что рассматривает путь исключительно как путь развития демократии. Но государство — это тот субъект, который предоставляет услуги своим гражд-

данам, то есть задача государства улучшать и создавать условия жизни для граждан. Если государство этого не делает, оно своих граждан теряет.

Какое же государство лучше всего способно создавать необходимые условия жизни для своих граждан? Я полагаю, что именно федерализм с этой точки зрения является тем наилучшим решением для создания наилучших условий жизни граждан, поскольку предоставляет возможность узнать, какие условия, потребности нужны гражданам на различных уровнях. Если брать исключительно один высший уровень власти, то всего этого знать и учитывать он не в состоянии.

В современных условиях потери идентичности, изменения связей, потери себя в формате происходящей глобализации нам необходимо создавать пространства для лучшей самоидентификации. Это является на сегодня самой большой проблемой, вызовом, стоящим перед Европейским союзом, потому что это определенное пространство, которое желает быть единым и самоидентифицироваться, но те законы, те постановления, которые принимаются на общем уровне единой Европы, не понимаются и не выполняются на уровнях ниже, что мы сейчас видим на примере Великобритании.

Федерализм подразумевает лучшие возможности для развития конкуренции, в том числе на различных уровнях между регионами, областями, между различными формами самоуправления. Так, с одной стороны, в условиях федерализма мы создаем лучшие условия для конкуренции, большие возможности для нее, а с другой стороны, мы поддерживаем возможность учитывать потребности населения, которые лучше всего узнать именно на местном уровне власти, чтобы лучше планировать и реализовывать эти потребности.

Учитывая, что есть государства, в которых большое число этносов, где есть группы народов, различные языки могут быть в государстве, различный размер государства, различная история ими прожитая, и все это влияет на возможный вариант государственного устройства.

Естественно, при выборе варианта устройства государственного управления должен быть поставлен вопрос, какая цель, к чему стремиться. Если целью является власть, в том числе власть экономическая или политическая, то выбирается одна форма федеративности, а если целью является демократия, демократизация, то это будет другая форма.

С одной стороны, у людей всегда все выражается в стремлении к власти, что имеет свое выражение в политике. С другой стороны, мы хотим улучшать условия жизни людей. Для меня вопрос имеет однозначный ответ: нам нужно больше демократии, заботы об улучшении жизни людей, и такой подход поддерживается устремлениями большинства государств, народов.

Но и в этом случае существуют различия в подходах на государственном уровне. Если взглянуть на Китай, то ситуация в этом государстве отличается тем, что большая самостоятельность отдельных регионов может привести к распаду государства. Европейские государства с этой точки зрения намного более гомогенные. Если посмотреть на ФРГ, то она является федеральным государством, состоящим из 16 федеративных земель, регионов. И в каждом из регионов есть свои общины, каждая из которых имеет свои уставы. В Германии есть и федеральные центральные органы управления: правительство, председатель парламента и конституционный суд, который существует отдельно от остальных судебных инстанций судебной системы. Парламент создает возможность выработки вопросов, правительство утверждает решения. В то же время каждая из земель имеет свое правительство, парламент и конституционный суд. В этом я вижу некоторое своеобразие нашей страны, которое для нас является важным, так на каждом уровне обеспечивается возможность привлечения граждан к управлению и учет их интересов. Таким образом, учет условий, учет интересов на местах усиливает конкурентную способность каждого из регионов и таким путем способствует быстрейшему развитию региона.

В соответствии с Основным законом большая самостоятельность придается и уровню местного самоуправления — общинам, коммуна, которые могут иметь свои свободно выбираемые независимые органы, которым никто не может давать указания, они могут сами принимать свои законы в важных для себя сферах, естественно, в рамках тех полномочий, которые им предоставлены Основным законом.

Главное требование при таком государственном устройстве, чтобы правильно, точно определить компетенции: компетенции, которые закрепляются за федеральным уровнем, чтобы государство развивалось в едином направлении; и компетенции регионального уровня. И с этой целью в Германии разработан специальный каталог, содержанием которого являются те компетенции, которые закреплены за федеральным и региональным уровнем. Например, вопросы финансирования, что касается в первую очередь субвенций, предоставляемых на региональный и местный уровень, а без решения вопросов финансирования невозможны ни конкуренция, ни самостоятельное решение вопросов местного значения.

Для обеспечения условий соблюдения всех этих элементов организации государства необходима эффективная судебная система, которая бы все принятые законы, решения отслеживала и обеспечивала их соблюдение, поскольку только так можно обеспечить доверие в государстве, а без доверия никакая система, существование внутри государства не возможно. Только эффективная судебная система, в которой решения принимаются быстро и прозрачно, способна повысить доверие общества к системе власти, а когда решения принимаются долго и непонятным образом, то и возникает необходимость обращаться к высшим органам власти, вплоть до президента.

Сергей Михайлович Шахрай. Федерализм — это компромисс, это гарантия демократического политического режима так же, как и разделение властей на законодательную, судебную и исполнительную по горизонтали, разделение по вертикали внутри единого, но сложного федеративного государства, это гарантия политического демократического режима. Федерализм в России самый сложный в мире, самый интересный. В Конституции заложена кооперативная модель федерализма, и она дает возможность настраивать федеративные правила и конструкции под современную жизнь.

Федерализм — это свобода и единство, единство территории и государства, свобода человека и регионов. Федерализм — это искусство управления сложным государством, это способ сделать все наши такие разные субъекты соучастниками общего дела развития государства.

Мы крайне ограничены в свободе выбора развития нашей модели федерализма. Мы не в лаборатории, федерализм не в пробирке, мы не можем оторвать нынешнее состояние России от ее истории. Дважды в истории нашей страны федерализм был вынужденной мерой объединения развалившегося государства, то есть выступал не некой абстрактной моделью разграничения полномочий, а был формой возвращения к единству государства: федеративному, сложному единству. Так было в 1922 году, когда страна выходила из Гражданской войны, так же было в 1990-е годы. И хорошо, что федерализм не был понят как необходимость учреждения новой России. Мы сохранили преемственность, постарались избавиться от некоторых рудиментов и родовых пятен федерализма, который нам достался по наследству от Советского Союза, в частности, впервые в истории нашего федерализма ограничили право на сепарацию. Мы хотя бы на словах объявили нашу федерацию территориальной, а не национальной. Сохранена определенная асимметрия, как некоторая дань истории, но без этого тоже нельзя было обойтись. Новую модель федерализма в России надо выращивать постепенно, не торопиться, отталкиваться от жизни, от интересов тех людей, на территории которых они живут, чтобы они хотели присоединения к соседу или, наоборот, развиваться в рамках экономических возможностей только своего региона, учитывая заложенную в Конституции возможность укрупнения субъектов федерации. Здесь должен применяться принцип «не навреди». Вот, например, был отменен договор с Татарстаном в прошлом году, никто почти и не заметил этого события, но я вас уверяю, что через пару лет этот котел закипит и взорвется и вновь поднимутся проблемы с языком, историей и т. п. Федерализм — это искусство управления сложным государством, но не наука.

Конституция РФ гениальна в своей противоречивости, потому что дает целый набор инструментов решения федеративных проблем. Но главное в федеративном устройстве — это, конечно, финансы, налоги, собственность, экономика. И для развития федерализма в нашей стране необходимо четко разрешить вопросы финансирования, определить, какая доля собираемых средств остается на местном и региональном уровне, а какая передается в федеральный центр. К сожалению, в Конституции данная пропорция распределения доходов не закреплена, но это и невозможно было сделать в 1993 году.

И конечно, когда до 80% налогов уходит в федеральный бюджет, о федерализме говорить сложно, так как такой способ распределения финансирования явно свидетельствует об унитарной системе организации управления. Поэтому парадокс федерализма в России состоит в том, что чем меньше денег в казне, тем больше в стране федерализма, потому что приходится передавать свободу принятия решений в регионы и вместе со свободой принятия решений перекладывать на региональный уровень ответственность, понимая, что регион должен в этом вопросе, в этой проблеме выживать сам, искать свои ресурсы. Таким образом, свобода конвертируется в экономику, в развитие.

Онлайн-конференция «Развитие Legal Tech» (Санкт-Петербург, 20 апреля 2020 г.)

АННОТАЦИЯ

Обзор освещает основные вопросы, затронутые участниками конференции, прошедшей 20 апреля 2020 г. в онлайн-режиме в связи с условиями самоизоляции, применяемыми в рамках пандемии COVID-19. В рамках конференции обсуждались вопросы влияния цифровых технологий на общественные отношения, перспективы и необходимость изменения правового регулирования таких отношений, опыт развития цифровизации государственного управления Китая, а также содержание термина Legal Tech и Law Tech и проблемы, связанные с искусственным интеллектом.

Ключевые слова: Legal Tech, Law Tech, искусственный интеллект, цифровые права, правовое регулирование, правосубъектность робота

Legal Tech Development Online Conference (St. Petersburg, April 20, 2020)

ABSTRACT

The review highlights the main issues raised by the participants of the conference held on April 20, 2020 in the online conference mode in connection with the conditions of self-isolation applied in the framework of the COVID-19 pandemic. The conference discussed the impact of digital technologies on public relations, prospects and the need to change the legal regulation of such relations, the experience of developing digitalization of public administration in China, as well as the contents of the term Legal Tech and Law Tech and problems associated with artificial intelligence.

Keywords: Legal Tech, Law Tech, artificial intelligence, digital rights, legal regulation, legal personality of the robot

20 апреля 2020 г. при участии Уставного суда Санкт-Петербурга прошла конференция «Развитие Legal Tech» в онлайн-режиме. Конференция была посвящена развитию регулирования цифровых технологий, использование которых приобретает все большее распространение, а также в определенных условиях, как показала ситуация с пандемией вируса COVID-19, становится необходимым. В Конференции приняли участие Дмитрий Александрович Лисовицкий¹, Николай Викторович Разуваев², Александр Евгеньевич Молотников³ и Марина Александровна Рожкова⁴.

Дмитрий Александрович Лисовицкий выступил с докладом на тему «Цифровая информация: вызовы и возможности». Он отметил, что, поскольку право является регулятором общественных, прежде всего экономических, отношений, в частности, отношений собственности и отношений, возникающих в сфере труда, необходимо выделить такие современные особенности этих отношений, как углубляющееся разделение труда, а также их развитие в контексте научно-технического прогресса, к числу проявлений которого относится цифровая информация. По словам Д. А. Лисовицкого, люди пытаются спрогнозировать, как повлияет развитие технологий на процессы, происходящие в обществе.

Строятся различные футурологические прогнозы: от катастрофического снижения трудовой занятости и полного подчинения человека искусственному интеллекту до более позитивных предположений о рационализации трудовых отношений, перехода человека преимущественно к интеллектуальному, творческому труду. Однако оснований для достоверных выводов об изменении базисных общественных отношений, в том числе общественной природы труда как товара, эти исследования не дают. Таким образом, вести речь о качественном влиянии цифровой информации на право как регулятор общественных отношений на данный момент преждевременно.

Например, если рассмотреть вопрос, изменится ли сущностное содержание конституционных прав и свобод, то на сегодня следует вывод, что таких изменений ожидать не приходится, но возможно техническое приспособление субъективных прав к социально-экономическим и политическим

¹ Кандидат юридических наук, начальник правового управления Уставного суда Санкт-Петербурга.

² Доктор юридических наук, заведующий кафедрой гражданского и трудового права Северо-Западного института управления РАНХиГС, главный редактор журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция».

³ Кандидат юридических наук, доцент, руководитель Центра азиатских правовых исследований юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова.

⁴ Доктор юридических наук, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, член Экспертного совета Комитета Государственной Думы по информационной политике, информационным технологиям и связи, эксперт Российской академии наук, президент IP CLUB.

условиям их реализации. Речь идет, например, о дистанционной реализации прав, что уже сейчас можно увидеть на примере права на доступность медицинской помощи, которое сейчас активно развивается в рамках телемедицины; или избирательных прав, возможность реализации которых с помощью электронных и дистанционных технологий сейчас активно обсуждается и в какой-то мере уже реализуется. То есть сущностное содержание права не меняется, но появляются новые инструменты для его реализации.

Таким образом, делает вывод Дмитрий Александрович, можно согласиться с Председателем Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькиным, что «цифровые права — это, по сути, конкретизация (посредством закона и правоприменительных, в том числе судебных актов) универсальных прав человека, гарантированных международным правом и конституциями государств»⁵. Конечно, возникают новые вопросы перед правом, например, вопрос правосубъектности роботов, электронных лиц, но на текущий момент это пока теоретические рассуждения, не имеющие реального подкрепления на практике.

В сфере правоприменения цифровизация общества пока не привела к широкому обновлению теоретического и правового инструментария, к изменению структуры права, хотя возникают и дискуссионные вопросы, например, смарт-контракты, вопрос о правовой природе которых обсуждается специалистами.

В докладе *Николая Викторовича Разуваева* «Право цифровой эпохи: новые парадигмы регулирования и познания» были затронуты такие вопросы, как необходимость изучения цифрового общества в целом в рамках комплексного направления, интегрирующего достижения всех общественных и гуманитарных наук.

В цифровом обществе важнейшим ресурсом является интеллектуальный капитал, определяемый как совокупность производимых человеком нематериальных благ (знания, профессиональные и иные навыки, а также результаты интеллектуальной деятельности, права на них и средства индивидуализации). Источником интеллектуального капитала выступает человеческая личность во всей полноте ее проявлений и устремлений, чьи творческие способности становятся важнейшей, в том числе экономической ценностью и основным предметом правового регулирования.

По мнению Н. В. Разуваева, отношения, долгое время преобладавшие лишь в сфере имущественного оборота, в том числе равенство всех участников, становятся основой политической власти, приводя к трансформации государства и права, к изменению их социальной сущности, структуры и формы. Государство, ранее характеризовавшееся относительной обособленностью от гражданского общества (а в ряде случаев и противопоставлявшее себя ему), теперь превращается в один из институтов последнего, строящийся на принципах самоорганизации, присущих гражданскому обществу в целом. Именно преобладание горизонтальных отношений над вертикально-иерархическими следует считать важнейшей особенностью зарождающегося в настоящее время постсовременного государства, представляющего собой форму организации власти в информационном обществе.

Указанное обстоятельство получило свое глубокое и всестороннее освещение в трудах Ю. Хабермаса и его последователей, разработавших концепцию делиберативной демократии, выступающей основным инструментом принятия политических решений в цифровом обществе. Нельзя не заметить, что формирование институтов делиберативной демократии, представляющей собой совокупность механизмов принятия решений по принципиально важным вопросам на основе диалога и согласования коммуникативных действий участников, является результатом инвестиции интеллектуального капитала в политическую сферу, приводящей к его накоплению и росту.

Гарантией эффективности реализации демократических процедур в современных условиях выступает применение цифровых технологий. Не случайно в развитых демократических государствах ведущим трендом сейчас является цифровизация политической и управленческой сфер, использование технологических возможностей для повышения участия граждан в принятии решений на основе широкого диалога и достижения консенсуса. К числу активно развивающихся технологий можно отнести так называемое «электронное правительство» и иные институты цифровой демократии, характеризующиеся высокой степенью интерактивности и открытости к запросам граждан, формирующих повестку дня.

Основой правопорядка в цифровом обществе остается, несмотря на все технические инновации, суверенная человеческая личность, чьи юридически значимые действия вытекают из осознания собственной свободы и одновременно признания свободы и неотъемлемых прав других людей.

⁵ Зорькин В. Д. Право в цифровом мире. Размышления на полях Петербургского международного юридического форума // Российская газета. 2018, 29 мая.

В признании данного факта состоит разумный консерватизм, характеризующий «юридический способ мышления». В цифровом обществе обеспечение свободы личности, создание максимально благоприятных условий для ее самореализации должны быть основной целью правового регулирования, а характер коммуникаций, определяемый личностными качествами участников, обуславливает любые области правового регулирования. В признании уникальности человека как базового субъекта права видится эффективное средство противодействия дегуманизации общества, относящейся к числу важнейших вызовов цифровой эпохи.

В условиях цифрового общества необходим кардинальный поворот юридической науки, делающий ее способной отвечать на запросы стремительно меняющейся правовой реальности. Важнейшей предпосылкой такого поворота является сближение общей теории права и отраслевых юридических дисциплин, обеспечивающее сходство их позиций по актуальным проблемам науки и практики.

Таким образом, цифровизация общества как мегатренд современного мира нуждается в осмыслении, причем эта задача обладает высокой степенью актуальности не только для социальной теории, но и для юриспруденции. К числу основных принципов, на которых должно базироваться изучение процессов цифровизации права, по словам Н. В. Разуваева, относятся:

- синтез общеправовой теории и отраслевых доктрин;
- развитие сотрудничества ученых с практикующими юристами, чьи разработки обладают значительной ценностью при решении конкретных вопросов;
- расширение международного сотрудничества в целях поиска универсальных правовых инструментов в условиях глобализации коммуникаций.

Александр Евгеньевич Молотников поделился информацией об опыте Китая в отношении регулирования используемых инструментов цифровизации. А. Е. Молотников обратил внимание, что в целом наблюдается следующая закономерность развития технологий: вначале возникает техническое решение, развивается технология, а затем она начинает оказывать воздействие на человеческие отношения, что ведет к необходимости изменения правового регулирования. Интересной особенностью нынешнего этапа развития общества (в том числе и в Китае) является то, что, когда мы говорим о технологиях, мы забываем, что технологии сейчас напрямую связаны с правом, но при этом если технологии глобальны, то право локально. Еще не удалось создать универсальную правовую модель, которую можно было бы применять к различным правовым порядкам.

Таким образом, технологии одинаковы, но последствия из их применения и регулирования абсолютно различны в разных странах. Так, система регулирования в Китае напрямую связана с этическими аспектами. Одной из ключевых проблем является, какие этические принципы будут положены в основу применения технологических изобретений, того же искусственного интеллекта, массивов больших данных, научных экспериментов с геномом человека. И это ключевой аспект, который связан с правовым регулированием.

В отношении цифрового развития Китая существуют две основные позиции: первая, что Китай превращается в цифровой концлагерь, вторая — что это некое цифровое будущее, которое ждет всех нас, и оно не повлияет на основные права и свободы человека. Но необходимо учитывать несколько аспектов. Что касается позиции создания в Китае цифрового концлагеря, то, например, система кредитного рейтинга в Китае воспринимается западной публикой, как правило, негативно, в то время как сами китайцы относятся к ней индифферентно, они не видят в этом ничего плохого, учитывая, что это технология, которая позволяет проанализировать поведение человека и назначить ему определенную категорию в целях получения отдельных услуг, но вокруг этого механизма на протяжении последних лет формируется негативное общественное мнение в западном обществе.

На данном этапе мы находимся на том уровне, когда часто говорят о технологических явлениях, которые должны появиться, но еще не появились. Например, искусственный интеллект на сегодняшний день всего лишь разработка, связанная с нейронными сетями, позволяющая программе за счет анализа огромного массива информации обучаться, принимать некие решения, исходя из полученных данных. Однако это не интеллект, который может принимать независимые решения и независимо от человека управлять определенными процессами. Даже в Китае очень многие наработки еще находятся на базовом уровне. Мы можем собирать большие объемы данных, но не можем их анализировать на уровне, достаточном для достижения желаемых целей. Мы еще не вышли на тот рубеж развития технологий, когда они приводят к возникновению новых систем взаимоотношений, требующих создания особых или новых способов правового регулирования.

В настоящее время в Китае проходит широкомасштабная реформа гражданского законодательства и других отраслей права. Они подходят к этому очень основательно, и уже появляются

нормы, которые будут оказывать влияние на использование собранных баз данных. И через какое-то время уже можно будет проанализировать, по какому пути регулирования технологических решений пойдет Китай. Мы также сможем увидеть, какая модель правового регулирования будет превалировать на международном пространстве, будет это западноевропейский подход или китайская или какая-либо иная модель.

В ходе обсуждения содержания понятий Legal Tech и Law Tech *Марина Александровна Рожкова* отметила, что на текущий момент техническими решениями, которые входят в понятие Legal Tech, являются, например, правовые базы, которыми мы давно пользуемся, это программы, технологии, которые позволяют юристам совершать профессиональные действия. При обращении к правовым базам при помощи применения определенных алгоритмов мы можем обеспечить себя необходимой профессиональной информацией. Таким образом, Legal Tech — это не какое-то сложное понятие, а обычные программы, электронные сервисы, которые позволяют нам осуществлять профессиональную юридическую деятельность. Например, правовые базы данных предлагают не только подбор судебной практики, публикаций по определенной теме, но и возможность составить договор и т. п. Law Tech — это другая сторона медали. Если мы говорим, что Legal Tech помогает юристам, то Law Tech — это те программы, решения, которые позволяют конечным пользователям, то есть потребителям юридических услуг, получать те или иные юридические консультации или доступ к правовой информации, те же справочные правовые системы, инструменты для расчета государственной пошлины и т. п.

Когда мы обращаемся с запросом к тем же правовым базам, то мы понимаем, что поиск ответа на наш запрос осуществляется не вручную, а программным способом. Вот здесь как раз и возникает поле для применения искусственного интеллекта, чтобы упростить задачу юристов и пользователей юридических услуг.

Что же представляет собой искусственный интеллект? Если мы посмотрим существующие нормативные акты, ту же Концепцию об искусственном интеллекте⁶, то найдем в них достаточно сложное определение, которое трудно соотносить с нашим представлением о правовой базе, например. Еще одна сложность в определении понятия искусственного интеллекта состоит в том, что благодаря литературе в широких слоях превалирует представление искусственного интеллекта как некоего робота, наделенного определенными знаниями, который придет, подключит нейронную сеть и решит любую проблему. Даже Европейским парламентом в 2017 г. было предложено ввести в законодательство новую сущность — электронную личность, под которой понимался искусственный интеллект и наиболее продвинутые роботы.

Следует сказать, что эта инициатива во многом основывалась на представлениях о том, что роботы на практике заменяют людей в каких-то работах, что влечет сокращение рабочих мест и уменьшение налогооблагаемой базы. То есть появился фискальный интерес государства в регулировании применения роботов, а также то, что роботы в какой-то мере несут угрозу жизнедеятельности людей и вред, который они могут причинить, нуждается в осознании и правовом регулировании. Соответственно, эта угроза должна была быть оценена специалистами в целях выработки решений, при которых робот сам бы нес ответственность за свои деяния. В качестве реальности такой угрозы в качестве примера приводят робота Софию, который в 2017 г. получил гражданство Саудовской Аравии и тем самым получил правосубъектность.

В действительности искусственный интеллект в упрощенном описании представляет собой компьютерную программу, основными элементами которой являются: база данных; собственно говоря, «решатель» — программа, которая позволяет решать поставленные перед ней вопросы без участия человека; и интеллектуальный интерфейс, который позволяет человеку общаться с искусственным интеллектом.

В качестве примера можно привести ситуацию с Amazon: отдел кадров Amazon проводил кампанию по набору сотрудников для разработки технической сферы, IT-специалистов, с использованием искусственного интеллекта по определенному алгоритму. В ходе процесса отбора резюме

⁶ Имеется в виду проект Концепции развития регулирования в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 г., разработанной Минэкономразвития России совместно с Фондом «Сколково», ПАО «Сбербанк», ПАО «МТС», Аналитическим центром при Правительстве Российской Федерации, Национальной ассоциацией участников рынка робототехники, Фондом «Центр стратегических разработок», ООО «Яндекс», Mail.ru Group и представителями иных организаций и представленной на рассмотрение рабочей группы «Нормативное регулирование» АНО «Цифровая экономика» 17 апреля 2020 г. [Электронный ресурс]. URL: https://www.economy.gov.ru/material/news/rabochaya_gruppa_ano_cifrovaya_ekonomika_odobрила_razrabotannyj_minekonomrazvitiya_proekt_koncepcii_regulirovaniya_v_sfere_iskusstvennogo_intellekta.html (дата обращения: 07.05.2020). — Прим. ред.

выяснилось, что программа отклоняет все анкеты женщин. По результатам проверки было установлено, что в качестве базы данных искусственному интеллекту была предоставлена база резюме программистов за последние десять лет, когда этой работой занимались в большей степени мужчины. Искусственный интеллект на основе заложенного в него алгоритма и предоставленной для обучения базы данных и производил отбор анкет. Программа была приостановлена, Amazon пришлось принести публичные извинения за допущенную ошибку. Как можно увидеть, создать идеальный алгоритм изначально практически не представляется возможным, так как учесть все нюансы крайне затруднительно. В этом и заключается одна из основных проблем использования искусственного интеллекта.

Раз это программа, то она может закладываться и самим роботом. При этом часто мы представляем роботов как гуманоидов, но на самом деле роботы и интеллектуальные роботы (роботы последнего поколения) могут иметь совершенно любой вид, а задача, для которой они созданы, обусловлена целями, которые перед ними поставил человек. На сегодня робот — это физическая оболочка для искусственного интеллекта, которая им управляется, говорить о том, что робот — субъект права, никаких оснований пока не имеется. Изначально информация в него заложена человеком, алгоритм работы создан человеком, цель поставлена человеком. Говорить о том, что этот робот-объект наделяется полномочиями, функциями и правомочиями, схожими с человеческими, настолько рано, что даже странно, что этот вопрос был вынесен на такое широкое обсуждение в Европе.

На сегодня нет оснований говорить, что робот может обладать правосубъектностью.

Но много вопросов возникает в связи с использованием и развитием искусственного интеллекта. В частности, это вопросы субъекта ответственности за причинение вреда: кто должен нести ответственность за негативные последствия, возникшие в результате использования искусственного интеллекта, — человек, который нажал кнопку, разработчик, владелец этого объекта? Много вопросов связано с возникновением прав интеллектуальной собственности в результате применения искусственного интеллекта. Однозначно, нет оснований говорить, что эти права возникают у роботов, но вот возникают ли они у владельца или у разработчика робота — вопрос остается пока не разрешенным.

На сегодня искусственный интеллект — это вспомогательный инструмент. Например, в Южной Америке был проведен опыт по вынесению решений с использованием искусственного интеллекта в рамках рассмотрения дел об административных правонарушениях. В 90% случаев юристы согласились с принятыми искусственным интеллектом решениями. Но это были действительно дела элементарные, которые требуют применения законов без оценки фактов. Как только мы переходим в плоскость гражданско-правовых дел, где очень много оценочных категорий, субъективных моментов, где мы вынуждены применять аналогию права, аналогию закона, то в таких делах применение искусственного интеллекта невозможно. В то же время искусственный интеллект может быть в этом случае хорошим помощником юристам при подборе судебной практики, литературы.

Получается, резюмировала Марина Александровна, что на текущий момент правовое регулирование интеллекта пока не очень развито, но и рано говорить о том, что отношения с использованием искусственного интеллекта срочно нуждаются в правовом регулировании. При этом поскольку много вопросов возникает в связи с использованием технологий искусственного интеллекта, эти вопросы уже должны обсуждаться профессиональным сообществом, чтобы, когда мы выйдем на соответствующий уровень технологий, требующих особого регулирования, не быть в растерянности и решать вопросы в соответствии с готовыми законодательными решениями.

В заключение участники конференции поблагодарили организаторов за предоставленную возможность обменяться мнениями и выразили надежду на продолжение обсуждения актуальной проблемы применения цифровых технологий в праве.

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2020. № 2(4)

Директор
издательско-полиграфического центра
Е. Ю. КНЯЗЕВ

Ответственный редактор
И. К. ШМАРКО

Корректор
Е. А. ЛЫСУНЕЦ

Верстка
С. И. ШИРОКОЙ

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 о регистрации СМИ
ЭЛ № ФС 77-77212 от 08.11.2019

*Точка зрения редакции может не совпадать с мнением авторов статей.
При перепечатке ссылка на журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» обязательна.*

АДРЕС РЕДАКЦИИ:

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

Подписано к публикации 16.06.2020.
Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов.
Сайт журнала <https://www.taljournal.ru>
Объем данных 1,9 Мб.
Тираж (количество носителей) 60 шт.

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