



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ  
**ЮРИСПРУДЕНЦИЯ**  
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку  
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Попондопуло В.Ф.

**О нормативном режиме деятельности  
частных лиц**

Трегубов М.В.

**Теоретико-правовые аспекты истребования  
имущества из чужого незаконного владения**

Медушевский А.Н.

**Конституционная реформа — 2020 с позиций  
теории легитимности**

Стовба А.В., Мыца Ю.В.

**Se me perdieron las llaves, или Еще раз  
о феномене вины в философии права**

2020 № **4(6)**

ISSN 2686-7834

## ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

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

## РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

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

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

**ЛУКОВСКАЯ 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

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

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

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

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

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

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

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

**Мелкевик БЪЯРН**, профессор Университета Лавалея, Квебек, Канада

© 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 **Стовба А. В., Мыца Ю. В.**  
Se me perdieron las llaves, или Еще раз о феномене вины в философии права
- 15 **Медушевский А. Н.**  
Конституционная реформа — 2020 с позиций теории легитимности
- 31 **Попондопуло В. Ф.**  
О нормативном режиме деятельности частных лиц
- 39 **Трегубов М. В.**  
Теоретико-правовые аспекты истребования имущества из чужого незаконного владения
- 50 **Шварц Л. В.**  
К вопросу о квалификации преддоговорной ответственности

## ЭССЕ

- 55 **Майборода В. А.**  
Градостроительное регулирование развития федеральной территории
- 60 **Мардалиев Р. Т.**  
Антитрестовское законодательство США 1913–1915 гг.

## ОБЗОРЫ

- 68 **Материалы конференции «Вторые Баскинские чтения. Изменения в праве: новаторство и преемственность» (онлайн-конференция, 14 октября 2020 г.).**

## Вступительное слово главного редактора

Событием, к которому приурочен настоящий номер журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция», стала давно ожидаемая конференция «Вторые Баскинские чтения. Изменения в праве: новаторство и преемственность», объединившая ряд выдающихся российских и зарубежных юристов. Тема конференции — изменения в праве — обладает актуальностью и практической значимостью, которые не нуждаются в развернутом обосновании. В самом деле, право представляет собой динамичный, непрерывно изменяющийся по мере развития общества, его культуры, политических и экономических структур феномен, а потому правовые трансформации не только сопутствуют бытию права, но и выступают одним из главных предметов его научного познания. При этом, учитывая широту рассматриваемого понятия, изменения в праве исследуются на разных уровнях, представляя интерес как для теории, истории и философии права, так и для отраслевых юридических дисциплин.

В практическом плане данная проблема непосредственно связана с законодательной деятельностью, ее целью, основными направлениями и условиями эффективности. Стратегия правотворчества определяется не одними лишь текущими факторами, которые, безусловно, также присутствуют, оказывая свое, позитивное либо негативное, но всегда неустранимое, воздействие на принимаемые нормативно-правовые акты. Однако гораздо большее значение имеют глобальные тенденции развития права, определяющие его динамику в долгосрочной перспективе. Указанные тенденции имеют общесоциальный характер, включая в себя, помимо прочих, культурные, экономические, политические и иные предпосылки правовых изменений.

Их действие со всей наглядностью можно наблюдать в эпохи кардинальных перемен, подобных времени Великих реформ 1860-х годов или рыночным преобразованиям конца минувшего столетия. Именно в такие периоды особенно остро встают вопросы реформирования законодательства, в том числе принятия новых кодифицированных актов или внесения изменений в действующие. Для российских юристов реформирование различных отраслей законодательства, по всей видимости, становится уже хорошо знакомой и даже обыденной практикой. Так, начиная с 1994 года, когда была принята часть первая действующего Гражданского кодекса, отечественные цивилисты стали свидетелями нескольких этапов реформирования гражданского законодательства.

Первый этап охватывает середину и вторую половину 1990-х годов, когда были заложены основы современного гражданско-правового регулирования, отвечающего потребностям рыночной экономики и правового гражданского общества. Начало второго этапа было положено принятием Указа Президента РФ № 1108 от 18.07.2008 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>1</sup>. В данном указе, а также в Концепции развития гражданского законодательства, одобренной решением Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.01.2009, были намечены новые направления, в том числе отражение опыта судебного правоприменения, сближение с юридической практикой Европейского союза, учет результатов модернизации институтов гражданского права европейских стран, обеспечение стабильности законотворчества и ряд других<sup>2</sup>.

Наконец, на третьем этапе реформирования, продолжающемся с 2017 года, особую актуальность приобретает создание общих нормативных предпосылок цифровой трансформации субъективных гражданских прав. Таким образом, изменения гражданского законодательства в нашей стране ускоренными темпами воспроизводят динамику и тенденции, характеризующие в долгосрочной ретроспективе зарубежные правовые порядки, а именно поэтапное развитие от институтов индустриального общества к праву постиндустриальному и от него — к современному цифровому праву. В этих условиях кажется неизбежным многоступенчатое реформирование правового порядка, призванное ликвидировать разрыв между отечественной и зарубежными правовыми системами, сложившийся за десятилетия существования в нашей стране «социалистического» гражданского права.

Напротив, конституционное законодательство последних десятилетий отличалось стабильностью и отсутствием крупномасштабных преобразований, что было призвано обеспечить устойчивость основ конституционного строя Российской Федерации как правового и демократического госу-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2008. № 29. Ч. I. Ст. 3482.

<sup>2</sup> См.: Концепция развития гражданского законодательства в Российской Федерации. М.: Статут, 2009.

дарства. Неудивительно, что конституционная реформа 2020 года вызвала активные дискуссии среди ученых, пытающихся оценить в первом приближении как ее масштабы, так и возможные последствия внесения в Основной закон изменений. Обращает на себя внимание разброс доктринальных позиций, так, у некоторых специалистов вызывает возражения использование самого термина «конституционная реформа» применительно к этим поправкам. В числе прочего такая позиция отражена и в официальных документах, а именно в Послании Президента РФ к Федеральному Собранию от 15.01.2020, где особо подчеркивается, что потенциал действующей конституции «далеко не исчерпан, а фундаментальные основы конституционного строя, права и свободы человека... еще многие десятилетия будут оставаться прочной ценностной базой для российского общества»<sup>3</sup>.

Вместе с тем проблематика изменений в праве не исчерпывается рассмотренными аспектами, связанными с реформированием законодательства, но представляет важное теоретико-правовое и даже философско-правовое значение. Вызывают особый интерес закономерности правовой эволюции в их глобальных, всемирно-исторических проявлениях. Как известно, данный вопрос не имеет однозначного решения, сложность его изучения усугубляется многообразием правовых систем, их культурно-исторической спецификой. Тем не менее кажется перспективной задачей рассмотрение механизмов, движущих сил и основных этапов эволюции правопорядков на конкретном фактическом материале. В частности, речь идет о соотношении традиций и инноваций в праве, о том, влекут ли за собой эволюционные трансформации радикальное обновление правовой системы или, при всех возможных изменениях, ее институты сохраняют стабильность и преемственность, обусловленные особенностями правового менталитета общества или народа.

Повышенным вниманием к обозначенному кругу проблем характеризуются статьи, размещенные на страницах журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция». Тематика публикаций, предлагаемых читателю, многогранна и разнообразна. Так, А. В. Стовба и Ю. В. Мыца всесторонне рассматривают категорию вины, причем особой актуальностью обладает попытка раскрыть смысл данного феномена сквозь призму идей М. Хайдеггера, В. Майхофера и других европейских авторов. В статье получили отражение многолетние размышления и поиски А. В. Стовбы по созданию уникального для постсоветской юриспруденции феноменолого-экзистенциального правопонимания, являющегося перспективным направлением правовой мысли. Работа А. Н. Медушевского, давнего друга юридического факультета СЗИУ, посвящена обсуждению легитимирующего эффекта конституционной реформы в России. Полагаем, что выводы автора способны послужить концептуальной основой для осмысления не только конституционных поправок, но и проблемы правовых изменений как таковых.

Центральное место в данном номере журнала занимают исследования цивилистов. Профессором В. Ф. Попондопуло предложена глубокая и оригинальная трактовка нормативного режима деятельности граждан, учитывающая специфику правоспособности физических лиц как основных субъектов частного права. М. В. Трегубов в статье, посвященной истребованию имущества из чужого незаконного владения, концентрирует внимание на таком новом для российского гражданского законодательства институте, как астрент, допустимость применения которого к виндикационным искам вызывает активные разногласия в науке и судебной практике. Кроме того, автор рассматривает виндикацию нематериальных активов, имеющую бесспорную значимость в свете отмеченной выше тенденции к цифровизации имущественного оборота и цифровой трансформации гражданских прав. В статьях Л. В. Шварц и В. А. Майбороды практические задачи правового регулирования и применения действующего законодательства получают рассмотрение в широком контексте модернизации правовой системы Российской Федерации на современном этапе развития.

Данью памяти выдающемуся ученому и философу Юрию Яковлевичу Баскину стала публикация Р. Т. Мардалиева, подготовленная по материалам диссертации, которую автор защитил в свое время под научным руководством Юрия Яковлевича. Кроме того, подробный обзор Вторых Баскинских чтений, подготовленный И. К. Шмарко, также размещен в настоящем выпуске журнала. В заключение хотелось бы выразить уверенность в том, что обсуждение правовых изменений, начатое в рамках состоявшегося мероприятия, продолжится и в будущем, ибо масштабность, а также научная и практическая значимость данной темы заслуживают привлечения самого пристального внимания исследователей.

*Главный редактор  
Разуваев Николай Викторович*

<sup>3</sup> См.: [Электронный ресурс]. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/62582> (дата обращения: 14.12.2020).

# СТАТЬИ **Se me perdieron las llaves<sup>1</sup>, или Еще раз о феномене вины в философии права**

**Стовба Алексей Вячеславович**

проректор по вопросам научной и методической работы Харьковского института кадров управления, Харьков, Украина, доктор юридических наук; stovba34@mail.ru

**Мыца Юрий Викторович**

адвокат, кандидат юридических наук, практикующий юрист, Харьков, Украина; ukrtechnosfera@ukr.net

## **АННОТАЦИЯ**

Статья посвящена осмыслению феномена вины в философско-правовом ракурсе. Рассмотрение данной проблемы проводится в синхронном и диахронном аспекте. В синхронном аспекте авторы проводят исследование специфики вины как на материале частного права (гражданского права, хозяйственного права), так и в плоскости права публичного (прежде всего, уголовного права). В разрезе диахронического исследования проблемы вины авторы обращаются к истокам правовой мысли — законодательству и философии права Древней Греции (прежде всего, досократической философии права — Парменида и Гераклита) и Древнего Рима. В результате проведенного диахронического анализа можно сделать вывод о том, что в философско-правовом аспекте вина исходно представляет собой трансформированную категорию причинности, которая впоследствии заменяется трактовкой вины как психического отношения лица, совершившего противоправное деяние, к его общественно опасным последствиям. Данный вывод базируется, в частности, на сравнительном исследовании обязательств, возникающих из договора и из причинения вреда (договорных и деликтных обязательств). При этом вина как причинно-следственная связь существует между умышленным либо неосторожным деянием, с одной стороны, и причиненным данным деянием ущербом — с другой. Необходимо подчеркнуть, что такая категория, как «правонарушение» (нарушение норм права), трактуется как исторически вторичная и более поздняя по отношению к феномену нанесения ущерба. В свою очередь, синхронный анализ феномена вины дает авторам основания выдвинуть гипотезу о том, что форма вины (умысел или неосторожность) является критерием, позволяющим разграничить сферы частного (сфера неосторожного деяния) и публичного (сфера умышленного деяния) права. При этом сфера грубой неосторожности является так называемой «серой», пограничной зоной между отраслями публичного и частного права. В качестве особого случая выделяется гражданско-правовой институт ответственности без вины, когда сам факт совершения соответствующего деяния (или даже владения соответствующим имуществом) дает основания привлечь лицо к предусмотренной законом ответственности. В итоге авторы приходят к выводу о том, что подлинным основанием для правовой ответственности лица является вина как вовлеченность в происшествие, т. е. ту конкретную ситуацию, «дело», которое является онтологическим поводом для обращения к праву.

*Ключевые слова:* вина, умысел, неосторожность, причинность, частное право, публичное право

## **Se me perdieron las llaves, or Back to the Phenomenon of Guilt in Philosophy of Law Again**

**Oleksiy V. Stovba**

Vice Rector for Research and Methodological Work of Kharkiv Institute of Management Stuff, Ukraine, Kharkiv, Doctor of Science (Jurisprudence); stovba34@mail.ru

**Yuriy V. Mytsa**

Attorney at Law, PhD in Jurisprudence, Practical Lawyer, Kharkiv, Ukraine; ukrtechnosfera@ukr.net

## **ABSTRACT**

The article is dedicated to the consideration of the phenomenon of guilt in the sphere of legal philosophy. The reasoning of the similar issue is fulfilled both synchronically and diachronically. In the synchronic field of research authors consider the specificity of guilt in the sphere of private law (civil law, commercial law) as such as in the region of public law (criminal law, administrative law). In the context of the diachronic research of the phenomenon of guilt authors turn themselves to the origin of the legal thought — legislation and legal philosophy of Ancient Greece (first of all, pre-Socratic philosophy of law — Parmenides, Heraclitus etc.) and Ancient Rome. The result of the diachronic analyses is the following conclusion. The guilt in its legal-philosophical aspect presents itself originally as the transformed category of the causality. During the contemporary development of the legal thought the latter is substituted by the interpretation of the guilt as the psychological relation of the person, who has committed the legal deed towards its socially dangerous consequences. The similar conclusion is grounded partly on the comparative examination of the obligations, which derivate from contract and from the infliction of the harm (contractual obligation and delict obligation). In the similar case the guilt as the causal relation is existed between the deliberate or negligent action from one

<sup>1</sup> У меня потерялись ключи (исп.)

side and the harm, which is derivated from the similar action — from the other. In this situation the category of delict (the break of the norms and rules) is interpreted as the secondary in historical relation and taking place later than phenomenon of causing the harm. In its turn, the synchronic analyze of the phenomenon of guilt leads authors to the hypotheses, that the form of guilt (criminal intent or criminal negligence) is a criterion, which gives us possibility to distinguish the fields of private law and public law. It's worth to underline that sphere of gross negligence is the border line (so-called mixed zone) between the public and the private law. As the special case authors underline such institute of the civil law as the responsibility without guilt, when the fact of the committing deed (or even the possession of the certain estate) as such creates the ground of the legal responsibility of the person. Finally authors come to conclusion that the real foundation of the legal responsibility is guilt as the fact of involving in the occurrence, i. e. that concrete situation, "case" which is an ontological ground to turn to the law.

*Keywords:* guilt, intent, negligence, causality, private law, public law

## 1. Введение

Вопрос о вине является фундаментальным как для теории права, так и для юридической практики. При этом если в практическом аспекте именно установление виновного лица является сердцевиной уголовного, гражданского либо иного судебного процесса, то в разрезе философии права акцент вопрошания смещается на сам феномен вины как таковой. Что дает основания установить связь между деянием лица, с одной стороны, фактическими его последствиями — с другой, правовыми последствиями — с третьей? В подобный «бермудский треугольник» неизбежно попадает всякий, кто возьмет на себя нелегкую задачу осмысления проблемы вины в ее философско-правовом аспекте.

Вместе с тем следует обратить внимание на тот, казалось бы, очевидный факт, что в подобном же треугольнике оказывается не только правовед, но и теолог, и этик, и вообще всякий, кто рискует задать вопросом о вине в ее религиозном, этическом либо иных измерениях. Соответственно, задачей философии права в данном случае будет своеобразная «спецификация» этого «треугольника» в правовом отношении, поскольку вина как фундаментальное условие ответственности человека перед Богом, людьми либо же, например, государством или обществом будет в значительной мере дифференцирована в зависимости от ракурса вопрошания.

## 2. Историческая экспозиция проблемы

Как известно, в древние времена право не выделялось как таковое из общего объема социальных норм, будучи вписано в синкретичный массив религиозных, этических и прочих правил, регулирующих совместную жизнь людей. В соответствии с этим аналогичным образом — синкретично-упрощенно — мыслилась и сама вина, представляя собой не «психическое отношение лица к совершенному деянию», но его «бытие-причиной» происшедшего, т. е. фактическую способность человека зачинать тот причинно-следственный ряд, который в дальнейшем приводит к определенному результату<sup>2</sup>. Иными словами, более исходно, нежели психическое отношение лица к совершенному, вина означает: источник, начало, причину, повод, предлог<sup>3</sup>. Аналогичным образом и в латыни (*causa*), и, например, в немецком языке (*die Schuld*) вина обозначает способность человека *зачинать тот причинно-следственный ряд, который приводит (может привести) к возникновению ущерба*. Как указывает, разбирая феномен вины, немецкий философ М. Хайдеггер, «вина» может пониматься двояко: как «бытие-повинным» в смысле обязанности перед кем-то и «бытие-причиной» чего-либо. Они совпадают в том, что мы называем «*провиниться*» (курсив М. Х.), т. е. через виновность в повинности нарушить право и сделать себя подлежащим наказанию. ...Провинность происходит не посредством правонарушения как такового, но из-за того, что моя вина есть в том, что Другой в своей экзистенции поставлен под удар, сбит с пути или даже сломлен. Эта провинность перед Другими возможна и без нарушения «публичного» закона<sup>4</sup>.

Поясняя сказанное, следует отметить, что в истории права вина исходно понималась как способность человека быть причиной того, что произошло (причинения ущерба). Наглядной иллюст-

<sup>2</sup> Карнаух Б. П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності. Харків, 2014. С. 10.

<sup>3</sup> Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. М., 1955. Т. 1. А — З. С. 204.

<sup>4</sup> Heidegger M. Sein und Zeit. Tuebingen, 2001. S. 282. См. также русский перевод: Хайдеггер М. Бытие и время. М., 1997. С. 282. Ссылка на немецкий текст приводится по причине нашего несогласия с переводом данного фрагмента В. В. Библихиным (так, например, последний переводит «ein Recht verletzen» как «нарушить закон» вместо «нарушить право» и проч.).

рацией подобной ситуации были судебники эпохи Раннего Средневековья («Салическая правда», «Русская правда», «Серый гусь» и т. п.), которые содержали не столько составы преступлений, сколько были своеобразным «прейскурантом» материального эквивалента нанесенного ущерба, фактически замещавшего собою как вину, так и правонарушение в целом.

Вместе с тем что означает «быть причиной»? Ведь в известной мере «причиной» убийства, совершенного ребенком, «являются» родители как причина его появления на свет, кражи — чувство голода вора, несчастного случая — животное либо предмет, фактически причинившие вред. Иными словами, вопрос о вине как причине порождает вопрос как минимум о критериях определения причины как той «точки отсчета», от которой следует «отсчитывать» как само происходящее, так и его итог — причинение ущерба. Аналогичным образом и в сфере гражданского права еще в Древнем Риме усложнение форм хозяйственного оборота привело к тому, что неисполнение обязательства контрагентом или фактическое причинение вреда зачастую оказывалось вызванным сложным комплексом промежуточных причин и следствий, при которых простое «объективное вменение» вины не могло служить эффективным способом решения спора.

Как известно, еще в древнейшем римском праве было установлено, что обязательство может возникать из двоякого основания: из договора и из деликта<sup>5</sup>. Иными словами, исходно как в праве германском, так и в римском праве архаичного периода «виной», т. е. причиной возникновения обязательства (как правило, возмещения вреда), считалось то деяние, которое причиняло ущерб: либо как нарушение взятых на себя обязательств, либо непосредственно — как деликт. Вина при этом специфицировалась тройко: как умысел (*dolus*), грубая неосторожность (*culpa lata*) и легкая неосторожность (*culpa levis*)<sup>6</sup>. Несколько отклоняясь, можно предположить, что именно упомянутое выделение трех степеней вины послужило в современной теории права основанием для кристаллизации как «материального», так и «процессуального» различия частного и публичного права. Так, если деликт был совершен умышленно, то это деяние попадало в сферу публичного права и подлежало преследованию со стороны государства. Если же вред был причинен неосторожно либо же стал следствием неисполнения договора, совершенное правонарушение относилось к сфере права частного, а процесс привлечения виновного к ответственности носил характер частного обвинения. Не случайно еще в римском праве под злым умыслом (*dolus malus*) понималась не столько степень вины, сколько деликт как таковой («причинение вреда из злого умысла»)<sup>7</sup>. В свою очередь, неосторожность римские юристы понимали, прежде всего, как неосмотрительность. Вина имеется тогда, когда не было предусмотрено того, что заботливый человек мог предусмотреть<sup>8</sup>.

При этом форма вины служила «водоразделом» и для определения предметных сфер не только материального, но и процессуального права. Как известно, в эпоху общинно-родового строя не только правовое преследование виновного, но и исполнение судебного решения целиком и полностью возлагалось на заинтересованное лицо — истца. Однако, как указывает французский философ М. Фуко, начиная с эпохи классического Средневековья право разрешать свои тяжбы отчуждается у индивидов; появляется прокурор, как представляющий государство, терпящее ущерб от проступка, появляется само понятие правонарушения<sup>9</sup>. Тем самым с развитием государства последнее начинает активно монополизировать право на принуждение, прежде всего, в отношении умышленных преступлений. Апогея подобная тенденция достигает в абсолютистских государствах Нового времени, когда любое публичное правонарушение мыслилось как «покушение на тело монарха», которое могло быть уравновешено лишь ответной материальной репрессией государства в отношении тела преступника<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Мы не зря акцентируем внимание на древнейшем происхождении данного деления, поскольку лишь в классический период римское правоведение начинает учитывать его неполноту. Так, Гай хотя и говорит в Институциях (III.88), что «*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*», но сам же в другом сочинении (2-я книга «Золотых», *Aureogum*) прибавляет третью группу «*aut propria quodam jure ex variis causarum figuris*» (из разных других оснований). В юстиниановский же период перед нами предстает вообще сформировавшееся четырехчленное деление таких оснований (контракты, деликты, квазиконтракты, квазиделикты) (см.: Покровский И. А. История римского права. СПб., 1999. С. 372, 390, 391; Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1997. С. 239, 240).

<sup>6</sup> Карнаух Б. П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності. Харків, 2014. С. 11.

<sup>7</sup> Там же. С. 12.

<sup>8</sup> Там же. С. 13.

<sup>9</sup> Фуко М. Интеллектуалы и власть // Истина и правовые установления. М., 2005. С. 88.

<sup>10</sup> Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М., 1999. С. 73.

### 3. Феномен вины в современном правоведении

Как можно видеть, с незначительными изменениями подобное основание дифференциации публичного и частного права сохранилось и до наших дней, будучи актуализировано как в «материально-правовом» различии публичного и частного права, так и в «процессуально-правовом» различии уголовного либо административного процесса, с одной стороны, и хозяйственного либо гражданского — с другой. Отвечая на возможное возражение о том, что любой процесс по своей сути публичен (как минимум в силу своего отправления государственным органом — судом), следует пояснить, что, например, умышленное причинение вреда имуществу и умышленное неисполнение взятых на себя гражданско-правовых обязательств являются по своей сути публичными правонарушениями и подлежат преследованию со стороны государства, тогда как аналогичные деяния, совершенные по неосторожности, принадлежат к сфере частного права, когда привлечение виновных лиц к ответственности является прерогативой самого потерпевшего. В то же время существует и так называемая «серая зона» между публичным и частным правом, когда ряд неосторожных деликтов (например, неосторожное убийство, ДТП со смертельным исходом) криминализуются, входя в сферу уголовного права. Подобной же «серой зоной» в процессуальном отношении являются дела частного обвинения в уголовном процессе либо публичные иски в процессе гражданском либо хозяйственном.

Следует предположить, что исторической основой для разграничения «серой зоны» сфер публичного и частного права в материально-правовом отношении также могут послужить ранее упомянутые нами степени вины, выделявшиеся еще в римском праве: грубая неосторожность (*culpa lata*) и легкая неосторожность (*culpa levis*). Так, грубая неосторожность имела место там, где отсутствовала та мера предусмотрительности (*diligentia*), которой можно было требовать от кого угодно, от «любого»<sup>11</sup>. В то же время легкая неосторожность понималась как отсутствие той предусмотрительности, которая присуща не всякому, но лишь хорошему, осмотрительному хозяину (*bonus paterfamilias, diligens paterfamilias*)<sup>12</sup>. Иными словами, если грубая неосторожность в древнейшем римском праве фактически приравнивалась к умыслу и, соответственно, по своей сути принадлежит к сфере права публичного, то легкая неосторожность имманентно относится к сфере права частного<sup>13</sup>.

Таким образом, можно предположить, что вина как отношение лица к совершенному им деянию и его последствиям является важнейшим критерием для различия того, принадлежит ли это деяние по своей сути к сфере публичного либо частного права, тем самым предопределяя и соответствующие материальные либо процессуальные последствия. Так, если вина будет выражена в форме умысла, виновное деяние, очевидно, будет в основном иметь публично-правовую природу, в случае же легкой неосторожности — относиться к сфере частного права. Вина в форме грубой неосторожности вводит совершенное деяние в т. н. «серую зону» между публичным и частным правом, когда идентификация соответствующих правоотношений будет колебаться в зависимости от конкретных исторических, социальных, политических и иных стандартов. Так, например, согласно законодательству Украины, если водитель автомобиля, будучи в нетрезвом виде, не справился с управлением и неосторожно врезался в чужую автомашину, это будет представлять собой гражданско-правовой деликт. Если же будет доказано, что упомянутые действия совершены умышленно, то это деяние как преднамеренное уничтожение чужого имущества автоматически перемещается в сферу публичного права. Вместе с тем очевидно, что законодательства других стран могут иначе регулировать данные ситуации.

Аналогичным образом от формы вины зависят характер и специфика правовых последствий содеянного. Так, при вине в форме умысла в центре внимания будет находиться, прежде всего, кара, наказание за совершенное деяние, а лишь затем компенсация причиненного вреда. В то же

<sup>11</sup> Карнаух Б. П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності. Харків, 2014. С. 12.

<sup>12</sup> Там же. С. 13.

<sup>13</sup> В этой связи заслуживает особого внимания концепция Л. И. Петражицкого, который при рассмотрении разделения права на публичное и частное перенес акценты в область индивидуальных психических переживаний управомоченного лица. В таком подходе гораздо более смысла, чем может показаться на первый взгляд, особенно если учитывать наряду с личным мнением управомоченного лица относительно направленности его интереса также и поддающийся гораздо большей объективации фактор формы и степени вины субъекта (о чем нами, собственно, и говорится). Таким образом, критерий основного разделения права, предложенный Л. И. Петражицким, проявляется гораздо четче и яснее становится несправедливость упреков сторонников теории материального интереса, которые приписывают данному подходу зависимость от изменчивого состояния настроения управомоченного лица (подробнее об этом см.: Черепяхин Б. Б. К вопросу о частном и публичном праве // Б. Б. Черепяхин. Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 98–100).

время любая неосторожность выводит на первое место именно вопросы возмещения ущерба, тогда как справедливое возмездие за совершенное деяние играет второстепенную роль. Это различие покрывает даже упомянутые ранее «серые зоны» между частным и публичным правом. Ведь из практики мы знаем, что по делам о неосторожных преступлениях возмещение причиненного вреда и примирение с потерпевшим чаще всего приводят к освобождению виновного лица от наказания либо даже от уголовной ответственности, в то время как по умышленным преступлениям совершение упомянутых действий в большинстве случаев лишь смягчает наказание.

Суммируя сказанное, можно прийти к выводу, что единый и мнимо самодостовверный феномен вины при более пристальном рассмотрении распадается на сложный комплекс взаимодействия таких фундаментальных правовых категорий, как *вина*, *ответственность* и *ущерб*. Так, в сфере публичного права, преимущественно сфере умысла, *вина* как бы «превалирует» над *ущербом*, детерминируя *ответственность* в первую очередь самим содеянным, а лишь затем его последствиями и возможностью возмещения<sup>14</sup>. Иными словами, совершенное умышленно деяние как бы само по себе «формирует» свои последствия, когда ответственность как *правовые* последствия совершенного обусловлены, прежде всего, умышленностью деяния. В сфере же частного права в отношении неосторожного деликта акцент смещается с *вины* на *фактические* последствия — *ущерб*, отсутствие которого исключает *ответственность* правонарушителя, а компенсация результата неосторожно совершенного деяния как бы «стирает» совершенное, делая юридическую ответственность по своей сути деривативной, производной от фактического возмещения вреда. Иными словами, *вина* в сфере частного права из психического отношения правонарушителя к совершенному деянию и его последствиям фактически тяготеет к *объективному вменению субъекту нарушения тех правил, соблюдение которых позволило бы ему избежать причинения вреда*. Апогеем подобного перехода от феномена *вины* как основания юридической *ответственности* к *деянию* является *ответственность без вины*, как это имеет место при возмещении вреда, причиненного источником повышенной опасности. При этом можно предположить, что такие широко распространенные цивилистические конструкции, как презумпция вины ответчика либо безвиновная ответственность, являются скорее фикциями, призванными прикрыть фактически имеющее место объективное вменение. Другими словами, в упомянутых примерах «отсчет точки вины» как причины происшедшего отодвигается с виновного (умышленного либо неосторожного) совершения деликтного деяния на сам факт владения соответствующим имуществом (при безвиновной ответственности) либо же на совершение того деяния, которое чисто детерминистически привело к нанесению ущерба. При этом психическое отношение ответчика к совершенному деянию и его последствиям имеет значение лишь постольку, поскольку нужно отграничить *умысел* (переводящий происходящее в сферу публичного права) от *неосторожности* (позволяющей остаться в рамках права частного). Тем самым фактически имеющее место объективное вменение прикрывается конструкциями безвиновной ответственности либо презумпцией вины исключительно с целью «идеологической маскировки» «средневековой» по своей сути правовой политики государства в соответствующей сфере.

Таким образом, в ходе нашего рассмотрения вопроса о вине мы приходим к необходимости пересмотра координат его осмысления. Однако в поисках выхода из ранее упомянутого т. н. «бермудского треугольника» (деяние — ущерб — санкция) мы попадаем в другой «треугольник», образованный деянием, ущербом и ответственностью, где, кажется, уже нет места вине. Что же является в таком случае основанием правовой ответственности? Следует допустить, что здесь находится предел вопрошания в рамках отраслевой правовой науки, которая способна лишь конструировать догматические конструкции, не задумываясь об их природе и сути. Так, например, формулировка ст. 179 ГК Украины называет вещь «предметом материального мира, относительно которого могут возникать гражданские права и обязанности». Однако гражданское право в рамках своей предметной области не в силах определить, что такое «мир», «материя», «предмет» и т. п., будучи вынужденным заимствовать данные категории из философии в качестве догматических. Тем самым мы вынуждены перейти в сферу философии права, которая по своей природе призвана вопрошать о смысле и основаниях соответствующих явлений.

<sup>14</sup> Следует отметить, что и различие между т. н. «материальным» и «формальным» составами преступления не опровергает нашего утверждения, поскольку в преступлениях с формальным либо даже усеченным составом наступление общественно опасных последствий презюмируется по определению (как, например, в случае создания преступной организации [ст. 255 УК Украины], когда сам факт создания таковой считается причиняющим вред общественным отношениям, независимо от того, совершила ли такая организация какие-либо конкретные преступления или нет).

#### 4. Феномен вины в философии права

Как известно, в теории и философии права вина традиционно трактовалась двояко: «субъективно» — как психическое отношение лица к совершенному деянию (т. н. «психологическая теория вины»), либо же «объективно» — как способ поведения, объективно не соответствующий стандартам, принятым в том либо ином обществе, независимо от направленности умысла виновного (т. н. «поведенческая теория вины»)<sup>15</sup>. Вместе с тем как одна, так и другая теория в своей основе опираются на философский постулат о том, что между человеческим деянием (действием либо бездействием) и его последствиями существует какой-то особый род связи, который не может быть сведен ни к причинно-следственной, ни к логической связи, но имеющий совершенно особую природу. Иными словами, мнимо противоречащие друг другу «субъективное» и «объективное» истолкования феномена вины имеют общие философские корни, уходя в те концепции истины, которые бытовали в сознании людей в соответствующий период времени, вызывая и обуславливая соответствующее понимание вины в сфере правоведения<sup>16</sup>.

В современной неклассической философии права вина исходно понимается как экзистенциальная способность человека стать причиной для причинения ущерба бытию другого человека (экзистенции)<sup>17</sup>. Эта способность заключается в том, что правонарушитель в своем бытии с другими людьми как бы «скрывает» себя, посредством подобного сокрытия не давая реализовывать свои возможности встречным ему в бытии другим людям. Модусами подобной скрытости являются «от-каз» (полная сокрытость), «кажимость» (искаженная видимость) и «за-каз» (гиперманифестация себя в бытии с другими людьми, исключающая и поглощающая их себя-казание)<sup>18</sup>. В свою очередь, и в римском праве вина как злой умысел изначально была связана с неявленностью, искаженностью, сокрытием. Так, злой умысел трактовался как некая «хитрость, чтобы ввести другое лицо в обман, когда притворная видимость — одно, а делается другое» (Сервий). «Можно и без притворства действовать таким образом, что кого-нибудь обходят (обманывают), можно и без злого умысла делать одно и создавать притворную видимость другого: так действуют те, кто путем такого притворства удерживают и охраняют или свое, или чужое; поэтому сам (Лаброн) так определяет злой умысел: это есть лукавство, обман, хитрость, совершенные для того, чтобы обойти, обмануть, опутать другого» (Ульпиан)<sup>19</sup>.

Однако дифференция между виной и невиновностью как между сокрытостью и явленностью имеет даже более глубокие, нежели латинские, греческие корни: как различие между истинной (ἀλήθεια), понимаемой как максимальная явленность сущего во всей полноте его бытия, и ложью, сокрытостью, забвением истины сущего (λήθη). Еще у Парменида доступ к ἀλήθεια хранит не кто иная, как богиня Дике, которая владеет меняющимися (то запирающими, то отпирающими) ключами от врат Дня и Ночи<sup>20</sup>. Как неоднократно отмечалось в соответствующей литературе, между истиной (ἀλήθεια) и правом («дике») существует изначальная взаимосвязь. Так, немецкий философ права Э. Вольф указывает, что сущность Дике как богини, светящей и просвещающей, освещающей, выставляющей на свет и сокрытое (неправо) открывающей, раскрывающей и разоблачающей, тождественна сущности ἀλήθεια<sup>21</sup>. Отсюда вина, взятая в подобном ракурсе, представляет собой специфический способ бытия человека, онтологически-экзистенциально связанный с неистинностью, сокрытостью, которые на онто-психологическом уровне проявляются как ложь, обман либо притворство. Тем самым неожиданно обнаруживается,

<sup>15</sup> Карнаух Б. П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності. Харків, 2014. С. 44.

<sup>16</sup> Ссылка на «соответствующий период времени» сделана отнюдь не случайно. Именно в зависимости от избранной исторической эпохи «привязка» вины к человеку будет опираться на самые различные предпосылки, начиная от «объективного вменения» (вина как причина) и заканчивая вменением вины как «субъективной направленности умысла» актанта. При этом на «доисторическом» этапе развития человечества о «специфически правовой вине» вообще говорить не приходится, поскольку само право не было вычленено из системы иных социальных норм, которые представляли собой синкретичный сплав религии, морали, магии и т. п. Аналогичным образом на место детерминистической связи деяния и его последствий в первобытном обществе заступали «акаузальные ряды» (К.-Г. Юнг), когда, например, в отличие от «физического» причинения вреда «порча», «сглаз» и т. п. оказывались не результатом «прямого действия» человека, но его обращения к потусторонним силам («союзникам», «духам», «тотемам» и пр.).

<sup>17</sup> Стомба А. В. Темпоральная онтология права. СПб., 2017. С. 288 и далее.

<sup>18</sup> Там же. С. 290.

<sup>19</sup> D.4.3.1.2 (цит. по: Дигесты Юстиниана / перевод с латинского. Т. I. Отв. ред. Л. Л. Кофанов. М.: Статут, 2002. С. 433).

<sup>20</sup> Досократики: элеатовский и доэлеатовский периоды [пер. с древнегреч. А. Маковельского]. Минск, 1997. С. 452.

<sup>21</sup> Wolf E. Greichisches Rechtsdenken. Frankfurt am Main, 1947. S. 36.

что прежде всякого «объективного вменения» либо «формы умысла» вина оказывается неразрывно связанной с истиной.

Однако истина у древних греков — это отнюдь не застывшее «соответствие наших представлений объективному положению вещей». Как неоднократно отмечалось в соответствующей литературе, античная истина по своей сути динамична, она постоянно сбывается, происходит<sup>22</sup>. Когда же этому сбыванию, происшествию истины ставится предел, тогда и имеет место вина. Иными словами, если истина есть само происходящее, то искривление, сокрытие его и будет виной. Иначе говоря, ранее чем нарушение всякого естественного права или позитивного закона правонарушение правонарушителя состояло в том, что он не давал сбыться тому, что по своей сути таково, а посредством своего действия либо бездействия как бы скрывал, затемнял суть происходящего, так что уже было не разобрать, кто поступил по правде, а кто нет. Вследствие противоправного по своей природе, т. е. «виновного» в самом что ни на есть исходном смысле деяния различие между Дике (правдой, чином) и Адиксией (бесчинством) оказывается стертым.

Вместе с тем еще для древних греков было очевидно, что поступать, скрывая истину происходящего, можно с самыми лучшими намерениями, вообще не осознавая упомянутого сокрытия. Так, в известной трагедии Софокла «Царь Эдип» древнегреческий герой Эдип, спеша по ночной дороге, нечаянно убивает своего отца Лая, а избавив родной город Фивы от чудовища Сфинкса, оказывается мужем своей матери. При этом то, что Эдип действовал по неведению, не только не имея умысла совершить такие страшные вещи, но и поступая с совершенно благородными намерениями, никоим образом не избавляет его ни от вины, ни от ответственности за содеянное. Эдип оказывается виновным постольку, поскольку, совершив определенное деяние, искажающее происходящее, оказывается вовлечен в него, и этот факт «вовлеченности» и оказывается истоком как вины, так и ответственности<sup>23</sup>. Другими словами, можно предположить, что до всяких «объективных» и «субъективных» теорий вины ее онтологической основой является происшествие как таковое, в которое оказывается вовлечен человек, когда все происходит как бы само собой, но человек все равно оказывается ответственным за происходящее с ним.

Обращаясь к философско-методологическим предпосылкам данной гипотезы, следует указать, что подобно конструкции относительного правоотношения в праве гражданском в современной философии права можно встретить так называемую «дискретную теорию права», согласно которой право не существует постоянно как некое правовое поле, постоянно пронизывая сущую действительность, но дискретно, возникая вследствие совершенного деяния и исчезая после наступления соразмерных и своевременных ему правовых последствий<sup>24</sup>. Аналогичным образом можно предположить, что и вина изначально существует не в виде идеальной вневременной конструкции, описывающей «психическое отношение лица к деянию и его последствиям» либо же «объективно противоправный способ поведения», а как конкретно-ситуативное обретение человеком «места» в происходящем, когда он, будучи вовлечен в него как кто-то, «автоматически» получает тот соответствующий комплекс «прав и обязанностей», который и делает возможным всякий фактический дискурс о вине лица. Иначе говоря, исходно вина есть своеобразный «индикатор» вовлеченности лица в происшествие, в то время как ответственность есть «обратная связь» человека и происходящего. Другими словами, лицо, будучи «связано с происходящим определенным образом» (образом присутствия в нем)<sup>25</sup>, дает «обратный отсчет» данной связи в ходе экспликации своего места как доли в целом происшествии, тем самым «принимая на себя ответственность» за происходящее с ним.

Прояснить сказанное поможет небольшой экскурс в сферу лингвистики<sup>26</sup>. Так, в испанском языке страдательный залог выражается частицей «se», которая ставится в начале предложения. Как и в украинском, и в русском языках (посредством частицы «ся», выражающей, однако, и возвратность

<sup>22</sup> Хайдеггер М. Парменид. СПб., 2009. С. 202.

<sup>23</sup> Задачей данной статьи не является полная и всесторонняя интерпретация данного, чрезвычайно глубокого и многопланового мифа (что потребовало бы самостоятельного исследования, выходящего за рамки правоведа). Здесь же авторами с помощью мифологического материала проводится образная иллюстрация некоторых положений настоящей статьи. По схожему пути движется, например, известный французский философ М. Фуко, который полагает, что пьеса «Царь Эдип» может быть рассмотрена как литературное изложение проблем власти (см. Фуко М. Интеллектуалы и власть // Истина и правовые установления. М., 2005. С. 68).

<sup>24</sup> См., напр., Стомба А. В. Темпоральная онтология права. СПб., 2017. С. 6, 209 и далее.

<sup>25</sup> Там же. С. 317.

<sup>26</sup> Следует подчеркнуть, что данный экскурс не носит самостоятельного методологического значения, но имеет целью с помощью выразительных средств испанского языка проиллюстрировать некоторые положения настоящей статьи.

действия), подобная конструкция указывает, что все происходит как бы «само собой», в то время как сущее, вовлеченное в подобное происходящее, пассивно. Например, выражение “se perdieron las llaves” обозначает «ключи потерялись», т. е. они потерялись «сами собой», а не «кем-то потеряны». Если же я хочу сказать, что «я потерял ключи», т. е. ответственен за потерю, это будет звучать как “yo perdi las llaves”. Но если ключи «потерялись сами», но все же у меня, испаноязычная конструкция выражает это максимально эффектно, говоря, что не «ключи потеряны мною», а «у меня потерялись ключи». Выражение “Se me perdieron las llaves” через частицу “se” хотя и будет указывать на мою пассивную роль в происходящем, однако посредством возвратного местоимения *me*, т. е. «у меня», необратимым образом вписывает меня в происшедший факт утраты, тем самым вменяя мне вину и возлагая ответственность. Метафорически выражаясь, хотя «ключи» от врат Парменидовской истины теряются как бы «сами собой», человек все равно оказывается виновным в происходящем и ответственным за наступившие последствия в силу того, что он оказывается необратимым образом «привязанным» к тому, что, собственно, и происходит. В данном случае он попадает в обозначенный в статье т. н. «бермудский треугольник» ущерба и ответственности уже не посредством деяния, но вследствие самой вовлеченности в соответствующее происшествие. При этом следует подчеркнуть, что в данном случае мы не стараемся оправдать объективное вменение как общий подход, но стремимся кардинально пересмотреть традиционные основания правовой ответственности, приведя их в соответствие как с фактическим юридическим процессом, так и с глубинными, философско-онтологическими основаниями данного явления.

## 5. Заключение

Подводя итоги, следует отметить, что философско-правовое осмысление феномена вины приводит нас к заключению, что основанием вины является отнюдь не «субъективное отношение к деянию и его последствиям, выраженное в форме умысла либо неосторожности», но также и не «объективное нарушение норм и правил, установленных в обществе». Человек может оказаться виновным лишь постольку, поскольку он, будучи вовлечен в определенного рода происшествие, занимает в нем определенное место, в силу чего обретает определенные «права» и может нести «обязанности», посредством которых становятся осмысленными всякие «юридические» предпосылки вины и ответственности. При этом в качестве гипотезы следует предположить, что в практической плоскости вина и ее формы оказываются возможным критерием для разделения публичной и частной сфер права, что позволяет перейти от догматического постулирования к выработке адекватного методологического инструментария для спецификации предмета отдельных отраслей права.

## Литература

1. *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. М. : Гос. изд-во иностр. и нац. словарей, 1955. Т. 1: А — З.
2. *Дигесты Юстиниана* / перевод с латинского. Т. I. Отв. ред. Л. Л. Кофанов. М. : Статут, 2002.
3. *Досократики: элеатовский и доэлеатовский периоды* / пер. с древнегреч. А. Маковельского. Минск : Харвест, 1997.
4. *Карнаух Б. П.* Вина як умова цивільно-правової відповідальності. Харьков : Право, 2014.
5. *Покровский И. А.* История римского права. СПб. : Летний сад, Нева, 1999.
6. *Римское частное право* : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М. : Новый Юрист, 1997.
7. *Стовба А. В.* Темпоральная онтология права. СПб. : Алеф-пресс, 2017.
8. *Фуко М.* Интеллектуалы и власть / М. Фуко. Истина и правовые установления. М. : Праксис, 2005.
9. *Фуко М.* Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М. : Ad Marginem, 1999.
10. *Хайдеггер М.* Парменид. СПб. : Владимир Даль, 2009.
11. *Черепяхин Б. Б.* К вопросу о частном и публичном праве // Черепяхин Б. Б. Труды по гражданскому праву. М. : Статут, 2001. С. 93–120.
12. *Heidegger M.* Sein und Zeit. Tuebingen : Max Niemeyer Verlag, 2001.
13. *Wolf E.* Griechisches Rechtsdenken. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 1947.

## References

1. Cherepahin, B. B. The Question of Private and Public Law [K voprosu o chastnom i publicnom prave] // Cherepahin B. B. Works in Civil Law [Trudy po grazhdanskomu pravu]. Moscow : Statut, 2001. Pp. 93–120. (in rus)

2. Dal', V. Explanatory Dictionary of the Live Great Russian Language [Tolkoviy slovar' givogo velikoruskogo yazika]: In 4 vol. Moscow : State Publishing House of Foreign and National Dictionaries [Gosudarstvennoe izdatel'stvo inostrannikh i national'nikh slovarey], 1955. Vol. 1: A – Z. (in rus)
3. Digest of Justinian [Digesty Yustiniana] / Translation from Latin. Vol. 1. Ed. by L. L. Kofanov. Moscow : Statut, 2002.
4. Pre-Socratics: Eleatic and Pre-eleatic Periods [Dosokratiki: Eleatovskiy i doeleatovskiy periodi]. Minsk : Harvest [Harvest], 1997. (transl. from Ancient Greeks)
5. Foucault, M. Intellectuals and Power [Intellectuali i vlast'] / M. Foucault. Truth and Legal Establishment [Istina i pravovie ustanovleniya]. Moscow : Praxis [Praksis], 2005. (transl. from French)
6. Foucault, M. Discipline & Punish. The Birth of the Prison [Nadzirat' i nakazivat'. Rogdenie tur'mi]. Moscow : Ad Marginem, 1999. (transl. from French)
7. Heidegger, M. Parmenid [Parmenid]. Sankt Peterburg : Vladimir Dal [Vladimir Dal'], 2009. (transl. from German)
8. Heidegger, M. Sein und Zeit. Tuebingen : Max Niemeyer Verlag, 2001.
9. Karnaukh, B. P. The Guilt as Condition of the Civil-law Responsibility [Vina yak umova tsivil'no-pravovoi vidpovidal'nosti]. Kharkiv : Law [Pravo], 2014. (in Ukrainian)
10. Pokrovskiy, I. A. History of Roman Law [Istoriya rimskogo prava]. Sankt Peterburg: Summer Garden, Neva [Letniy sad, Neva], 1999. (in rus)
11. Roman Civil Law [Rimskoe chastnoe pravo] : Guide / Red. Novitskiy I. B. and Preterskiy I. S. Moscow : New Jurist [Noviy yurist], 1997. (in rus)
12. Stovba, O. V. Temporal Ontology of Law [Temporal'naya ontologia prava]. Sankt Peterburg: Alef-press [Alef-press], 2017. (in rus)
13. Wolf, E. Griechisches Rechtsdenken. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 1947.

# Конституционная реформа — 2020 с позиций теории легитимности<sup>1</sup>

**Медушевский Андрей Николаевич**

ординарный профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (факультет социальных наук), Москва, Российская Федерация, доктор философских наук; amedushevsky@mail.ru

## АННОТАЦИЯ

Легитимность — один из ключевых ресурсов стабильности для всех политических режимов, но ее важность возрастет еще больше для трансформирующихся режимов. Общая теория легитимности выясняет, как и почему доминирующий политический класс располагает доверием общества для пребывания у власти, используя доступные символические, моральные и правовые ресурсы для обеспечения само-легитимации. В современном правовом государстве основа легитимности обычно ассоциируется с национальной конституцией — ее фундаментальными ценностями, принципами и нормами, равно как согласием общества по поводу их применения государственными институтами и должностными лицами. Всякий существенный пересмотр конституции означает поэтому одновременно вызов установленной легитимности и попытку ее реконструкции в новых формах. Автор анализирует вклад российской конституционной реформы 2020 г. в трансформацию легитимности российского политического режима. Он выясняет взаимоотношения между легитимностью и конституционализмом, рассматривая такие темы, как позитивные и негативные законодательские импульсы; содержательные и инструментальные аспекты реформы; национальные, региональные и локальные измерения; конституционные и мета-конституционные параметры процесса легитимации, а также декларированные и недеklarированные основания, мотивы, аргументы и технологии процесса принятия поправок. Согласно его выводам, главный результат конституционной реформы состоит в реконструкции легитимирующей формулы как правовой основы консолидации власти в рамках ее транзита и появлении новой формы конституционного авторитаризма.

*Ключевые слова:* легитимность, Конституция России, российская конституционная реформа — 2020, конституционные поправки, позитивная и негативная легитимность, содержательная и инструментальная легитимность, национальное, региональное и локальное измерения легитимности, конституционная и мета-конституционная легитимность, процесс внесения поправок, реконструкция легитимирующей формулы, конституционный авторитаризм

## 2020 Constitutional Reform as the Problem of Legitimacy Theory

**Andrei N. Medushevskiy**

Tenured Professor at the National Research University Higher School of Economics (HSE University), Moscow, Russian Federation, Doctor of Sciences (Philosophy); amedushevsky@mail.ru

## ABSTRACT

The legitimacy is one of the key resources of stability for all political regimes but its importance growing still much in regimes under transformation. The general legitimacy theory exposes why and how the dominant political class disposes the trust of society to stay in power by using available symbolic, moral and legal resources of self-legitimization. In contemporary law-based state the ground of the legitimacy is normally associated with the national constitution – its fundamental values, principles and norms as well as with general public agreement on mode of their application by government institutions and officials. Thus, each important constitutional revision means both the challenge to the established legitimacy and an attempt to reconstruct it in new forms. The author analyses the impact of Russian 2020 constitutional reform in the transformation of the Russian political regime legitimacy. He exposes the reciprocal interconnections between legitimacy and constitutionalism, regarding such items as positive and negative law-making impulses; substantive and instrumental aspects of reform; national, regional and local dimensions; constitutional and meta-constitutional parameters of the legitimization process as well as declared and undeclared reasons, motives, arguments and political technologies of amending process. According his conclusion, the main result of the Russian constitutional reform consists in the reconstructed legitimacy formula as a legal ground for consolidation of power under transition process and a fresh start for the new form of constitutional authoritarianism.

*Keywords:* Legitimacy, Russian Constitution, 2020 Russian constitutional reform, constitutional amendments, positive and negative legitimacy, substantial and instrumental legitimacy, national, regional and local dimensions of legitimacy, constitutional and meta-constitutional legitimacy, amending process, legitimacy formula reconstructed, constitutional authoritarianism

<sup>1</sup> Статья подготовлена в ходе / в результате проведения исследования / работы (№ проекта 20-01-006) в рамках Программы «Научный фонд Национального исследовательского университета „Высшая школа экономики“ (НИУ ВШЭ)» в 2020–2021 гг. и в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5–100».

Наблюдения за изменениями форм жизни раскрывают соотношение постоянных и временных факторов, определяющих пути общества и государственной власти. Согласно китайской «Книге перемен», анализ метаморфоз вообще объясняет «законы постоянства» — показывает, как «начало непременно приходит к концу и образуется структура», позволяя понять, что процесс движения «содержится в циклах», представляющих последовательную смену сходных фаз, а «циклы метаморфоз — то, что торопит время»<sup>2</sup>. С позиций когнитивной теории познания данные метаморфозы отражают общее свойство человеческого сознания по приспособлению к изменениям, освоение смысла и логики перемен путем конструирования социальной реальности — формирования и закрепления новых ценностей, принципов и норм, выражающих их понятий, психологических и поведенческих установок социальной и когнитивной адаптации, а также образцов поведения в меняющейся социальной среде.

Эти новые представления и поведенческие практики могут иметь как вполне спонтанный, так и направляемый характер, будучи закреплены в юридических документах как реализованных продуктах человеческой психики. Метаморфозы правовой организации общества особенно четко отражают динамику его развития, позволяя говорить о конституционных циклах, включающих фазы отказа от старых форм (деконституционализация), принятия новых (конституционализация) и их трансформации под влиянием социального контекста (реконституционализация)<sup>3</sup>. Направленное конструирование социальной реальности выражается в конституционных ценностях, принципах и нормах (или поправках к ним), получающих правовое закрепление, поскольку они имеют высший нормативный статус, обязательны к исполнению, а их действие распространяется на все общество и определяет прерогативы власти и повиновение ей.

Осуществление программы конституционных изменений в России 2020 г., ставшей наиболее радикальной ревизией Конституции 1993 г. за все время ее существования, вызвало диаметрально противоположные оценки в экспертном сообществе — от их представления как модернизации Основного закона до признания «конституционным переворотом»<sup>4</sup>. Очевидно, что разрешение этого спора невозможно исключительно в рамках формально-юридического подхода, поскольку стороны руководствуются принципиально различным представлением как о ценностях в праве, так и о понимании формальных аспектов изменения конституционных норм. Это делает целесообразной оценку поправок с позиций теории легитимности, позволяющей соотнести правовые изменения с их социальным эффектом. Вопрос об их принятии имеет три стороны — интересы власти, согласие граждан и адекватность процедур принятия норм представления общества.

В данной статье рассмотрим, прежде всего, общий вопрос о применении теории легитимности к конституционным изменениям, выявив наиболее важные механизмы их соотношения; далее реконструируем содержательные параметры изменений, вносимых конституционными поправками; проанализируем процедурные аспекты легитимации поправок. Это позволит, на наш взгляд, дать оценку вклада конституционной реформы в обеспечение легитимности российской политической власти.

## 1. Теория легитимности и конституционализм: параметры соотношения

Легитимность — понятие политической и моральной философии, означающее согласие управляемых на принятие управляющей ими власти, основанное на вере в то, что эта власть в конечном счете соответствует их представлениям о должном и справедливости. Данное согласие, выраженное в оценке власти, может быть явным или неявным, а его происхождение определяется общей картиной мира и представлениями о природе власти. Имея западное происхождение, идея легитимности восходит к естественно-правовым теориям Античности и концепциям общественного договора Нового времени, увязывает осуществление власти с соблюдением ею определенных фундаментальных законов и прав граждан, нарушение которых ведет к объявлению данной власти нелегитимной — тиранической, допуская даже право гражданского неповиновения ей. Таким образом, легитимность есть выражение консенсуса между обществом и властью, источником кото-

<sup>2</sup> И цзин «Книга перемен». СПб. : Азбука-классика, 2008. С. 234–245.

<sup>3</sup> Медушевский А. Н. Теория конституционных циклов. 2-е изд. М. — Берлин : Директ-Медиа, 2015.

<sup>4</sup> См. ряд круглых столов по обсуждению поправок 2020 г. в ведущих журналах: статьи раздела «Метаморфозы Конституции России» // Сравнительное конституционное обозрение, 2020. № 3 (136). С. 33–96; Круглый стол: «Изменения в Конституции РФ и публичная политика» 27 февраля 2020 г. // Публичная политика, 2020. Т. 4. № 1. С. 9–42; Стенограмма совместного заседания Конституционного клуба и Комиссии Ассоциации юристов России по развитию конституционного правосознания от 21 января 2020 г. // Конституционный вестник, 2020. № 5 (23). С. 55–75; Обнуление и дух Конституции: дискуссия // Закон, 2020. № 3. С. 23–37.

рого в разное время и в разных обществах выступали доминирующие представления о фундаментальном законе, коренящемся в естественной природе вещей, божественной воле или разуме. В то же время легитимирующая формула (выраженная и подкреплённая доминирующей официальной доктриной) есть обоснование господства правящего класса, а её радикальные изменения — свидетельства его трансформации<sup>5</sup>. В современной политической науке понятие легитимности расшифровывается как принятие обществом (гражданами) правящего политического режима, право которого на управление опирается преимущественно на согласие, нежели на насилие и подавление, — согласие, выраженное в конституционно-правовых принципах, нормах и процедурах.

В классической концепции легитимности власти, разработанной М. Вебером в рамках его социологии религии, она связывалась не столько с правом, сколько с различными мотивами социального поведения. Три идеальных типа легитимности власти включали: традиционный (опора на историческую традицию, обычаи и привычки); рациональный (опора на разумно сконструированные нормы, институты и процедуры) и харизматический (опора на исключительные качества лидера — пророка, вождя или государственного деятеля, вводящего новые установления в форме пророчества или примера). Основу рационального типа легитимности составляет то, что «подчинение теперь основано не на вере и преданности харизматической личности властителя», но определении права на власть «посредством рационально установленных норм (законов, предписаний, правил) таким образом, что легитимность господства выражается в легальности общих, целенаправленно продуманных, корректно сформулированных и обнародованных правил»<sup>6</sup>. В данной классификации рациональный тип легитимности власти всего больше соответствует модели правового или конституционного государства, оказываясь способным воспроизводить политическую стабильность в рамках правовых форм (т. е. легальности), в силу принятия их обществом на основе разума, а не традиций или эмоций.

Структура легитимности в правовом государстве (в отличие от неправового) более сложна и включает, как минимум, три компонента: согласие суверена (народа) на делегирование власти определенным институтам и представителям; представление правительства о том, что оно имеет народный мандат на управление; согласие обеих сторон в отношении правил и процедур поддержания этого баланса во времени. Определяющую роль среди этих правил играют конституционные нормы о пересмотре конституции и поправках к ней, поскольку они теоретически обеспечивают воспроизводство консенсуса гражданского общества и политической власти во времени, а также институты и процедуры гражданского контроля над властью (референдумы, периодические выборы, юридическая и политическая подотчетность правительства парламенту, транспарентность осуществления власти, её сменяемость и т. д.). Однако в условиях слабого или нестабильного конституционализма существует много способов обойти эти ограничения, представив волю правящего режима как конституционное решение. Проблемы с легитимностью начинаются тогда, когда один из этих трех компонентов по тем или иным причинам начинает давать сбои, но, если они действуют синхронно, нет никаких препятствий для обеспечения согласия по поводу воспроизводства легитимности власти на новой правовой основе.

Понятие легитимности, следовательно, шире понятия легальности, а характер их соотношения в современном государстве может получать разную конфигурацию: легитимность предстает как внеправовое понятие (ассоциирующееся со справедливостью), лежащее в основе легальности (конституционной системы), она может вступать в конфронтацию с ней, демонстрируя конфликт справедливости и законности, либо, наконец, проявлять себя в конституционных нормах, поправках к ним или их меняющейся интерпретации. Ключевая проблема была сформулирована К. Шмиттом в период крушения Веймарской республики в виде известной дилеммы — легитимность или законность?<sup>7</sup> Эта дилемма позднее неоднократно воспроизводилась в условиях кризисов правового строя, а её разрешение проходило диаметрально противоположным путем — радикального изменения легальности (старого конституционного строя) в пользу новой легитимности — системы ценностей, отвергающих прежнее позитивное право, либо, напротив, отрицания новой политической легитимности с позиций незыблемости существующей легальности — установленного конституционно-правового порядка. Компромиссный вариант решения — частичная корректировка легальности (конституционных норм) с учетом изменения легитимирующей формулы власти.

<sup>5</sup> Mosca G. Storia delle dottrine politiche. Bari : Laterza e Figli, 1945.

<sup>6</sup> Вебер М. Попытка сравнительного исследования в области социологии религии // Вебер М. Избранное. Образ общества. М. : Юрист, 1994. С. 71.

<sup>7</sup> Schmitt C. Legalität und Legitimität. Berlin : Dunker und Humblot, 1968.

В регулировании средоточия власти — ее институтов, функций и прерогатив, с одной стороны, и определении их отношения с обществом и его ожиданиями, с другой, и состоит основная задача разработчиков конституций или поправок к ним<sup>8</sup>.

Из этого вытекает постановка вопроса о конституционных поправках как инструменте воспроизводства легитимности политической системы, особенно в ситуации, когда предшествующие способы ее обеспечения утрачивают эффективность и власть (правлящий класс) ощущает нарастающую эрозию собственной легитимности.

## 2. Легитимация как процесс и стратегия политики права

Поскольку легитимность как выражение приоритетов общественного сознания не является неизменной константой, ее можно интерпретировать как динамичный процесс. Суть данного процесса определяется борьбой сил легитимации и делегитимации данного политического режима, предпринимающих направленные усилия по поддержке в обществе веры в существующие институты или, наоборот, по их дискредитации. Этот конфликт особенно четко представлен в условиях социальных изменений, когда определяется судьба политического режима — его крушение или, напротив, сохранение с воспроизводством легитимирующей формулы в обновленном виде. Судьба легитимности зависит от целого ряда переменных — социальных, институциональных, процедурных. Практически все эти переменные в современном государстве отражены в конституционных принципах и нормах, а их направленная корректировка выражает стратегию легитимации власти.

В современных условиях, когда подавляющее большинство государств приняли рационально-правовой тип легитимности власти и конституционализм как форму ее выражения и обеспечения, классическая теория легитимности требует пересмотра или, как минимум, уточнения — введения более детализированной классификации типов легитимности и конфликтов, связанных с ее правовым обеспечением. Если все политические режимы, по крайней мере формально, являются правовыми, а конституция выступает основой легитимности всякого правления, то как классифицировать их варианты с точки зрения особенностей реализации правовых норм и их изменения? Куда отнести различные типы конституционализма — либерально-центричного и государственно-центричного; гибридные варианты политических режимов, совмещающие конституционную, историческую и персоналистскую легитимность? В какой классификационный ряд поставить многочисленные варианты имитационной демократии, ограниченного либо мнимого конституционализма? Как определить легитимность политической системы конституционного авторитаризма, основанного на формально-правовом закреплении неограниченной власти лидера?

В этом контексте важно различать такие формы конституционной легитимности, как негативная и позитивная (отказ от определенных ценностей или принятие новых); внешняя и внутренняя (с позиций международного и национального права); содержательная (основанная на ценностях) и инструментальная (основанная на институтах); правовая и экстра-правовая (конституционная и мета-конституционная) легитимность режима. Параметрами внеправовой легитимности следует признать факторы исторической, идеологической, социальной, функциональной и персонифицированной легитимности режима. С позиций вклада легитимности в устойчивость государства она подразделяется на стабильную и нестабильную, демократическую и авторитарную, общенациональную и региональную (локальную); институциональную и процедурную (электоральную, судебную, административную и т. д.)<sup>9</sup>. В конечном счете легитимность выступает как динамический процесс воспроизводства доверия общества к власти, и, следовательно, ее состоятельность определяется отношением общественных ожиданий и результатов, права и политики, взаимодействия всех акторов конституционной реформы.

На пересечении правовых и политических факторов обеспечения легитимности власти возрастает значение стратегии политики права — применение направленных технологий, способных трансформировать неустойчивое равновесие в пользу одного или другого варианта — обеспечения легитимности власти либо ее разрушения. Одним из видов такой технологии можно считать принятие конституционных поправок, направленных на перезагрузку или воспроизводство легитимности политическим режимом. Ключевое значение для результатов подобных акций политики права приобретает соотношение целей и средств их достижения, а результат зависит от реакции общества, политической интуиции власти и искусства разработчиков.

<sup>8</sup> *Finer S. E., Bogdanor V., Rudden B. Comparing Constitutions. Oxford : Clarendon Press, 1995. P. 1.*

<sup>9</sup> *Hermet G., Badie B., Birnbaum P., Braud Ph. Dictionnaire de la science politique et des Institutions politiques // Légimité. Paris : Armand Colin, 1994. P. 141–142.*

В этой логике блок конституционных поправок 2020 г. предстает попыткой системной реконструкции легитимности политического режима, осознающего растущую угрозу своему положению с позиций внешних и внутренних вызовов. Это позволяет объяснить механизм конституционной ревизии в России, сочетавший формальное сохранение конституционной преемственности с ее фактическим пересмотром на уровне ценностей, принципов, норм и институтов<sup>10</sup>. Противоречие двух устремлений — к сохранению конституционных норм о поправках (имеющих принципиальное легитимирующее значение) и необходимости их фактической ревизии — было снято балансированием разработчиков на грани конституционности, хотя и без формального отказа от нее. Технически задача была решена с помощью «поправки-отмены» (*révision-abrogation*, следуя французской формуле) — одномоментного разрыва конституционной преемственности при ее немедленном воспроизводстве — в рамках принятия проекта Закона о поправке<sup>11</sup> с одновременным признанием его соответствия Конституции Конституционным судом РФ — проекта, наделявшего КС правом определять его конституционность<sup>12</sup>.

### 3. Конституционные ценности: позитивная и негативная легитимность

Легитимность зависит от заданных и принятых обществом параметров когнитивного конструирования социальной реальности, выраженных в нормативных установках как позитивного, так и негативного характера. Их баланс выражает конфликт ценностей, но определяет степень поддержки, устойчивости и эффективности определенной системы правления, а также представления о праве элиты на власть.

Поправки демонстрируют пересмотр соотношения позитивной и негативной легитимности в отношении к глобализации. В период принятия Конституции 1993 г. доминировал консенсус в отношении глобализации как процесса продвижения транснациональных ценностей либеральной демократии, наметившийся с окончанием холодной войны и распадом СССР. Этот легитимирующий принцип нашел последовательное выражение в теории универсальных гуманитарных ценностей — международно-признанных прав человека, наделении международных судов статусом высших арбитров в разрешении споров о правах человека, концепции так называемого «демократического транзита», ставшей одновременно объяснением принятия новых конституций и обоснованием их ценностного наполнения. В последующее время этим ценностям был брошен серьезный вызов с позиций пересмотра процессов глобализации (соотношение интеграции и фрагментации регионов в пользу последней), правого поворота в общественной мысли (актуализировавшего поиск национальной идентичности) и изменения отношений общества и государства в пользу последнего (перенесение центра тяжести с либерально-ориентированных на государственно-центрические модели обеспечения социального консенсуса). Поправки–2020 ознаменовали завершение «переходного периода», зафиксировав эти тенденции в новой трактовке легитимности — в параметрах пространства, времени и смысла существования.

*В пространственном измерении* — это выстраивание нового баланса международного и конституционного права, а также интернациональных и национальных судов. Не оспаривая приоритет международного права (ст. 15 ч. 4), разработчики включили его «прагматическую» корректировку (спорную с учетом ст. 46) — признанием «недопущения вмешательства во внутренние дела государств» и разведением ратифицированных международных договоров и их истолкования в решениях межгосударственных органов, отвергнув необходимость той их части, которая противоречит конституции (ст. 79). Центральным арбитром в разрешении противоречий по этой линии выступит Конституционный суд, наделенный отныне прерогативой разрешения вопроса о возможности

<sup>10</sup> Медушевский А. Н. Конституционная реформа в России: содержание, направления и способы осуществления // *Общественные науки и современность*, 2020. № 1. С. 39–60.

Он же: Конституционные поправки 2020 как политический проект переустройства государства // *Публичная политика*, 2020. Т. 4. № 1 С. 43–66.

Он же: Возрождение Империи? Российская конституционная реформа 2020 на фоне глобальных изменений [Электронный ресурс] // *Вестник Европы*, 2020. Т. 4. URL: <http://www.vestnik-evropy.ru/issues/the-revival-of-the-empire-russian-constitutional-reform-2020-against-the-background-of-global-change.html> (дата обращения: 05.10.2020).

<sup>11</sup> О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти : закон РФ о поправке Конституции РФ.

<sup>12</sup> Заключение КС РФ от 16.03.2020 № 1-3 «О соответствии положений глав 1, 2 и 9 Конституции РФ не вступивших в силу положений Закона РФ о поправке Конституции РФ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти», а также о соответствии Конституции РФ порядка вступления в силу статьи 1 данного Закона в связи с запросом Президента РФ».

исполнения решений межгосударственных органов в случае, если они противоречат «основам публичного правопорядка РФ» (ст. 125 ч. 5.1).

В *хронологическом измерении* легитимность российской государственности корректируется дополнением рационально-правовых ее основ апелляцией к традиции. Поправки подчеркивают исторический аспект обоснования государства — он не ограничивается посткоммунистическим периодом, но включает всю его многовековую историю. Поправки отразили эмоциональное обращение к «памяти предков, передавших идеалы и веру в Бога», восстанавливая разорванную революцией «преемственность в развитии Российского государства», постулируя неизменность «исторически сложившегося единства» и вводя охранительный принцип «защиты исторической памяти». В своей совокупности эти нормы фиксируют новое понимание исторической легитимности государства как «правопреемника СССР» и одновременно Российской империи, преемственность с которой определяется в категориях культуры, религии и истории (ст. 67). Эти ориентиры сформулированы в духе реставрационной логики и имеют исключительно ретроспективный характер, хотя могут эффективно влиять на текущую и перспективную политику права.

В интерпретации *смысла существования* государства поправками акцент сделан на его идентичность, раскрываемую в понятиях общности судеб, национализма и территориальной целостности. Концентрированное выражение эти идеи получают в трактовке принципа суверенитета, который отныне обретает четкие национальные характеристики. Данная установка выражена в конструируемом понятии исторического права на территорию, связанного с традиционным типом легитимности. В поправках отражено существование «общероссийской культурной идентичности», но приоритет отдан национальной идентичности: русский народ определяется как «государствообразующий», входящий «в многонациональный союз равноправных народов РФ», а русский язык как «государственный язык» (ст. 68 и 69).

В иерархии конституционных ценностей подчеркнут приоритет *принципа суверенитета* по отношению к международному праву, нормы которого действуют теперь лишь в силу их признания государством, а его истолкование определяется национальной судебной системой. Россия — «правопреемник СССР на своей территории, а также в отношении международных обязательств» (ранее подчеркивалась правопреемственность только в международных отношениях), обеспечивает «защиту суверенитета и территориальной целостности», причем действия и призывы, направленные на отчуждение части территории государства, не допускаются (ст. 67), что отвергает претензии иных государств (или их сторонников внутри страны) на спорные территории, даже в случае их поддержки международными судами, предполагая жесткую реакцию на них.

Концентрированное выражение этих легитимирующих параметров представлено в конституционных положениях о «национализации элит» вводимыми ограничениями для замещения государственных и муниципальных должностей, связанными с наличием гражданства иностранного государства, вида на жительство, наличием счетов и хранением денежных средств в иностранных банках, хотя и без упоминания владения собственностью в иностранных государствах (ст. 71). Ожидаемые следствия этой меры усматриваются в ослаблении космополитических устремлений элиты, повышении ее зависимости от государства и контролирующих органов, а также отсечении от власти пребывающих за границей оппозиционных элементов.

Таким образом, поправки даже в риторической их части фиксируют важный поворот в соотношении позитивных и негативных аспектов легитимности, фактически меняя их местами: противопоставляют глобализации суверенитет, модерну — традиционализм; рациональной легитимности — историческую; транснациональным структурам — укрепление национальных; космополитической элите — национально-ориентированную. Этот когнитивный поворот определяет новую интерпретацию аксиологических параметров российского конституционализма.

#### **4. Социальный консенсус: содержательная и инструментальная легитимность**

Важным критерием классификации легитимности выступает ее подразделение на содержательную (основанную на ценностях) и инструментальную (основанную на институтах). Первый из этих параметров предполагает существование определенного социального консенсуса — «общественного договора» общества и власти, второй — институты и меры его обеспечения.

Конституционными поправками предложена новая версия такого договора — интерпретации принципа социального государства. Если в период принятия конституции социальное государство (ст. 7) трактовалось в контексте доминирующей концепции рыночной экономики, основанной на

«свободной игре рыночных сил» и представлении о «минимальном государстве», то поправки фиксируют его новое понимание с позиций идеологии солидаризма, сознательно используя элементы советской риторики. Имеется в виду концепция «социальной ответственности государства», включающая конституционное закрепление «экономической, политической и социальной солидарности». Она раскрывается как обеспечение «сбалансированности прав и обязанностей», «уважения человека труда», создание государством условий для «социального партнерства» и «устойчивого экономического роста» (ст. 75). Это подчеркивает регулируемую роль государства и не исключает ограничений бизнеса в социально-значимых вопросах.

Но содержательная легитимность идеологии солидаризма сведена к трем инструментальным параметрам — гарантиям определенных социальных обязательств государства, возрождению элементов социального патернализма и формированию институтов, способных дать определенный мобилизационный эффект в отношениях общества и государства. *Первый параметр* отражен в форме гарантий государством «минимального размера оплаты труда не менее величины прожиточного минимума трудоспособного населения», «индексации пенсий не реже одного раза в год», а также социального страхования, адресной социальной поддержки, индексации социальных пособий и иных социальных выплат (ст. 75), — нормы, которые теоретически не нуждаются в конституционном регулировании, реализация которых зависит скорее от уровня экономического развития. *Второй параметр* выражен в ряде норм, напоминающих стереотипы советского государственного патернализма: защите традиционных социальных институтов — солидарности поколений, института брака как «союза мужчины и женщины», семьи, материнства, отцовства и детства с определением детей как «важнейшего приоритета государственной политики» (что отражает тенденции демографической ситуации). *Третий параметр* состоит в расширении социальных функций государства, ответственного за поддержание «устойчивого экономического роста», введении единых стандартов «молодежной политики», образования и воспитания, включая формирование чувств патриотизма, гражданственности и уважения к старшим (ст. 67, 72).

Идеология солидаризма как альтернатива либерализму становится основой социального консенсуса — отношений общества и государства, но ее интерпретация поправками тяготеет к воспроизводству традиционалистских представлений о социальной ответственности, государственном патернализме и вертикальных коммуникациях, характерных для неоконсервативного (неокорпоративистского) типа легитимации власти.

## 5. Центр и регионы: общегосударственное, территориальное и локальное измерения легитимности

В сложносоставных государствах, включающих территориальные образования, сформированные по национальному признаку, самостоятельными измерениями легитимности являются общегосударственная, региональная и локальная. В Конституцию РФ изначально закладывалась модель кооперативного федерализма, реализация которой столкнулась с конкуренцией разновекторных процессов децентрализации и централизации, выраженных понятиями договорной и конституционной моделей федерализма. Однако общая динамика его развития шла в направлении поглощения Центром полномочий субъектов федерации и местного самоуправления. Это позволило экспертам сформулировать тезис о преобладании процессов унификации, централизации и унитаризма, достигших уровня «деконституционализации принципа федерализма»<sup>13</sup>.

Данный итог закреплен поправками, вводящими в конституцию новый легитимирующий принцип «единой системы публичной власти»: суверенная власть политического союза распространяется на всю территорию страны и функционирует как единое системное целое в конкретных организационных формах, определяемых конституцией. Эта концепция реализуется по трем направлениям: расширение полномочий федерального центра, ограничение полномочий субъектов и встраивание местного самоуправления в единую вертикаль власти.

*Первое направление* выражено положением о том, что организация публичной власти целиком отнесена к ведению федерации, расширяя поправками обширные полномочия Центра в целом ряде новых областей — установления основ федеральной политики в области научно-технического развития, системы здравоохранения, воспитания и образования, обеспечения безопасности личности, общества и государства, в частности, в значимой области применения «информацион-

<sup>13</sup> Конституционные принципы и пути их реализации: российский контекст. Аналитический доклад. М. : ИППП, 2014.

ных технологий, обороте цифровых данных» (ст. 71). Далее расширяется область совместной компетенции РФ и субъектов (на деле ведущая к доминированию центральной власти), которая включает теперь широкую сферу социальной политики (в том числе целый блок поправок, связанных с социальным пакетом регулирования защиты семьи, оплаты труда, пенсионного обеспечения и социального страхования), а также различные области регулирования — от сельского хозяйства до молодежной политики (ст. 72). Наконец, предусмотрена возможность территориальных изъятий в пользу Центра — «создания на территории РФ федеральных территорий, организация публичной власти на которых устанавливается федеральным законом» (ст. 67).

*Второе направление* — совокупность новаций по инкорпорации субъектов в единую систему публичной власти с параллельным ограничением их полномочий. В этом контексте показательное изменение трактовки бикамерализма — позиционирование Совета Федерации как Сената (а не Палаты регионов) — института публичной власти, который наделяется рядом новых важных полномочий и состоит из сенаторов. В их состав входят теперь до 30 сенаторов (ранее — 17) от РФ, назначаемых президентом, семь из которых, включая бывших президентов, — пожизненно (ст. 95): в совокупности с представителями подчиненных президенту исполнительных органов власти субъектов в СФ это дает ему численный перевес (более половины голосов) в палате, делая ее вполне управляемой. Серьезно ограничивается конституционная и законодательная легитимность субъектов Федерации. Отныне КС по запросу президента «проверяет конституционность законов субъектов РФ до их обнародования высшим должностным лицом субъекта РФ», причем «акты или их отдельные положения, признанные конституционными в истолковании, данным КС, не подлежат применению в ином истолковании» (ст. 125). Эти положения ведут к существенному ограничению прерогатив конституционных и уставных судов субъектов Федерации, существенно ослабляя их легитимность.

*Третье направление* — интеграция института местного самоуправления в систему публичной власти, завершающая тенденцию к огосударствлению местного самоуправления. Поправки не предусматривают прямого формального отказа от основополагающей конституционной нормы о том, что «органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти» (ст. 12). Проблема решается объединением органов двух типов (государственных и муниципальных) в единую систему публичной власти, где они «осуществляют взаимодействие для наиболее эффективного решения задач в интересах населения, проживающего на соответствующей территории» (ст. 132). В рамках этого «взаимодействия» органы государственной власти наделяются легитимной возможностью изменения границ соответствующих территорий, участия в «формировании органов местного самоуправления, назначении на должности и освобождении от должности лиц местного самоуправления» (ст. 131).

Потенциально возможный конфликт легитимностей трех уровней — федеральной, региональной и локальной властей, действительно имевший место ранее в острой форме, снимается поправками в рамках нового конституционного принципа единства публичной власти. Этим формально завершено выстраивание единой вертикали власти. Федеральный центр устанавливает «ограничения для замещения государственных и муниципальных должностей, должностей государственной и муниципальной службы» (ст. 71), а президент назначает прокуроров субъектов РФ без согласования с ними. Наиболее четким институциональным выражением принципа единства публичной власти становится новый конституционный институт — Государственный Совет, формируемый президентом «в целях обеспечения согласованного функционирования и взаимодействия органов публичной власти» на всех уровнях, статус которого еще предстоит определить федеральным законом (ст. 83).

В результате существовавший ранее баланс трех типов легитимности — общегосударственной, региональной и локальной — резко смещается в пользу первой уже не только фактически, но и формально<sup>14</sup>. Вместо разделенной легитимности (вообще присущей федерализму) формируется единая легитимность публичной власти. В этой конструкции государственности неимперского типа растворяются полномочия регионов и автономия институтов местного самоуправления. Конфликты разных типов легитимности на трех уровнях отныне едва ли могут получить адекватное конституционное или судебное разрешение, но предполагают преимущественно политическое решение. Конституционная доктрина единства публичной власти поглощает федерализм, последовательно увязывая его легитимность с принципом «функционального единства» всех уровней власти и управления.

<sup>14</sup> Румянцев О. Г. Конституционная реформа 2020 в РФ: пристрастная оценка // Конституционный вестник, 2020. № 5 (23). С. 6–32.

## 6. Публичная власть: цели и средства институционального пересмотра

Легитимность публичной власти определяется целями, ради которых она существует, и средствами их достижения. Цели следует разделить на декларированные и подразумеваемые, средства — сгруппировать по степени юридической приемлемости и эффективности. Конституционная реформа изначально декларировала в качестве основной целью расширение парламентского компонента для повышения гибкости политической системы, но в реальности существенно скорректировала механизм разделения властей в направлении централизации власти. Данный результат был достигнут за счет совокупности отдельных корректирующих поправок в отношении каждой из ветвей власти, общий эффект которых состоял в ослаблении их влияния по отношению к институту главы государства.

С одной стороны, поправки действительно фиксируют определенное расширение полномочий всех трех ветвей власти по горизонтали, их балансировку в отношении друг к другу для придания системе большей гибкости. Государственная Дума «утверждает» (ранее использовалась неопределенная формула о «даче согласия») по представлению президента кандидатуру председателя правительства, а по представлению последнего — его заместителей и части федеральных министров (ст. 103). Председатель правительства назначается президентом после «утверждения» его кандидатуры Думой (ст. 111 ч. 1), причем президент «не вправе отказать» в назначении соответствующих должностных лиц (заместителей премьер-министра), «кандидатуры которых утверждены ГД» (ст. 112 ч. 3). Совет Федерации также оказывается наделен (в измененной редакции ст. 102) рядом новых важных полномочий — назначает председателя, заместителей и судей Конституционного и Верховного судов, а также председателей и судей кассационных и апелляционных судов и, что принципиально, осуществляет прекращение их полномочий; проводит консультации по предлагаемым президентом кандидатурам федеральных министров силового блока, кандидатурам генерального прокурора, его заместителей, прокуроров субъектов, прокуроров военных и других специализированных прокуратур, приравненных к прокурорам субъектов РФ, но назначает их президент. Конституционный суд наделяется поправками рядом новых важных полномочий, связанных с предоставлением ему компетенции предварительного контроля конституционности законодательства, включая оценку конституционности проектов законов о поправке к Конституции РФ, федеральных конституционных законов и федеральных законов до их подписания президентом; разрешение вопроса о возможности исполнения решений межгосударственных органов с позиций их соответствия конституции; проверку конституционности законов субъектов РФ до их обнародования руководителем высшего исполнительного органа власти субъекта (ст. 125). Кроме того, в случае пересмотра палатами Федерального Собрания вето президента, именно вердикт суда определяет судьбу закона — подписание его президентом или возвращение в Думу без подписи (ст. 107, 108). Эти положения позволили разработчикам говорить о росте парламентской составляющей политической системы.

С другой стороны, поправки проводят существенное ослабление полномочий всех ветвей власти в отношении президента. Парламентская ответственность правительства остается нереализуема: кандидатуры председателя правительства и его членов выдвигаются не парламентским большинством, а предлагаются президентом; парламентский вотум недоверия правительству или постановка вопроса о доверии со стороны председателя правительства (в том числе повторная) не влечет его автоматической отставки, президент по-прежнему имеет право на выбор — отправить правительство в отставку или объявить парламентские выборы (ст. 117). За пределами контроля Думы и правительства остается фактически весь силовой блок, формируемый непосредственно президентом в рамках «проведения консультаций» с Советом Федерации (новый порядок формирования которого, как отмечалось, делает его более зависимым от президента институтом). Наконец, поправки резко ограничивают автономию и независимость Конституционного суда в политической системе — разрешение вопросов предварительного контроля конституционности законопроектов, как и приостановления их принятия (в случае пересмотра президентского вето) суд рассматривает исключительно по представлению президента, число судей сокращено с 19 до 11 (ст. 125), а порядок их назначения и смещения (подрывающий принцип несменяемости судей), доверенный Совету Федерации по представлению президента, создает предпосылки для системы контролируемого правосудия.

На этом фоне принципиально внесение поправками новации о передаче президенту функции руководства правительством с расширением существующего порядка ответственности правительства именно перед президентом. Президент «осуществляет общее руководство правительством РФ» (ст. 82), правительство осуществляет исполнительную власть «под руководством президента»

(ст. 110, ч. 1), а председатель правительства организует его работу в соответствии с «распоряжениями» и «поручениями» президента и несет «персональную ответственность перед президентом за осуществление возложенных на правительство полномочий» (ст. 113). Правительство руководит деятельностью только части федеральных органов исполнительной власти, за исключением тех, руководство деятельностью которых осуществляет сам президент (ст. 110 ч. 3). Руководство силовым блоком — вопросами обороны, безопасности и внешней политики — осуществляется непосредственно главой государства.

Таким образом, в поправках представлено *противоречие публично заявленных целей* (расширение парламентаризма) и *использованных средств* — делегирование существенной части полномочий всех трех властей главе государства, выполняющего не только функции арбитра, но и легитимного центра координации и направления их деятельности. Общий вектор изменений состоит в дальнейшем пересмотре модели смешанной формы правления со свойственной ей системой разделения властей (изначально заложенной в российской конституции, хотя и с существенными отступлениями) в направлении президентской формы правления. Ключевой инновацией на этом пути следует признать формальное наделение главы государства функцией руководства правительством (судьбу которого он решает по своему усмотрению), что является элементом президентской формы, но при полном элиминировании свойственных ей сдержек и противовесов (классическая президентская система не предусматривает роспуска парламента президентом). Это позволяет сделать заключение о переходе от одного типа институциональной легитимности (дуалистической президентско-парламентской) к другому — монистического квазипрезидентского режима, с практически неограниченными полномочиями главы государства.

## **7. Глава государства: конституционные и мета-конституционные основы легитимности власти**

Разграничение конституционных и мета-конституционных основ легитимности власти — традиционный способ определения степени ее юридической и политической (функциональной) автономности. Этот критерий особенно важен для режимов, где глава государства является как формальным, так и неформальным воплощением власти. Конституционные параметры легитимности вытекают из юридически зафиксированных полномочий главы государства или их толкования судебной властью, которое может иметь расширительный характер (так называемые явные и скрытые полномочия, выводимые из совокупности конституционных норм). Мета-конституционные полномочия — те, которые опираются на роль президента как символической фигуры в публичном пространстве, высшего представителя государства в международных отношениях, медиатора в разрешении социальных, национальных и политических конфликтов.

Эти два типа легитимности часто вступают в сложные отношения и противоречия друг с другом. Существуют ситуации, когда рационально-правовая (формально-конституционная) и мета-конституционная (неформально-персональная) формы легитимности дополняют друг друга, вступают в конфликт либо одна из них поглощает другую. Последний вариант характерен преимущественно для авторитарных систем, где конституционно-правовая легитимность ограничена или вообще включена в доминирующую мета-конституционную легитимирующую формулу главы государства, персонифицирующего волю нации. Конституция 1993 г. создавала определенные предпосылки данного тренда в виде закрепления огромных полномочий президентской власти, но не предопределяла его результат. Конституционные поправки 2020 г. очевидно фиксируют его. Достижению данной цели служат пять основных инноваций, вводимых поправками.

Во-первых, наделение главы государства новым символическим статусом. Ранее конституция определяла президента исключительно как «гаранта Конституции РФ, прав и свобод человека». Составители поправок пошли дальше: президент определяется как гарант «гражданского мира и согласия в стране», обеспечивающий в силу этого согласованное функционирование и взаимодействие всех органов, входящих в «единую систему публичной власти» (ст. 80 в новой редакции).

Во-вторых, концепция единой системы публичной власти предполагает новый уровень их интеграции: все ветви власти и институты инкорпорированы в единую систему публичной власти, вершиной и воплощением которой оказывается глава государства. В этой концепции глава государства выполняет не только символические, но и вполне реальные функции центра публичной власти, возвышаясь над системой разделения властей, руководя исполнительной властью, формируя повестку и определяя структуру политических институтов, координируя и направляя их деятельность, определяя смысл и динамику политического процесса. Президент из арбитра в

отношениях между властями превращается в их средоточие, получая при этом новые полномочия руководителя правительства и всей вертикали исполнительной власти.

В-третьих, механизм разрешения конфликтов в отношениях властей замкнут на президента. Все уровни и ветви власти в лице Думы, Совета Федерации, Конституционного суда и правительства получают, как отмечалось, значительные новые полномочия, «уравновешивающие» их позиции в отношении друг друга. Однако потенциальные конфликты между ними снимаются не в рамках механизма разделения властей, а путем делегирования права окончательного решения на высший уровень политической власти: от регионов — к центру, от парламента — правительству или его силовому компоненту, а от него — президенту.

В-четвертых, наделение президента пожизненным иммунитетом от судебного преследования. Представлены нормы, делающие невозможной ответственность президента после его ухода в отставку. Не случайно, по образцу ряда постсоветских стран (реагировавших таким образом на смену власти в ходе «цветных революций») российские поправки включают подробную фиксацию гарантий президентам, прекратившим исполнение своих полномочий, — они получают статус пожизненных сенаторов (ст. 95) и соответствующий иммунитет (ст. 98), «обладают неприкосновенностью» (ст. 92), а порядок лишения их неприкосновенности палатами Федерального Собрания аналогичен практически нереализуемому порядку отрешения от должности действующего президента (ст. 93, 102, 103).

В-пятых, введение новой трактовки принципа сменяемости власти и наделение действующего лидера исключительными правами на переизбрание. Включенная в конституцию поправка к ч. 3 ст. 81 выражает преемственность и разрыв конституционного строя, противоречиво сочетая различные типы легитимации власти — правовую (регулярную) и персоналистскую (исключительную). Первая отражена в воспроизводстве принципа сменяемости власти, даже в усилении жесткости его формулировки — «одно и то же лицо не может занимать должность Президента РФ более двух сроков» (в новой редакции устранено слово «подряд», уже отыгравшее свою роль для предоставления В. Путину третьего и четвертого мандата). Вторая представлена в «оговорке» к той же норме, согласно которой данное ограничение не распространяется на лицо, занимающее (или ранее занимавшее) эту должность на момент вступления в силу данной поправки. Конструируется, таким образом, «переходное положение» от старой конституционной нормы к новой, открывающее перспективы для действующего лидера участвовать в качестве кандидата в выборах президента и занимать эту должность вне зависимости от числа сроков, которые он занимал до вступления данной поправки в силу. Это — утверждение персональной легитимности над конституционной.

Таким образом, конституционные поправки создают основу для реконструкции легитимности главы государства в направлении объединения правового и экстраправового компонентов с усилением их мета-конституционного понимания — в виде нового символического статуса главы государства. Вводя формальную фиксацию практически неограниченной власти главы государства, поправки одновременно включают расширенную трактовку его иммунитета от преследований, меняют баланс между правовой и персоналистской легитимностью в пользу последней и открывают перспективы неограниченного пребывания у власти действующего лидера. В совокупности всех этих параметров данная система может быть определена понятием конституционного авторитаризма<sup>15</sup> или конституционной диктатуры<sup>16</sup>, используемым для описания ситуаций установления неограниченной власти формально конституционным путем (в отличие от обычной диктатуры, как правило, индифферентной к конституционным рамкам).

## **8. Управляя общественным мнением: конструирование правовой легитимности в информационном пространстве**

Запрос общества на конституционную реформу констатировался социологами за несколько лет до ее проведения. Однако структура данного запроса демонстрировала совершенно разные мотивы поддержки реформы в различных сегментах общества — от либеральных до консервативных и коллективистски-уравнительных. Эти мотивы, безусловно, учитывались разработчиками как при формулировании поправок, так и презентации их обществу. Цели и результаты пиар-кампании

<sup>15</sup> *Партлетт У.* Поправки к Конституции России 2020 года // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 3 (136). С. 51–62.

<sup>16</sup> *Медушевский А. Н.* Переход России к конституционной диктатуре: размышления о значении реформы 2020 // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 3 (136). С. 33–50.

по продвижению поправок представлены в аналитическом обзоре ВЦИОМ об отношении населения к конституционным поправкам 2020 г.<sup>17</sup>

Данный опрос был проведен 24 января 2020 г., т. е. сразу после обнародования концепции поправок в послании президента Федеральному Собранию, но до их последующей детализации и корректировки. В нем приняли участие 1600 граждан в возрасте от 18 лет с учетом социально-демографических параметров, а методом стало телефонное интервью по стратифицированной двухосновной случайной выборке стационарных и мобильных номеров. Организаторы опроса отмечают, что для данной выборки максимальный размер ошибки с вероятностью 95% не превышает 2,5%. Тем не менее искажения возможны с учетом самой формулировки вопросов. Они ставились исходя из известных общественных ожиданий, не включали тем или формулировок, способных вызвать отторжение респондентов, а также, разумеется, завершающей поправки — об обнулении президентских полномочий. Это позволяет критически отнестись к полученным результатам, но не делает их менее информативными для выяснения общественных настроений и параметров их направленного конструирования.

Противоречием выглядит тот факт, что большинство населения, ранее проявлявшее устойчивую апатию к конституции и не согласное видеть в ней реальный инструмент защиты прав (о чем свидетельствуют предшествующие опросы Левада-Центра и ФОМ), в целом поддержало реформу и позитивно отнеслось к потенциалу вносимых поправок в конституцию (79%). Наибольший процент поддержки констатируется в городах-миллионниках (86%), меньший — у представителей молодежи (от 18 до 24 лет) и обеих столиц (72%)<sup>18</sup>. Объяснение данного факта состоит, скорее всего, в консолидации общественных настроений в поддержку конституционной реформы, формируемых и поддерживаемых интенсивной информационной кампанией официальных СМИ с упором на те приоритеты, которые оказались наиболее доступны и понятны массовому сознанию (не становясь от этого юридически более содержательными)<sup>19</sup>.

Прежде всего, абсолютную поддержку (90–91%) получила идея конституционного закрепления социальных гарантий (индексация пенсий, пособий и иных социальных выплат и фиксация МРОТ не ниже прожиточного минимума). Далее высокий уровень одобрения получили поправки, позиционировавшиеся как укрепление российской национальной государственности, — изменение критериев кандидата на должность президента: увеличение ценза на проживание в стране до 25 лет (87%) и ограничение президентских мандатов двумя сроками (66%); внесение запрета на иностранное гражданство или вида на жительство для депутатов Госдумы, сенаторов и муниципальных служащих (68% против 14%).

Наконец, солидную поддержку получили поправки по «восстановлению суверенитета» и изменению конфигурации институтов власти, позиционировавшиеся как шаги по ее демократизации: назначение президентом глав министерств, ведомств и прокуроров регионов при участии Совета Федерации (66% против 12%); приоритет российской конституции над международными договорами или решениями международных объединений (63% против 14%); предложение расширить полномочия Совета Федерации, а также идея наделить Госдуму правом утверждать председателя правительства, вице-премьеров и министров (60–62%)<sup>20</sup>. Поразителен особенно высокий уровень поддержки поправок, реформирующих Конституционный суд, о функциях и деятельности которого россияне имеют весьма неопределенное представление, — почти единодушное (81%) одобрение предложения наделить КС функцией предварительной проверки законопроектов по запросу президента на соответствие конституции.

Очевидно, что речь идет об общественном запросе на конституционную реформу, формируемом самой властью, путем артикуляции в понятных терминах смысла наиболее привлекательных поправок и умолчания о наиболее спорных. Об успехе предпринятой конституционной пиар-кампании косвенно свидетельствует поразительно низкий процент респондентов, «затруднившихся с ответом» на все вопросы (на уровне 3–5%), что удивительно для оценки преобразований такой

<sup>17</sup> Поправки в Конституцию: значение и отношение. Аналитический обзор ВЦИОМ (представлен 3 февраля 2020 г.) [Электронный ресурс]. URL: <https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=10146> (дата обращения: 05.10.2020 г.).

<sup>18</sup> Подробнее см. таблицу по вопросу: Для Вас лично эти возможные изменения важны или скорее не важны? [Электронный ресурс]. URL: <https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=10146> (дата обращения: 05.10.2020 г.).

<sup>19</sup> См., напр.: Опрос ВЦИОМ показал мнение россиян о поправках к Конституции 3 февраля 2020 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://russian.rt.com/russia/news/714520-wciom-opros-popravki> (дата обращения: 05.10.2020 г.).

<sup>20</sup> См. данные таблицы по вопросу: Как Вы относитесь к возможности следующих изменений к Конституции? [Электронный ресурс]. URL: <https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=10146> (дата обращения: 05.10.2020 г.).

сложности гражданами, большая часть которых ранее признавалась в незнании или смутном знании конституции. Определяющим фактором успеха легитимации конституционных поправок, следовательно, следует признать *информационную монополию власти*, организацию развернутой пиар-кампании и ее продуманную *адресную направленность*.

## 9. Легитимация политического режима как основа консолидации власти

Понятие легитимности, как показано ранее, выражает степень согласия общества и власти, основанного на вере (или неверии) в правомерность действий последней. Оно связывает воедино ряд неуловимых параметров организации политической системы — преобладающие настроения, общественные ожидания, нормативный статус институтов, формальные процедуры правовых изменений и технологии власти. Процесс легитимации политического режима путем конституционных поправок предполагает поэтому сочетание правил (изменения конституции), институционализированных процедур и политических технологий. Конституционная реформа в России демонстрирует их четкое взаимодействие, свидетельствующее о планируемом характере подготовки и стремлении к достижению поставленных целей. Конституционные поправки 2020 г. преследовали именно эту цель — воспроизводства легитимности российского политического режима в условиях эрозии общественного доверия к нему в сочетании с совокупностью внешних и внутренних вызовов. Задача была решена в форме реконструкции легитимирующей формулы власти на новых ценностных и институционально-организационных принципах. Этим объясняется соотношение формы, содержания и механизмов конституционной реформы.

*Юридической формой репродукции легитимности* было избрано не принятие новой конституции, но системная корректировка ее фундаментальных принципов принятием блока частичных поправок к менее защищенным разделам Основного закона. Поправки действительно формально не выходят за рамки процедурных ограничений (соответствует ст. 136 и 108), не затрагивают наиболее защищенных глав конституции, что позволило избежать запуска процедуры созыва Конституционного Собрания. Не противоречат они и ФЗ «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции РФ» (от 04.03.1998), не позволяющему объединять поправки разного содержания в один блок, поскольку, вопреки критикам, демонстрируют как раз наличие единой логики и внутренней взаимосвязи — в пересмотре легитимирующих основ политической системы. При этом, однако, масштаб изменений оказался настолько значителен, что позволяет говорить о трансформации смысла фундаментальных конституционных принципов. Очевидно противоречие базовых конституционных принципов с их редуцированной трактовкой поправками (в нарушение ст. 16 п. 2), не исключающее в дальнейшем коллизий интерпретации законодательных норм в судебной практике. Данное решение юридически противоречиво, но позволило решить сразу три политические задачи: гарантировать стабильность ситуации, не допустив неконтролируемой общественной дискуссии о правовом содержании и перспективах политического строя; сохранить конституционную легитимность режима (заинтересованного в подтверждении преемственности текущих изменений политической системы по отношению к Конституции 1993 г., на основе которой она возникла и сформировалась) и одновременно наполнить эту легитимность иным (даже противоположным) консервативно-реставрационным смыслом.

*Содержательное наполнение* поправок выражает единую внутреннюю логику трансформации российского конституционализма — в направлении ограничения его аутентичной либеральной основы. Поправки дали ответ на ряд системных вызовов — глобализации, угрозы внутренней дестабилизации, раскола элиты и трансфера власти. Глобализации (приоритету международного права над национальным) противопоставлен государственный суверенитет; рационализму — историческая преемственность; модернизму — защита традиционных ценностей и национальных приоритетов; идеологии прав человека — патриотизм и государственно-центричная их трактовка; дестабилизации (отчуждению власти и общества) — новая конструкция «общественного договора» с позиций солидаризма и патернализма; угрозе территориальной дезинтеграции — пересмотр федерализма в направлении централизации; утрате системной гибкости — корректировка всего баланса властей в направлении функционального единства; космополитизму элиты — ее «национализация»; проблеме преемственности высшей власти — обеспечение ее сохранения за действующим лидером на неопределенный срок. Объединяющей концепцией всех этих нововведений стала новая конституционная доктрина «единства системы публичной власти» во главе с президентом как ее символом, гарантом и направляющей силой.

*Механизм конституционной реформы* состоял в соединении процедурных, институциональных и технологических инструментов в условиях информационной монополии власти. Ключевым эле-

ментом всей конструкции стал пересмотр (расширенная интерпретация или корректировка) самого способа пересмотра действующей конституции в момент ее изменения специальным законом и совокупностью принципов их толкования с позиций изменившейся правовой и политической реальности. В процедурном отношении наибольшее сомнение вызвала конституционно спорная увязка принятия закона о поправке и совокупности всего блока поправок (прежде всего, об обнулении предшествующих президентских мандатов) с обращением президента в Конституционный суд, что прямо не предусмотрено конституцией и действующим законом о КС (а также его неоднократными заявлениями о неправомерности делать это). Другим спорным моментом стала фактическая (но не юридическая) ревизия процедуры принятия поправок, связанная с введением конституционно непредусмотренного дополнительного института «общероссийского голосования», которое не соответствует ни референдуму, ни даже всенародному голосованию в смысле Конституции 1993 г. (поскольку критерием его успешности является не поддержка инициативы большей частью граждан, но их простым большинством от принявших участие в голосовании). Дилемма разработчиков, как было показано, заключалась в необходимости соблюдения конституционных положений о внесении поправок с необходимостью их одновременной ревизии. Она была снята на политическом уровне единодушной поддержкой Закона о поправке и способов его принятия всеми ветвями власти — Государственной Думой и всеми региональными законодательными ассамблеями, Советом Федерации и Конституционным судом (что не удивительно в силу доминирования в них одной партии власти).

*Политические технологии конституционной реформы* — самостоятельный фактор продвижения и легитимации поправок в обществе. Они включали: тайный характер их разработки; информационную кампанию по подготовке общественного мнения; точный выбор формы и времени выдвижения поправок (в послании президента Федеральному Собранию, перенесенному для этого на начало года); стремительность продвижения поправок и прохождения формальных этапов их «обсуждения» и принятия (в течение трех месяцев); включение элементов корректирующего или отвлекающего пиара (в виде идеи Госсовета); дозированную подачу обществу тремя отдельными блоками (социальные, институциональные и связанные с продлением президентского мандата); своевременное подключение «общественности» для внесения идеологических поправок; привлечение Конституционного суда к оценке поправок и, прежде всего, важнейшей из них — об обнулении сроков полномочий действующего президента; проведение квазиконституционного общероссийского голосования с последующим утверждением его результатов как дополнительной легитимирующей акции.

В результате была сформирована *комбинированная или кумулятивная легитимность поправок* как синтез правовых, институционально-политических и фактических аргументов.

## **10. Итоги конституционной реформы: реконструированная легитимирующая формула власти и ее значение**

В целом принятие поправок обеспечило ряд жизненно важных политических *целей* правящего режима — глубокий пересмотр содержания конституционных принципов при их внешней неизменности; воспроизводство легитимности политического режима на новых основаниях; демонстрация единства всех ветвей власти перед внешними и внутренними вызовами; пролонгирование мандата действующего главы государства на неопределенный срок; поддержка этих решений плебисцитом (не важно, реальным или имитационным) и, что принципиально, проведение всех этих изменений в рамках формальной конституционной легальности, обеспечивающей правовую преемственность действующей власти.

Данная конструкция легитимности власти вполне соответствует реставрационным историческим периодам, подводя итоги всему постсоветскому конституционному циклу и его завершающей фазы — реконституционализации (т. е. пересмотра смысла ранее принятой конституции с позиций реставрационной логики). Она конституционно фиксирует все основные изменения предшествующих десятилетий в направлении консервативного пересмотра либерального потенциала Конституции 1993 г., завершая этот процесс признанием юридической реальности государства неоимперского типа с авторитарно-плебисцитарным политическим режимом.

*Формула легитимности*, введенная поправками 2020 г. и закрепленная в ходе их продвижения, внутренне противоречива: она комбинирует правовую и экстраправовую формы легитимации — сочетает конституционно-демократическую основу политического строя с внеправовыми (культурными) параметрами, включающими историю, нацию, солидарность, приоритет публичной власти

над обществом, символический (мета-конституционный) статус главы государства. Система конституционных ценностей пересмотрена изменением баланса позитивной и негативной легитимности, а аутентичные цели редуцированы к средствам их достижения. В рамках этой формулы суверен (народ) демократическим путем делегирует свою власть главе государства, выполняющего тем самым функцию его перманентного и единственного представителя.

*Баланс преимуществ и недостатков данного решения* не выглядит однозначно: к преимуществам можно отнести воспроизводство легитимности как гарантию относительной стабильности режима в краткосрочной перспективе; преодоление растущего противоречия между его конституционной формой и реальным содержанием путем отражения последнего в нормах позитивного права; воспроизводство мандата действующего лидера в условиях роста международного соперничества и внутренних проблем. К недостаткам следует отнести внутренне противоречивый характер легитимирующей формулы, составленной из разных легитимирующих принципов (конституционных и мета-конституционных); угроза стагнации в силу гиперцентрализации государственной власти, остающейся единственным арбитром в разрешении социальных конфликтов; отсутствие (за пределами формальных конституционных процедур) понятных (и легитимных) механизмов передачи власти, проблема трансфера которой была отложена во времени, но неизбежно возникнет в будущем, провоцируя угрозу раскола элит.

Самым точным определением сложившегося политического режима является понятие *конституционного авторитаризма (конституционной диктатуры)* — системы правления, при которой на основе конституции, при согласии общества (подтвержденном на плебисците) и при единодушном одобрении всех ветвей власти, происходит установление практически неограниченной власти института главы государства, персонифицированного в фигуре действующего лидера. Стабильность легитимирующей формулы, жизнеспособность политического режима и его эффективность в преодолении внешних и внутренних вызовов отныне определяется преимущественно одним фактором — успехом лидера, которому народ доверил свою судьбу.

## Литература

1. Вебер М. Попытка сравнительного исследования в области социологии религии // Вебер М. Избранное. Образ общества. М. : Юрист, 1994. С. 43–77.
2. Ицзин Книга перемен. СПб. : Азбука-классика, 2008. С. 234–245.
3. Конституционные принципы и пути их реализации: Российский контекст. Аналитический доклад. М. : ИППП, 2014. 75 с.
4. Круглый стол: «Изменения в Конституции РФ и публичная политика». 27 февраля 2020 // Публичная политика, 2020. Т. 4. № 1. С. 9–42.
5. Метаморфозы Конституции России // Сравнительное конституционное обозрение, 2020. № 3 (136). С. 33–96.
6. Медушевский А. Н. Возрождение Империи? Российская конституционная реформа 2020 на фоне глобальных изменений [Электронный ресурс] // Вестник Европы, 2020. Т. 54. URL: <http://www.vestnik-evropy.ru/issues/the-revival-of-the-empire-russian-constitutional-reform-2020-against-the-background-of-global-change.html> (дата обращения: 05.10.2020 г.).
7. Медушевский А. Н. Конституционные поправки 2020 как политический проект переустройства государства // Публичная политика, 2020. Т. 4. № 1. С. 43–66.
8. Медушевский А. Н. Переход России к конституционной диктатуре: размышления о значении реформы 2020 // Сравнительное конституционное обозрение, 2020. № 3 (136). С. 33–50.
9. Обнуление и дух Конституции: дискуссия // Закон, 2020. № 3. С. 23–37.
10. Партлетт У. Поправки к Конституции России 2020 года // Сравнительное конституционное обозрение, 2020. № 3 (136). С. 51–62.
11. Поправки в Конституцию: значение и отношение. Аналитический обзор ВЦИОМ (представлен 3 февраля 2020 г.) [Электронный ресурс]. URL: <https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=10146> (дата обращения: 05.10.2020 г.).
12. Румянцев О. Г. Конституционная реформа 2020 в РФ: пристрастная оценка // Конституционный вестник, 2020. № 5 (23). С. 6–32.
13. Стенограмма совместного заседания Конституционного клуба и Комиссии Ассоциации юристов России по развитию конституционного правосознания от 21 января 2020 г. // Конституционный вестник, 2020. № 5 (23). С. 55–75.
14. *Finer S. E., Bogdanor V., Rudden B. Comparing Constitutions.* Oxford : Clarendon Press, 1995, 395 p.
15. *Hermet G., Badie B., Birnbaum P., Braud Ph. Dictionnaire de la science politique et des Institutions politiques.* Paris : Armand Colin, 1994. 280 p.
16. *Mosca G. Storia delle dottrine politiche.* Bari : Laterza e Figli, 1945, 350 p.
17. *Schmitt C. Legalität und Legitimität.* Berlin : Dunker und Humblot, 1968. 98 p.

## References

1. Amendments to the Constitution: Meaning and Attitude. Analytical Review of VTsIOM [Popravki v Konstitutsiyu: znachenie i otnoshenie. Analiticheskii obzor VTSIOM] (date of circulation February 3, 2020) [Электронный ресурс] URL: <https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=10146> (дата обращения: 05.10.2020). (in rus)
2. Constitutional Principles and Ways of Their Implementation: Russian Context. Analytical Report [Konstitutsionnye printsipy i puti ikh realizatsii: Rossiiskii kontekst. Analiticheskii doklad]. M. : Institute of Law and Public Policy [PPP], 2014. 75 p. (in rus)
3. Finer, S. E., Bogdanor, V., Rudden, B. Comparing Constitutions. Oxford : Clarendon Press, 1995, 395 p.
4. Hermet, G., Badie, B., Birnbaum, P., Braud, Ph. Dictionnaire de la science politique et des Institutions politiques. Paris : Armand Colin, 1994. 280 p.
5. Medushevskiy, A. N. Constitutional Amendments in Russia in 2020 as a Political Project of State Reconstruction [Konstitutsionnye popravki 2020 kak politicheskii proekt pereustroistva gosudarstva] // Public Policy [Publichnaya politika], 2020. Vol. 4. No. 1. Pp. 43–66. (in rus)
6. Medushevskiy, A. N. Rebirth of the Empire? Russian Constitutional Reform 2020 Against the Background of Global Changes [Ozrozhdenie Imperii? Rossiiskaya konstitutsionnaya reforma 2020 na fone global'nykh izmenenii] // Bulletin of Europe [Vestnik Evropy], 2020. Vol. 54 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.vestnik-evropy.ru/issues/the-revival-of-the-empire-russian-constitutional-reform-2020-against-the-background-of-global-change.html> (дата обращения: 05.10.2020). (in rus)
7. Medushevskiy, A. N. The Russia's Move to Constitutional Dictatorship: Reflections on 2020 Constitutional Amendments [Perekhod Rossii k konstitutsionnoi diktature: razmyshleniya o znachenii reformy 2020] // Comparative Constitutional Review [Srvnritel'noe konstitutsionnoe obozrenie], 2020. No. 3 (136). Pp. 33–50. (in rus)
8. Metamorphoses of the Russian Constitution [Metamorfozy Konstitutsii Rossii] // Comparative Constitutional Review [Srvnritel'noe konstitutsionnoe obozrenie], 2020. No. 3 (136). Pp. 33–96. (in rus)
9. Mosca, G. Storia delle dottrine politiche. Bari : Laterza e Figli, 1945, 350 p.
10. Partlett, W. Russia's 2020 Constitutional Amendments [Popravki k Konstitutsii Rossii 2020 goda] // Comparative Constitutional Review [Srvnritel'noe konstitutsionnoe obozrenie], 2020. No. 3 (136). Pp. 51–62. (in rus)
11. Resetting and the Spirit of the Constitution // Zakon, 2020. No. 3. Pp. 23–37. (in rus)
12. Round Table: "Changes in the Constitution of the Russian Federation and Public Policy", February 27, 2020 [Kruglyi stol: «Izmeneniya v Konstitutsii RF i publichnaya politika», 27 fevralya 2020] // Public Policy [Publichnaya politika], 2020. Vol. 4. No. 1. Pp. 9–42. (in rus)
13. Rummyantsev, O. G. Constitutional Reform 2020 in the Russian Federation: Biased Assessment [Konstitutsionnaya reforma 2020 v RF: pristrastnaya otsenka] // Constitutional Bulletin [Konstitutsionnyi vestnik], 2020. No. 5 (23). Pp. 6–32. (in rus)
14. Schmitt, C. Legalität und Legitimität. Berlin : Dunker und Humblot, 1968. 98 p.
15. Transcript of the Joint Meeting of the Constitutional Club and the Commission of the Association of Lawyers of Russia for the Development of Constitutional Legal Awareness Dated January 21, 2020 [Stenogramma sovmestnogo zasedaniya Konstitutsionnogo kluba i Komissii Assotsiatsii yuristov Rossii po razvitiyu konstitutsionnogo pravosoznaniya ot 21 yanvarya 2020] // Constitutional Bulletin [Konstitutsionnyi vestnik], 2020. No. 5 (23). Pp. 55–75. (in rus)
16. Weber, M. An Attempt of Comparative Research in the Sociology of Religion [Popytka sravnitel'nogo issledovaniya v oblasti sotsiologii religii] // Weber M. Favorites. The Image of Society [Izbrannoe. Obraz obshchestva]. M. : Jurist [Yurist], 1994. Pp. 43–77.
17. Yi Ching [I'tszin] Book of Changes [Kniga peremen]. SPb. : Azbuka-klassika [Azbuka-klassika], 2008. Pp. 234–245. (in rus)

# О нормативном режиме деятельности частных лиц

**Попондопуло Владимир Федорович**

заведующий кафедрой коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация, доктор юридических наук, профессор; v.popondopulo@spbu.ru

## АННОТАЦИЯ

В статье дается оценка качества законодательства, регулирующего отношения с участием частных лиц, как с формально-юридической точки зрения (формы), так и с точки зрения его социального назначения (содержания). Одним из критериев оценки качества законодательства является нормативный режим деятельности субъектов. Показано отличие нормативного режима деятельности частных лиц и нормативного режима деятельности органов публичной власти. Приводится перечень задач, понимание и решение которых способно в значительной степени обеспечить правовой характер законодательных актов. Рассматривается одна из таких задач — задача определения цели и предмета законодательного регулирования. Дается оценка Гражданского кодекса РФ как системообразующего законодательного акта всего российского законодательства. На основе оценки состояния российского законодательства делается вывод о необходимости разработки и принятия федерального закона «О нормативных актах», в котором будут урегулированы все основные аспекты законодательной и иной нормотворческой деятельности: понятие нормативного акта; границы нормативного регулирования; принципы нормативной деятельности (исходя из целей и предметов нормативного регулирования, учета различий характера человеческой деятельности и деятельности политических институтов); виды нормативных актов и их соотношение друг с другом (законодательные и подзаконные акты; федеральные, региональные и местные акты; централизованные и локальные акты; общие и специальные акты и т. д.), включая прецедентные нормы, обычаи, общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры; другие аспекты, соответствующие содержанию такого закона (в частности, порядок разработки законопроекта, включая его общественное обсуждение, принятие, опубликование, изменение и отмену и т. д.). Определяющим началом во всех случаях должно быть признание, соблюдение и защита государством прав и свобод человека и гражданина как высшей ценности (ст. 2 Конституции РФ).

*Ключевые слова:* нормативный режим, деятельность частных лиц, деятельность органов публичной власти, саморегулирование, цели и предмет законодательного регулирования, закон о нормативных актах

## On the Regulatory Regime of Private Individuals

**Vladimir F. Popondopulo**

Head of the Department of Commercial Law, St. Petersburg State University, Saint Petersburg, Russian Federation, Doctor of Science (Jurisprudence), Professor; v.popondopulo@spbu.ru

## ABSTRACT

The article assesses the quality of legislation regulating the participation of individuals, both from a formal legal point of view (form) and in terms of its social purpose (content). One of the criteria for assessing the quality of legislation is the regulatory regime of the subjects. The difference between the regulatory regime of private individuals and the regulatory regime of public authorities is shown. A list of tasks that can be understood and resolved to a large extent in the legal nature of legislation is provided. One such task is considered — the task of determining the purpose and subject of legislative regulation. The Russian Civil Code is assessed as a system-forming piece of legislation of all Russian legislation. On the basis of the assessment of the state of Russian legislation, it is concluded that the federal law on regulations, which will regulate all the main aspects of legislative and other normative activities: the concept of legislation; Regulatory boundaries Principles of regulatory activity (based on the objectives and subjects of regulation, taking into account the differences in the nature of human activities and the activities of political institutions); types of regulations and their relationship with each other (legislative and by-laws; federal, regional and local acts; centralized and local acts; general and special acts, etc.), including case law, customs, universally accepted principles and norms of international law, international treaties; other aspects corresponding to the content of such a law (in particular, the drafting of the bill, including its public discussion, adoption, publication, modification and repeal, etc.). The determining principle in all cases should be the recognition, observance and protection by the state of the rights and freedoms of a person and a citizen as the highest value (Article 2 of the Russian Constitution).

*Keywords:* regulatory regime, activities of individuals, activities of public authorities, self-regulation, goals and subject of legislation, law on regulations

---

Характеристика нормативного режима деятельности частных лиц предполагает оценку качества законодательства, регулирующего отношения с участием частных лиц, как с формально-юридической точки зрения (формы), так и с точки зрения его социального назначения (содержания). Обычно считается, что закон — это нормативный акт, принятый высшим представительным орга-

ном государственной власти с соблюдением установленной конституцией процедуры либо в порядке референдума<sup>1</sup>. Такое определение закона является неполным, так как определяет его лишь с формальных признаков.

Закон, являясь нормативным средством регулирования общественных отношений, должен соответствовать определенным целям регулирования, отражать соответствующие общественные интересы. В этом проявляется содержательная сторона закона. Поэтому закон необходимо оценивать не только с точки зрения формальных признаков в системе нормативных актов, но и с точки зрения того, что собственно он представляет собой в социальном его назначении, чьи интересы отражает<sup>2</sup>. Система законодательства должна отражать систему права и, следовательно, по возможности быть приведена в соответствие с ней. На это обращали внимание многие авторы<sup>3</sup>.

1. С формально-юридической точки зрения законодательные акты как внешние формы выражения права характеризуются такими признаками, как субъективность и комплексность.

Субъективный характер законодательных актов определяется тем, что они строятся в соответствии с субъективными представлениями законодателя (группы лиц, уполномоченных принимать такие акты), который исходит из практических интересов. Поскольку состояние законодательства (его система, структура) в значительной мере зависит от воли законодателя, постольку не исключены противоречия между правом, его системой (явлением объективного характера) и законодательством и его системой (подверженным политическому влиянию). Выбор варианта систематизации законодательства зависит от воли и интересов законодателя, формирующего эту систему с учетом экономической и политической ситуации в стране и ее традиций, стремящегося обеспечить наиболее эффективное регулирование отношений в данной сфере.

Субъективный характер законодательных актов и их системы подтверждается сравнением их в разных странах, показывающим порой существенные различия в наборе таких актов. Например, предпринимательское законодательство России и ряда других стран с монистической системой частного права (в частности, Италия, Нидерланды) представлено едиными гражданскими кодексами, которые сопровождаются другими законодательными актами, принятыми в развитие гражданского кодекса и посвященными отдельным институтам предпринимательского права (законами о компаниях, о банкротстве и т. д.). В странах с дуалистической системой частного права (например, Германия, Франция) предпринимательское законодательство выделено из гражданского законодательства в виде специальных торговых кодексов, принятых в развитие гражданского кодекса, что не исключило необходимости принятия также других законодательных актов в развитие торговых кодексов (например, Закон об акционерных обществах Германии 1965 г., Закон о страховании Франции 1967 г. и др.).

Существуют примеры принятия предпринимательских кодексов и в наше время, однако на деле такие кодексы не представляют собой законодательные акты, которые не допускали бы субсидиарное применение норм гражданских кодексов к отношениям, регулируемым такими предпринимательскими кодексами. Так, на Украине принят Хозяйственный кодекс, но он не может претендовать на действительно кодифицированный акт, поскольку не содержит по преимуществу однородные нормы, которые подразделялись бы на нормы, составляющие Общую и Особенную часть кодекса. ХК Украины — это, по существу, специальный законодательный акт, регулирующий комплекс разнородных отношений и допускающий применение к этим отношениям норм ГК Украины и других общих законов. Например, согласно п. 6 ст. 265 ХК Украины («Договор поставки») «к отношениям поставки, не урегулированным настоящим Кодексом, применяются соответствующие положения Гражданского кодекса Украины о договоре купли-продажи».

В Казахстане принят Предпринимательский кодекс Казахстана, который, по существу, представляет собой систематизацию законодательных актов о государственном регулировании и контроле предпринимательской деятельности. Такой подход не имеет ничего общего с дуалистической системой частного права, выраженной в европейских торговых кодексах.

В системе общего права, где основным источником права выступает судебный прецедент (Case Law), предпринимательские отношения регулируются также системой законодательных актов (Statute Law). Так, в Великобритании действуют законы о продаже товаров, о векселях, о собственности, о компаниях, о валютном контроле, о справедливой торговле, о неплатежеспособности и

<sup>1</sup> Юридическая энциклопедия / под ред. Б. Н. Топорнина. М., 2001. С. 317.

<sup>2</sup> Тихомиров Ю. А. Теория закона / под ред. В. П. Казимирчука. М., 1982. С. 27–37.

<sup>3</sup> См.: Генкин Д. М. К вопросу о системе советского социалистического права // Советское государство и право. 1956. № 9. С. 91; Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / под ред. С. Н. Братуся, И. С. Самощенко. М., 1962. С. 241.

др. В США основу предпринимательского законодательства составляет Единый торговый кодекс (Uniform Commercial Code) 1968 г. Некоторые сферы торгового оборота регулируются отдельными законами: Законом о тарифах 1930 г., Законом о торговле 1974 г., Законом о банкротстве 1978 г. и некоторыми другими. На уровне штатов также действуют законы, регулирующие торговый оборот.

*Комплексный характер законодательных актов* определяется их субъективным характером и выражается в том, что законодательные и иные нормативные акты, как правило, содержат в той или иной пропорции разнородные нормы (нормы гражданского, административного, уголовного, процессуального законодательства). Например, в законах о рынке ценных бумаг, о банках, о банкротстве и многих других представлены как нормы, регулирующие отношения, основанные на равенстве (между профессиональными участниками рынка ценных бумаг и клиентами, банками и клиентами и т. д.), так и нормы, регулирующие отношения, основанные на власти и подчинении (между профессиональными участниками рынка ценных бумаг и Банком России, кредитными организациями и Банком России и т. д.).

Комплексными являются также так называемые отраслевые кодексы, которые содержат лишь преимущественно нормы одного рода, поскольку в каждом из них можно обнаружить также нормы иного рода. Так, в ГК РФ наряду с нормами, регулирующими отношения, основанные на равенстве, содержатся нормы, предписывающие частным лицам действовать с учетом публичных интересов, например, нормы о государственной регистрации в сфере предпринимательства (ст. 51, 164), о лицензировании определенных видов предпринимательской деятельности (ст. 49) и ряд других.

С советских времен имеют устойчивое название отраслей права такие явления, как гражданское право, административное право, уголовное право и т. д., которые на самом деле являются не отраслями права, а массивами (отраслями) законодательства, представленными, как правило, несколькими законодательными и иными нормативными актами, содержащими разнородные нормы (стандарты поведения), направленные на взаимоувязанное регулирование разнородных общественных отношений соответствующей сферы жизни общества: экономической, социальной, управленческой и т. д.<sup>4</sup>

Учитывая выявленные формально-юридические признаки законодательных (нормативных) актов, их следует определить как *исходящие от различных органов государственной власти и содержащие разнородные нормы*, регулирующие человеческую деятельность как в части ее осуществления, так и в части ее публичной организации.

2. *С содержательной точки зрения законодательные акты* как внешние формы выражения права, несмотря на их субъективность, должны быть правовыми, т. е. по возможности наиболее точно отражать потребности общественной жизни. Неправовой государственный акт — это явный или скрытый произвол власти.

*Правовой характер законодательных актов* может быть в значительной степени обеспечен пониманием и решением задач, в частности, таких как: а) определение цели и предмета законодательного регулирования, его соотношения с подзаконным нормативным регулированием; б) соотношение федерального, регионального и местного регулирования; в) соотношение централизованного и локального регулирования; г) соотношение унифицированного и специализированного регулирования. Решение этих задач позволит понять существующие тенденции законодательного регулирования общественных отношений и определить его оптимальные пределы, обеспечить необходимый нормативный режим человеческой деятельности.

Прежде чем дать характеристику указанных выше задач, рассмотрим кратко понятие «*обеспечение необходимого нормативного режима человеческой деятельности*», которое в равной мере относится ко всем подлежащим решению задачам и позволяет показать, какое соотношение нормативных средств регулирования общественных отношений в наибольшей степени обеспечивает необходимый режим регулирования. Указанное понятие означает соответствие законодательства природе регулируемой им деятельности и тех отношений, которые опосредуют эту деятельность. Так, Конституция РФ гласит, что каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной экономической деятельности (ч. 1 ст. 34). Полагаю, что эта конституционная гарантия в равной мере относится к любой не запрещенной законом человеческой деятельности, по определению основанной на свободе человека и гражданина. Законодательство должно определять лишь необходимые требования, предъявляемые к человеческой деятельности, оставлять широкий простор для собственного усмотрения индивида.

<sup>4</sup> Антонов М. О системе и отраслях законодательства // Право и экономика. 2011. № 3. С. 53.

Следует различать понятия нормативного режима деятельности частных лиц и нормативного режима деятельности институтов общества, особенно органов государственной власти.

*Нормативное регулирование деятельности частных лиц* должно быть основано, главным образом, на диспозитивных началах, где неприемлема детальная регламентация отношений. В отличие от этого *нормативное регулирование властных отношений* должно характеризоваться детальной регламентацией поведения их участников (например, налогового органа и налогоплательщика), где важное значение приобретают юридические процедуры (административные, процессуальные). Соответственно, в той мере, в какой законодательство создает нормативные возможности для свободы человека и насколько строго оно определяет полномочия публичных органов, оно способствует решению задачи формирования гражданского общества (в том числе эффективной экономики) и построения правового государства.

Практическое значение теоретических положений о нормативном режиме человеческой деятельности заключается в том, что они могут быть использованы в процессе совершенствования законодательства и практики его применения, формирования современного юридического мышления тех, кто занимается законотворчеством, организацией исполнения законов и разрешением общественных конфликтов. Правильное определение необходимого нормативного режима позволяет установить общее направление развития законодательства и наиболее адекватно отразить объективно существующую систему права, выработать концепцию того или иного проектируемого нормативного акта, использовать соответствующий юридический инструментарий (правовые средства, конструкции, механизмы).

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

3. Рассмотрим кратко лишь одну из указанных выше задач, подлежащих решению в целях обеспечения правового характера законодательных актов, — задачу определения цели и предмета законодательного регулирования. Вопрос о границах деятельности законодателя рассматривается в юридической науке с позиции *достаточной минимизации законодательного регулирования общественных отношений*. Как известно, сфера действия права существует как объективная реальность независимо от того, осознаем мы ее или нет. Наряду со сферой действия права есть и сфера нормативного регулирования, т. е. правовые по своей природе общественные отношения, которые могут быть подвергнуты воздействию внешнего регулятора (закона, обычая, прецедента). В частности, законодатель придает правовым отношениям законную силу, подводит под защиту государства, утверждает в общественном сознании тот факт, что отношения имеют «нормальный», т. е. правильный характер. Таким образом, изначальным ограничителем деятельности законодателя (как и другого внешнего регулятора) служит сфера действия права, правовых отношений<sup>5</sup>.

Правовыми являются отношения индивидов, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Они возникают в результате разделения труда и обмена его результатами на эквивалентной основе. Внешний регулятор не может игнорировать эту закономерность, поскольку она и является объективным ограничителем воли внешнего регулятора, прежде всего законодателя.

Перераспределение материальных и духовных ценностей с помощью государства (законодательных, исполнительных и судебных органов) путем ограничений и стимулов может быть допустимо лишь тогда, когда направлено на установление или восстановление нарушенного эквивалента либо производится в интересах лиц, которые в силу своих психофизических свойств или по причине не зависящих от них чрезвычайных обстоятельств не могут выступать равной стороной в обмене эквивалентами. Вмешательство государства, в том числе посредством законодательного регулирования, в процессы свободного обмена, а также перераспределения благ с иных, пусть даже самых благих намерений приводит к нарушению эквивалентного характера отношений обмена и не может быть оправдано, это государственный произвол<sup>6</sup>.

Таким образом, поскольку законодательное регулирование является субсидиарным средством регулирования общественных отношений (дополняющим правовое саморегулирование), необходимо, прежде всего, определить *цели законодательного регулирования*. Из Конституции РФ следует, что права и свободы человека являются высшей ценностью и государство (включая его законодательную ветвь) обязано признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина (ст. 2); права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действу-

<sup>5</sup> Сильченко Н. В. Границы деятельности законодателя // Советское государство и право. 1991. № 8. С. 15.

<sup>6</sup> Там же. С. 18.

ющими; они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием (ст. 18). О цели законодательного регулирования свидетельствует также ст. 55 Конституции РФ, в соответствии с которой перечисление в Конституции РФ основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина; не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина; права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны и безопасности государства. Представляется, что указанные положения Конституции РФ определяют *пределы законодательного регулирования*.

Вопросы, составляющие *предмет регулирования законов*, решены в Конституции РФ фрагментарно, например, в п. 4 ст. 81, п. 2 ст. 96, п. 2 ст. 114 Конституции РФ определено, что порядок выборов Президента РФ, порядок формирования Совета Федерации и выборов депутатов Государственной Думы, порядок деятельности Правительства определяются федеральными законами. Очевидно, существует необходимость принципиального определения предмета законодательного регулирования, что можно сделать как в Конституции РФ, так и в специальном законе о нормативных актах. Главное, однако, не в этом, а в том, каким образом должен быть определен перечень этих вопросов: исчерпывающим образом, посредством отражения базового перечня или закрепления принципов, с помощью которых должен решаться вопрос отнесения общественных отношений к предмету исключительного регулятивного воздействия законов<sup>7</sup>.

Представляется, что было бы разумно вопросы, составляющие предмет регулирования законов, решить, исходя из целей законодательного регулирования, в специальном законе о нормативных актах посредством определения базового перечня таких вопросов и закрепления принципов (критериев) их определения, подобно тому, как это сделано в ст. 34 Конституции Франции, в которой указаны *не только институты и отношения*, которые регулируются законодательными актами, но и *принципы*, на основе которых определяется предмет законодательного регулирования.

Субъективный характер законодательства позволяет согласиться с устоявшейся в юридической теории дифференциацией его на конституционное, гражданское, административное, уголовное законодательство, а также законодательство, регламентирующее соответствующие процессуальные отношения: конституционно-процессуальное, гражданско-процессуальное, административно-процессуальное, уголовно-процессуальное и конституционно-процессуальное законодательство.

В системе законодательства наиболее высокой юридической силой обладает Конституция РФ (ст. 15), в которой содержатся основные нормы жизни общества: об основных правах и свободах личности, о взаимоотношениях личности и государства; о видах и компетенции органов государственной власти.

Стержневым законодательным актом является ГК РФ, объединяющий нормы, регулирующие частные отношения, и гарантирующий частным лицам наиболее стабильные условия деятельности. Вокруг ГК РФ группируются специальные законы и подзаконные нормативные акты, регулирующие как отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности, так и отношения, основанные на власти и подчинении. В специальных нормативных актах учитывается динамика общественной жизни посредством определения публичных требований (ограничений, запретов и пр.), обеспечивающих общественный порядок на данный период развития общества.

В соответствии с п. 2 ст. 3 ГК РФ нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ. Это законодательное положение оценивается по-разному в юридической литературе, в основном критически, поскольку речь идет о соотношении законодательных актов одинаковой юридической силы, различие которых проявляется лишь в том, что один является кодифицированным законодательным актом, а другие — обычными законодательными актами<sup>8</sup>.

Полагаю все же, что решать вопрос о соотношении норм гражданского права, содержащихся в ГК РФ и других законодательных актах, следует не из традиционных формальных критериев (форма, юридическая сила и пр.), а из объективных, определяющих силу связи этих внешних форм выражения права с правом как таковым, из того, насколько непосредственно (или опосредованно) отражается право в нормах законодательных актов. Определяя приоритеты законодательных актов,

<sup>7</sup> Марченко М. Н. Источники права. М., 2005. С. 128–129.

<sup>8</sup> Там же. С. 133–167.

следует исходить из такого фактора, как степень соответствия законодательной нормы основным правам и свободам человека и гражданина.

С этих позиций не должно быть сомнений в том, что кодифицированные нормы гражданского законодательства обладают приоритетом перед нормами того же законодательства, содержащимися в других законодательных актах. Более того, рискну предположить, что нормы гражданского законодательства (прежде всего, кодифицированные) должны выполнять системообразующую роль в системе всего законодательства. ГК РФ нередко называют экономической конституцией. Однако, учитывая, что нормы ГК РФ регулируют не только имущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, но и личные отношения, основанные на тех же принципах, его значение значительно шире. Исходя из значения ГК РФ в системе законодательных актов, непосредственно обеспечивающего наряду с Конституцией РФ свободу человеческой деятельности, иные законодательные акты (не только специальные нормы гражданского законодательства, но и нормы административного, уголовного, процессуального законодательства) должны определять лишь *необходимые требования*, предъявляемые к человеческой деятельности, оставляя широкий простор для собственного усмотрения индивида. Остается лишь вопрос о том, как законодательно закрепить лидирующую роль кодифицированных норм гражданского законодательства? Логично было бы сделать это в законе о нормативных актах, который необходимо принять.

4. Пока система действующего российского законодательства оставляет желать лучшего. Чтобы представить ее состояние, следовало бы рассмотреть каждую из структурных частей этой системы, но я ограничусь лишь гражданским законодательством.

*Гражданское законодательство* представлено не только нормами ГК РФ, но и множеством норм гражданского законодательства, содержащихся в других законодательных актах, в том числе называемых кодексами: семейном, трудовом, земельном, жилищном и т. д. Вполне правомерно задаться вопросом: а сколько нам нужно кодексов?<sup>9</sup> Дело не в названии формы нормативного акта, хотя и в этом тоже, так как незачем называть кодексом то, что на самом деле не является кодифицированным нормативным актом, который по определению должен содержать преимущественно однородные законодательные нормы с выделением в нем *Общей и Особенной частей*. Так, гражданский, уголовный, процессуальные кодексы, безусловно, являются кодифицированными нормативными актами и содержат определенную совокупность законодательных норм соответствующего рода. Семейный, трудовой, жилищный, лесной, земельный и многие другие кодексы на самом деле не являются кодифицированными нормативными актами, так как содержат разнородные законодательные нормы, поэтому их следовало бы именовать не кодексами, а обычными законами, соответственно: о регулировании семейных отношений, о регулировании трудовых отношений, о регулировании земельных отношений и т. д.

В юридической литературе правильно отмечается, что, например, деликт имеет свои особенности в отличие от договора, вещное право отличается от обязательственного права, но это не является основанием для их регулирования в отдельных кодексах (хотя и такое возможно — в Великобритании нет кодексов, но есть законы). Почему же тогда семейное право, жилищное право или торговое право должны выделяться в отдельные подразделения законодательства, выражаемые вовне в виде кодексов? Такая чрезмерная дифференциация гражданского законодательства разрушает его единство, препятствует его обзорности и простоте при толковании и применении, уменьшает значение общих норм, регулирующих частные отношения, и влияет на правовую культуру. Данная проблематика не следует только из академического интереса. Она имеет большое практическое значение, в частности для вопроса кодификации определенной материи внутри и вне Гражданского кодекса, включая также вопросы создания специальных видов подсудности<sup>10</sup>.

Таким образом, кодификация российского гражданского законодательства характеризуется смешанным подходом, а по существу — непоследовательностью, хаотичностью. С одной стороны, законодатель отказался от принятия Торгового кодекса, включив нормы, регулирующие предпринимательские отношения, непосредственно в ГК РФ, но, с другой стороны, наряду с ГК РФ приняты и действуют указанные выше комплексные законодательные акты, необоснованно именуемые кодексами. Логично было бы нормы, регулирующие частные отношения, содержащиеся в указанных комплексных кодексах (законах), поместить непосредственно в ГК РФ в виде разделов (например,

<sup>9</sup> Щелокаева Т. А. Сколько кодексов нужно России? // Правоведение. 2009. № 4. С. 102–108.

<sup>10</sup> Книпер Р. Проблемы внутренней дифференциации частного права // Гражданское право в системе права / отв. ред. М. К. Сулейменов. Алматы. 2007. С. 30.

раздел «Семейное право») либо глав (например, глава «Вещные права на землю») и т. д. В законах о регулировании семейных отношений, о регулировании трудовых отношений, о регулировании земельных отношений и т. д. должны быть оставлены преимущественно нормы, регулирующие публичные отношения в соответствующей сфере жизни общества, закрепляющие гарантии прав частных лиц, с одной стороны, и необходимые ограничения их свободы, с другой. Примеры такого подхода существуют. Например, нормы, регулирующие страховые (частные) отношения, сосредоточены в ГК РФ (гл. 48), а нормы о публичной организации страхового дела — в Федеральном законе от 31 декабря 1997 г. «Об организации страхового дела в Российской Федерации»<sup>11</sup>.

Дифференциация гражданского законодательства должна проявляться, прежде всего, в рамках единого ГК РФ и по необходимости получать развитие в обычных законах, регулирующих ту или иную сферу частной жизни общества, при условии допущения субсидиарного применения норм ГК РФ к отношениям, регулируемым этими законами. Разделение же норм, регулирующих отношения, основанные на равенстве, между несколькими кодексами (гражданским, торговым, трудовым, семейным и т. д.), представляет собой архаичный подход, характерный для стран с дуалистической (плюралистической) системой частного права, в частности Германии и Франции, и подвергается критике не только в российской юридической науке. Например, германский профессор Р. Книпер высказывается за отказ от дуализма частного права. В частности, он пишет, что легитимный правовой состав подлинного торгового права весьма мал, имеются большие сомнения относительно его самостоятельной кодификации, однако расходы на законодательную деятельность, связанную с отменой Германского торгового уложения, слишком высоки. Чтобы представить соразмерный объемный Торговый кодекс, к нему присоединяют разделы (валютное право, банковское право, биржевое право, конкурентное право, нормы, регулирующие обращение ценных бумаг, отношения банкротства), которые однозначно не представляют собой только торговое право<sup>12</sup>.

5. Закон «О нормативных актах». Представленная выше оценка состояния российского законодательства свидетельствует о полезности, если не сказать насущной потребности в разработке закона «О нормативных актах», в котором будут урегулированы все основные аспекты законодательной и иной нормотворческой деятельности: понятие нормативного акта; границы нормативного регулирования; принципы нормативной деятельности (исходя из целей и предметов нормативного регулирования, учета различий характера человеческой деятельности и деятельности политических институтов); виды нормативных актов и их соотношение друг с другом (законодательные и подзаконные акты; федеральные, региональные и местные акты; централизованные и локальные акты; общие и специальные акты и т. д.), включая прецедентные нормы, обычаи, общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры; другие аспекты, соответствующие содержанию такого закона (в частности, порядок разработки законопроекта, включая его общественное обсуждение, принятие, опубликование, изменение и отмену и т. д.). Определяющим началом во всех случаях должно быть признание, соблюдение и защита государством прав и свобод человека и гражданина как высшей ценности (ст. 2 Конституции РФ).

Вопрос о необходимости принятия такого закона давно обсуждается в юридической науке<sup>13</sup>. Во многих государствах, включая все государства — участники СНГ, кроме России, такие законы приняты. Разработан и принят также модельный закон «О нормативных правовых актах» для государств — участников СНГ. Теоретические разработки, касающиеся концепции, структуры и содержания закона о нормативных актах, включая рекомендации, содержащиеся в настоящей работе, практика издания и применения такого закона в странах, где он принят и действует, позволяют предложить и российскому законодателю разработать и принять федеральный закон «О нормативных актах».

## Литература

1. Антонов М. О системе и отраслях законодательства // Право и экономика. 2011. № 3.
2. Генкин Д. М. К вопросу о системе советского социалистического права // Советское государство и право. 1956. № 9.

<sup>11</sup> СЗ РФ. 1998. № 1. Ст. 4.

<sup>12</sup> Книпер Р. Указ соч. С. 31–32.

<sup>13</sup> См., например: Казьмин И. Ф., Поленина С. В. «Закон о законах»: проблемы издания и содержания // Советское государство и право. 1989. № 12. С. 3–9; Лукьянова Е. Г. Некоторые проблемы правотворчества в современной России // Правоведение. 2007. № 6. С. 159–165; Панова И. В. О нормативном правовом акте // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6. С. 57–73.

3. Казьмин И. Ф., Поленина С. В. «Закон о законах»: проблемы издания и содержания // Советское государство и право. 1989. № 12.
4. Книпер Р. Проблемы внутренней дифференциации частного права // Гражданское право в системе права / отв. ред. М. К. Сулейменов. Алматы. 2007.
5. Лукьянова Е. Г. Некоторые проблемы правотворчества в современной России // Правоведение. 2007. № 6. С. 159–165.
6. Марченко М. Н. Источники права. М., 2005.
7. Панова И. В. О нормативном правовом акте // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6. С. 57–73.
8. Сильченко Н. В. Границы деятельности законодателя / Советское государство и право. 1991. № 8.
9. Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / под ред. С. Н. Братуся, И. С. Самощенко. М., 1962.
10. Тихомиров Ю. А. Теория закона / под ред. В. П. Казимирчука. М., 1982.
11. Шелокаева Т. А. Сколько кодексов нужно России? // Правоведение. 2009. № 4. С. 102–108.
12. Юридическая энциклопедия / под ред. Б. Н. Топорнина. М., 2001.

## References

1. Antonov, M. On the System and Branches of Legislation [O sisteme i otraslyakh zakonodatel'stva] // Law and Economics [Pravo i ehkonomika]. 2011. No. 3. (in rus)
2. Genkin, D. M. To the Question of the System of Soviet Socialist Law [K voprosu o sisteme sovetskogo sotsialisticheskogo prava] // Soviet State and Law [Sovetskoe gosudarstvo i pravo]. 1956. No. 9. (in rus)
3. Kazmin, I. F., Polenina, S. V. "Law of Laws": Problems of Publication and Content [«Zakon o zakonah»: problemy izdaniya i soderzhaniya] // Soviet State and Law [Sovetskoe gosudarstvo i pravo]. 1989. No. 12. (in rus)
4. Kniper, R. Problems of Internal Differentiation of Private Law [Problemy vnutrennei differentsiatsii chastnogo prava] // Civil Law in the System of Law [Grazhdanskoe pravo v sisteme prava] / edited by M. K. Suleimenov. Almaty. 2007. (in rus)
5. Lukyanova, E. G. Some Problems of Law-making in Modern Russia [Nekotorye problemy pravotvorchestva v sovremennoi Rossii] // Law [Pravovedenie]. 2007. No. 6. Pp. 159–165. (in rus)
6. Marchenko, M. N. Sources of Law [Istochniki prava]. M., 2005. (in rus)
7. Panova, I. V. On the Normative Legal Act [O normativnom pravovom akte] // Vestnik SAC of the Russian Federation [Vestnik VAS RF]. 2009. No. 6. Pp. 57–73 (in rus)
8. Silchenko, N. V. Boundaries of the Activities of the Legislator [Granitsy deyatel'nosti zakonodatelya] // Soviet State and Law [Sovetskoe gosudarstvo i pravo]. 1991. No. 8. (in rus)
9. Theoretical Issues of Systematization of Soviet Legislation [Teoreticheskie voprosy sistematzitsii sovetskogo zakonodatel'stva] / Under ed. S. N. Bratush, I. S. Samoshchenko. M., 1962. (in rus)
10. Tikhomirov, Yu. A. Theory of Law [Teoriya zakona] / edited by V. P. Kazimirchuk. M., 1982. (in rus)
11. Shelokaeva, T. A. How Many Codes Does Russia Need? [Skol'ko kodeksov nuzhno Rossii?] // Law [Pravovedenie.]. 2009. No. 4. Pp. 102–108. (in rus)
12. Legal Encyclopedia [Yuridicheskaya ehntsiklopediya] / edited by B. N. Topornina. M., 2001. (in rus)

# Теоретико-правовые аспекты истребования имущества из чужого незаконного владения

**Трегубов Михаил Владимирович**

заведующий кафедрой правоведения Северо-Западного института управления РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация, кандидат юридических наук; tregubov-mv@ranepa.ru

## АННОТАЦИЯ

Статья посвящена рассмотрению таких вопросов, как допустимость применения астрента к виндикационным искам, возможности виндикации имущества, не выраженного в материальной форме. Делается акцент на изучении перспектив виндикационных притязаний в отношении такого нового объекта экономических отношений, как криптовалюта. С использованием формально-логического, ретроспективного методов, а также метода юридических конструкций автор, во-первых, изучает проблему применения судебной неустойки по правилам ст. 308.3 ГК РФ (структурно расположенной в разделе об обязательственных правах) к вещно-правовому требованию — виндикационному иску; во-вторых, анализирует эволюцию научных воззрений на позволительность экстраполяции вещных прав на нематериальные объекты, включая те, которые существуют в виртуальной среде. Делаются выводы о том, что в доктринальном плане вопрос о правомерности присуждения астрента решением об удовлетворении виндикационного притязания не однозначен, однако судебная практика в целом рассматривает данный вопрос положительно; сейчас в российской науке ведутся активные попытки определения места цифровых объектов в поле правового регулирования, принципиальных препятствий экстраполяции сложившейся практики аналогии виндикации и на сферу оборота цифровых активов и ценностей не усматривается.

*Ключевые слова:* виндикационный иск, частное право, астрент, криптовалюта

## Theoretical and Legal Aspects of the Reclamation of Property from Unlawful Possession

**Michail V. Tregubov**

Head of the Department of Law of the North-West Institute of Management — Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Saint Petersburg, Russian Federation, PhD in Jurisprudence; tregubov-mv@ranepa.ru

## ABSTRACT

The article is devoted to the consideration of such issues as the permissibility of applying astrent to vindication claims, the possibility of vindication of property that is not expressed in material form. The focus is on studying the prospects of vindication claims in relation to such a new object of economic relations as cryptocurrency. Using formal-logical, retrospective methods, as well as the method of legal constructions, the author first studies the problem of applying a court penalty under the rules of art. 308.3 of the civil code of the Russian Federation (structurally located in the section on binding rights) to a real-law claim-vindicatson claim; secondly, it analyzes the evolution of scientific views on the permissibility of extrapolating real rights to intangible objects, including those that exist in a virtual environment. It is concluded that the question of the legality of awarding an astrent by a decision to satisfy a vindication claim is not clear in doctrinal terms, but judicial practice, in General, considers this issue positively; currently, Russian science is actively trying to determine the place of digital objects in the field of legal regulation. there are no fundamental obstacles to extrapolating the existing practice of the vindication analogy to the sphere of turnover of digital assets and values.

*Keywords:* replevin, astreint, private law, cryptocurrency

Для тех случаев, когда имущество выбывает из владения собственника, традиционным способом защиты является иск об истребовании имущества из чужого незаконного владения (виндикационное притязание). Строго говоря, понятием «виндикация» Гражданский кодекс, как и Постановление Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, не оперирует, однако указанный термин широко используется в решениях судов разных инстанций. Виндикационный иск является классической цивилистической конструкцией, условия его предъявления достаточно исследованы современной юридической наукой, однако актуальным остается вопрос о том, насколько применима классическая римская трактовка виндикационной защиты в современных экономических реалиях. В статье не ставится цель формулирования и разрешения всех многогранных проблем, связанных с институтом истребования имущества из чужого незаконного владения, однако существует несколько неразрешенных теоретических и практических проблем, возникших относительно недавно, изучение которых представляет значительный интерес.

## Допустимость применения астрента (*astreinte* — денежное взыскание, судебная неустойка) к виндикационным искам

Реципированный в 2015 г. в российское право из французской судебной практики институт астрента имеет целью усиление судебного решения, поскольку налагается он не в случае нарушения обязательства, а за неисполнение публично-правового акта суда. Таким образом, при взыскании судебной неустойки судом не решается спор о праве. Учитывая относительную новизну астрента в российском правовом поле и некоторую нестабильность судебной практики, единого четкого мнения о его правовой природе и сфере применения пока не сложилось. Одним из вопросов, встающих перед правоприменителем, является возможность применения астрента к вещным требованиям, в частности, к искам об истребовании имущества из чужого незаконного владения.

Правовое регулирование института астрента в настоящее время осуществляется ст. 308.3 ГК РФ и постановлением Пленума Верховного суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (далее — Пленум № 7). Законодатель закрепил норму о судебной неустойке в материальном законе в разделе об обязательственных правах, связав астрент с судебным решением об удовлетворении иска о присуждении исполнения *обязательства* в натуре, противопоставив, таким образом, обязательственные права вещным. Однако Пленум № 7, разъяснив, что судебная неустойка применяется как мера ответственности за нарушение обязательств, отдельно отметил возможность применения астрента к негаторному иску (п. 28), несколько нивелировав, таким образом, определяющее значение расположения нормы о судебной неустойке в главе «Понятие обязательства», что закономерно породило дискуссии в юридическом сообществе, суть которых сводится к следующему: а) распространив применение института судебной неустойки на негаторные иски, Верховный суд РФ никоим образом не аргументировал это избирательное решение, соответственно, раз суд применил астрент к одному вещно-правовому иску, то, видимо, не существует непреодолимого барьера для использования данного механизма не только в обязательственных, но и в вещных правоотношениях; б) с другой стороны, судебная неустойка как средство побуждения к исполнению судебного акта, предусматривающего устранение нарушения права собственности, не связанного с лишением владения, прямо указана Верховным судом РФ в качестве исключения, виндикационный иск не упомянут, следовательно, к виндикационным требованиям астрент не применим.

Обращаясь к доступной судебной практике, следует отметить малое количество актов, в которых истребование имущества из чужого незаконного владения сопровождается требованием судебной неустойки, однако если заявление о присуждении астрента поступило, то в большинстве случаев суды первой инстанции удовлетворяют его по существу при разрешении виндикационного иска в пользу истца, причем какой-либо корреляции между объектом виндикации и суммой астрента не отмечено — он заявляется, по нашему мнению, произвольно, обоснование размера неустойки проводится формально, ответчиками, как правило, не оспаривается, суды не склонны снижать размер астрента по сравнению с суммой, требуемой истцом. Приведем ряд примеров: а) объект виндикации — квартира, суд взыскал судебную неустойку в размере 1 тыс. руб. за каждый день просрочки исполнения решения суда, начиная со дня вынесения решения по делу<sup>1</sup>; б) истребуемое имущество — витрина холодильная, присужден астрент — 1 тыс. руб. за каждый день просрочки исполнения обязательства с даты истечения установленного судебным актом срока для его исполнения (10 рабочих дней с даты вступления решения суда в законную силу) до дня фактического исполнения<sup>2</sup>; в) объект виндикации — рекламные конструкции размером 1000 × 800 мм, судебная неустойка — 20 тыс. руб. 00 коп. за каждый день на случай неисполнения судебного акта<sup>3</sup>; г) объект виндикационного иска — строительный инструмент (30 наименований), решение суда — взыскать судебную неустойку в размере 100 руб. за каждый день неисполнения решения по делу, начиная со дня, следующего после истечения месячного срока с момента

<sup>1</sup> Решение от 28 апреля 2017 г. по делу № 2-1702/2017 [Электронный ресурс]. Пушкинский районный суд (г. Санкт-Петербург). URL: <https://sudact.ru/regular/doc/sKUzma7xvhJx/> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>2</sup> Решение от 29 июля 2019 г. по делу № А76-30787/2018 [Электронный ресурс]. Арбитражный суд Челябинской области (АС Челябинской области). URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/8b77d956-c694-4821-ba7e-0828e410bfa8> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>3</sup> Решение от 12 декабря 2018 г. по делу № А75-14692/2018 [Электронный ресурс]. Арбитражный суд Ханты-Мансийского АО (АС Ханты-Мансийского АО). URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/67ce31cf-65ce-48d3-b691-b637296758ec> (дата обращения: 15.11.2020).

вступления решения в законную силу<sup>4</sup>; д) истребуемое имущество — два здания общей площадью 906,6 кв. м и 55 кв. м соответственно; астрент — 2 тыс. руб. за каждый день неисполнения вступившего в законную силу решения суда по данному делу<sup>5</sup>; е) при решении в пользу истца виндикационного иска об истребовании земельного участка площадью 95 кв. м из чужого незаконного владения суд счел, что «установление компенсации за ожидание исполнения в размере 100 тыс. руб. одновременно, а также 50 тыс. руб. за каждый месяц неисполнения решения суда до момента полного исполнения требований, ...не нарушая баланс интересов сторон, ведет к тому, что исполнение судебного акта для ответчика является более выгодным, чем его неисполнение»<sup>6</sup>. Во всех случаях сумма астрента, запрошенная истцом, судом не снижалась.

Следует отметить, что имеются единичные случаи использования судом своих дискреционных полномочий в части коррекции размера астрента при рассмотрении виндикационного иска. К примеру, по делу, рассматриваемому Арбитражным судом города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, истец просил взыскать судебную неустойку по прогрессивной шкале — 30 тыс. руб. за каждый день неисполнения в течение первого календарного месяца, начиная с момента принятия решения, и дальнейшее увеличение размера неустойки на 10 тыс. руб. в каждом следующем месяце. Ответчик ходатайствовал об уменьшении судебной неустойки на основании ст. 333 ГК РФ и изменении порядка выплат с прогрессивной шкалы на денежную сумму, начисляемую периодически, до 30 тыс. руб. в месяц; суд, учитывая, что судебная неустойка является оценочной категорией, посчитал возможным установить прогрессивный порядок выплаты астрента, но существенно снизил размер — 5 тыс. руб. за каждый день неисполнения в течение первого календарного месяца, начиная с восьмого дня с момента вступления в законную силу решения суда, с последующим увеличением размера неустойки до 10 тыс. руб. в день за второй календарный месяц неисполнения, с последующим увеличением размера неустойки до 15 тыс. руб. в день за третий календарный месяц и дальнейшим аналогичным увеличением размера неустойки на 5 тыс. руб. в каждом следующем месяце неисполнения по день фактического исполнения судебного акта<sup>7</sup>. Причем ни судом, ни сторонами гражданского спора в обоснование заявленных требований и принятого решения не приводились какие-либо фактические обстоятельства дела, позволяющие судить о разумности, справедливости и обоснованности установления порядка выплат судебной неустойки и ее размера.

Суды — и арбитражные, и общей юрисдикции, — оценивая возможность применения астрента к искам о виндикации, отталкиваются от положений п. 31 Пленума № 7, где указано, что «в случае удовлетворения иска о понуждении к исполнению обязательства в натуре суд не вправе отказать в ее присуждении», однако, формально приводя в судебном решении разъяснения Пленума № 7, более глубокого анализа нормативных установлений суд не проводит, не позволяя, таким образом, уяснить, в силу чего ими допускается применение положений обязательственного права к вещному.

Ознакомление с научной литературой позволило выявить ряд предположений касательно причин складывающейся практики, допускающей использование в виндикационных спорах такого средства стимулирования исполнения судебного решения, как астрент.

1. Применяя астрент к виндикационному требованию, суд отождествляет таким образом вещно-правовой иск об истребовании имущества и обязательственный иск о понуждении должника к исполнению обязанности в натуре, хотя это противоречит доктринальным установлениям гражданского права.

2. Предполагается существование следующей логической цепочки: в силу прямого указания астрент применяется к должникам по исполнению обязательства в натуре, однако четкого запрета применения положений ст. 308.3 к исполнению в натуре по виндикационному иску в ГК РФ и Пленуме № 7 не содержится, более того, не исключена возможность применения данной статьи

<sup>4</sup> Решение от 20 июня 2019 г. по делу № 2-1085/2019 [Электронный ресурс]. Верхнепышминский городской суд (Свердловская область). URL: <https://sudact.ru/regular/doc/PqmWLuCHZAbW/> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>5</sup> Решение от 24 сентября 2020 г. по делу № А54-5246/2020 [Электронный ресурс]. Арбитражный суд Рязанской области. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/69435164-525f-427e-9073-21fb7b6c9ff5> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>6</sup> Решение от 29 ноября 2019 г. по делу № А75-14926/2019 [Электронный ресурс]. Арбитражный суд Ханты-Мансийского АО. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/f3629119-2059-45fa-8629-62ccdf11ad27> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>7</sup> Решение от 19 июня 2019 г. по делу № А56-120154/2018 [Электронный ресурс]. Арбитражный суд Санкт-Петербурга и Ленинградской области. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/04a1013d-05c7-4eb5-b003-02ea9bcc120b> (дата обращения: 15.11.2020).

и к вещным искам (п. 28 Пленума № 7, ст. 304 ГК РФ — негаторный иск). Обязательства в соответствии с ч. 2 ст. 307 ГК РФ возникают «из договоров и других сделок, ...а также из иных оснований, указанных в ГК РФ», к последним в соответствии с подпунктом 3 п. 1 ст. 8 ГК РФ можно отнести судебное решение, устанавливающее гражданские права и обязанности. Соответственно, если суд примет решение об изъятии и присуждении объекта виндикации, то у ответчика возникнет обязательство на основании судебного решения. А к такому обязательству возможно применение положений ст. 308.3 ГК РФ. В подобных рассуждениях, по нашему мнению, просматривается определенный логический недочет — виндикационный иск, будучи иском о присуждении имущества, подлежит исполнению в порядке, предусмотренном законодательством об исполнительном производстве, и, как неоднократно отмечалось высшими судебными инстанциями, решение суда об истребовании имущества из чужого незаконного владения недопустимо формулировать как обязанность ответчика совершить определенные действия<sup>8</sup>, поскольку исполнение судебного решения вместо ответчика совершается другим лицом — судебным приставом-исполнителем, что, однако, не лишает возможности ответчика добровольно передать присужденное имущество истцу. Кроме того, следует согласиться с М. А. Рожковой, по мнению которой обязанность лица исполнить судебное решение по своей правовой сущности не всегда является обязательственным правоотношением в смысле ст. 307 ГК РФ<sup>9</sup>.

3. Следующее предположение основывается на допущении, что виндикационный иск — это *actio in personam*, поскольку с момента нарушения абсолютного права виндиканта, права собственности, возникает виндикационное обязательство, на исполнение которого в натуре (возврат вещи) направлен иск собственника, а если есть обязательство, то и *астрент* применим. Не вдаваясь подробнее в оспаривание данного тезиса, который нам представляется сомнительным, отметим, что данный подход широкого распространения в цивилистике не получил.

4. Основанием *астрента* виндикационного притязания называется аналогия закона — действие *астрента* может быть распространено и на вещно-правовые иски, особенно в случаях, когда виндикант не имеет другого эффективного средства стимулирования исполнения вынесенного в его пользу судебного акта и это не затрагивает прав, свобод и законных интересов других лиц.

Представляется, что последний подход более целесообразен, поскольку законодатель, поместив норму о судебной неустойке в раздел об обязательственных правах Гражданского кодекса — источника материального права<sup>10</sup>, по общему правилу распространил ее действие лишь на обязательственные отношения, и применение *астрента* к виндикационному иску — вещному требованию — возможно лишь как аналогия закона, если рассматривать иски о передаче вещи (виндикацию и исполнение в натуре обязательства) как имеющие сходную гражданско-правовую сущность. Обращение к аналогии закона как способу правового регулирования в гражданском праве предусмотрено п. 1 ст. 6 ГК РФ, обусловлено гибкостью гражданско-правовых отношений и действием сверхимперативного принципа справедливости.

Попадая в поле зрения апелляционной инстанции, вопрос об *астренте* решается положительно. Например, Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд (г. Ростов-на-Дону) пришел к выводу о необходимости изменения предмета факультативного иска и его нормативного основания. Заявив виндикационный иск, истец, кроме того, потребовал в случае невозврата лотка (киоска) взыскания убытков в виде его стоимости в размере 45 тыс. руб., и суд первой инстанции требование удовлетворил. Апелляция указала на неправильную квалификацию судом первой инстанции данного требования, поскольку: а) по своей правовой сущности заявленное требование соответствует критериям, указанным в ст. 308.3 ГК РФ, а не ст. 393 ГК РФ; б) судебная неустойка может быть взыскана одновременно; в) сумма неустойки может быть равна стоимости виндицируемого имущества<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Об утверждении Программы повышения эффективности деятельности арбитражных судов в Российской Федерации в 1997–2000 годах и Плана мероприятий по реализации Программы повышения эффективности деятельности Арбитражных судов Российской Федерации в 1997–2000 годах [Электронный ресурс] : приказ ВАС РФ от 18.09.1997 № 14. СПС Консультант Плюс. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=41808#06491031580382487> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>9</sup> Рожкова М. А. К вопросу об обязательствах и основаниях их возникновения // Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. М. : ЮРИТ-Вестник, 2001. № 6. С. 69–85.

<sup>10</sup> Интересно, что законодатель реализовал положения об *астренте* в процессуальном праве лишь спустя три года после введения его в материальное право (ст. 174 АПК и 206 ГПК являются отражением материально-правовой нормы ст. 308.3 ГК). Указанные статьи следует применять в нормативном единстве — суд может воспользоваться правом наложить *астрент* в случае, предусмотренном ст. 308.3 ГК.

<sup>11</sup> Постановление от 14 октября 2019 г. по делу № А32-20685/2019 [Электронный ресурс]. Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/bkYtivMuNUp/> (дата обращения: 15.11.2020).

Нельзя не отметить, что в ряде судебных решений при удовлетворении требований истца по виндикационному иску в присуждении астрента было отказано. Во всех решениях мотивировка отказа была принципиально различна. Так, Советский районный суд г. Новосибирска отказал во взыскании астрента ввиду его неприменимости к виндикационным искам, указав, что, во-первых, истец в соответствии с общими правилами искового производства должен обосновать наличие у него права на предъявление требования о взыскании судебной неустойки, во-вторых, астрент возможен, если истец обратился с иском: 1) о понуждении должника воздержаться от совершения определенных действий; 2) о понуждении к устранению нарушения права собственности, не связанного с лишением владения; 3) о понуждении к исполнению обязательства в натуре; 4) об обязанности ответчика совершать определенные действия, не связанные с передачей имущества или денежных сумм. Соответственно, применение астрента к истребованию имущества из чужого незаконного владения действующим законодательством не предусмотрено, а потому в удовлетворении требования о взыскании судебной неустойки следует отказать<sup>12</sup>.

Арбитражный суд Свердловской области, не отрицая возможности присуждения астрента по виндикационным искам, признал обоснованным и справедливым согласие истца на осуществление демонтажа и вывоза спорного оборудования (установки по переработке резиносодержащих, пластмассовых [углеродосодержащих] отходов «Реактор-1») своими силами и за свой счет, счел необходимым возложить на ответчика обязанность по обеспечению истцу доступа к оборудованию с целью его демонтажа и вывоза, но отказал в удовлетворении требований истца о взыскании с ответчика судебной неустойки, поскольку применение судебной неустойки является правом суда, исходя из принципов гражданского права, в том числе и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения, а в рассматриваемой ситуации исполнение решения суда зависит от действий истца по делу<sup>13</sup>.

Арбитражный суд Ивановской области при рассмотрении иска об истребовании у открытого акционерного общества «Ивановский бройлер» имущества и взыскании 5,5 тыс. руб. судебной неустойки за каждый день неисполнения судебного акта установил, что ответчик признан несостоятельным, и со ссылкой на правовую позицию Верховного суда РФ, изложенную в определении от 26.11.2019 № 308-ЭС19-21590, отказал во взыскании астрента, поскольку неустойка «после признания ответчика банкротом и введения в отношении него процедуры конкурсного производства не будет выполнять стимулирующую функцию инструмента правового воздействия ввиду невозможности распоряжаться ответчиком своим имуществом и неблагоприятных материальных последствий для его кредиторов»<sup>14</sup>. Иначе подошел к рассмотрению вопроса Шестой арбитражный апелляционный суд (г. Хабаровск): истец просил о взыскании неустойки в размере 20 тыс. руб. в день со дня вступления решения суда в законную силу, первая инстанция снизила сумму астрента до 1 тыс. руб. в день<sup>15</sup>. Виндикант, обжалуя принятое решение, указал, что снижение неустойки не стимулирует должника к исполнению решения суда, поскольку ответчик не исполнил вступившее в законную силу решение суда об истребовании имущества, имеется возможность привлечения к исполнению решения суда супруга ответчика, который ведет коммерческую деятельность, является учредителем коммерческих фирм с оборотом более 250 млн руб. и на основании брачного договора обязан предпринимать действия по сохранению имущества супруги. Финансовый управляющий должника просил отменить решение о наложении астрента в полном объеме, поскольку у ответчика в связи с процедурой банкротства отсутствуют финансовые средства и нет возможности распоряжаться своим имуществом, которое составляет конкурсную массу, а исполнение решения суда возможно посредством использования механизмов исполнительного производства без применения астрента. Суды апелляционной и кассационной инстанций отклонили доводы истца и финансового управляющего как несостоятельные, указав, что, во-первых, необходимость сделать более невыгодным неисполнение решения суда, чем сохранение имущества, не свидетельствует само по себе о необходимости увеличения размера неустойки, который опре-

<sup>12</sup> Решение от 4 февраля 2020 г. по делу № 2-2466/2019 [Электронный ресурс]. Советский районный суд г. Новосибирска (Новосибирская область). URL: <https://sudact.ru/regular/doc/BMQ90DBITNUC/> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>13</sup> Решение от 31 декабря 2019 г. по делу № А60-48073/2019 [Электронный ресурс]. Арбитражный суд Свердловской области. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/ae190ad1-f6f2-4a1d-967c-476c4fc86ef0> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>14</sup> Решение от 20 марта 2020 г. по делу № А17-7445/2019 [Электронный ресурс]. Арбитражный суд Ивановской области. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/04e58719-e21f-4993-91ea-2ec125b47c49> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>15</sup> Указанное заявление поступило после удовлетворения судом виндикационного требования на стадии исполнительного производства.

делен первой инстанцией, во-вторых, решение суда о виндикации спорного земельного участка ответчиком не исполнено, объективных и независящих от него причин, препятствующих передаче спорного имущества, не имеется, в связи с чем уклонение ответчика от исполнения судебного акта является незаконным, а законодательство о несостоятельности не освобождает должника гражданина от обязанности исполнения решения суда, которым восстановлены имущественные права истца, следовательно, взыскание с ответчика судебной неустойки в указанных обстоятельствах, в целях его побуждения к своевременному исполнению присужденного обязательства в натуре, является обоснованным<sup>16</sup>.

Подводя предварительный итог, можно отметить, что решения судов, отрицающие возможность взыскания астрента в силу его неприменимости к виндикационным искам, являются, скорее, исключением из правил. В ряде случаев, допуская возможность судебной неустойки в принципе, суды отказывают в удовлетворении требования, выводя ситуативные ограничения в зависимости от обстоятельств дела.

## Допустимость виндикации имущества, не выраженного в материальной форме

Термин «имущество» активно используется российским законодателем, но не определяется им дефинитивно, что порождает потребность толкования. Конституционный суд РФ, опираясь на практику Европейского суда по реализации международных актов по правам человека, придает понятию «имущество» довольно емкое содержание, включая, помимо собственно вещей, весь массив закрепленных прав, наличие у себя которых способен доказать заявитель: акции или денежные требования, основанные на договоре или деликте; основанные на нормах публичного права экономические требования в виде льготы, получаемые в соответствии с законодательством о социальном обеспечении; права требования, принадлежащие кредиторам; право бессрочного пользования или пожизненного наследуемого владения земельным участком и т. п.

Таким образом, Европейский суд по правам человека, исходя из того, что право беспрепятственного пользования имуществом гарантирует, в сущности, право собственности, постулирует, что в собственности лица может находиться любое имущество, как выраженное в материальной форме (вещи), так и представляющее собой права на вещи и права требования, если в достаточной мере установлено, что это право может быть юридически реализовано, что, как справедливо отмечают Л. Лапач и А. О. Рыбалов, приводит к различному пониманию объекта права собственности в конституционно-правовом смысле (объект — любое имущество исходя из вышеприведенного подхода) и отраслевом гражданско-правовом смысле (объектом традиционно признается вещь, главным признаком которой является материальность, входящая в состав собирательной категории «имущество»)<sup>17</sup>.

Негативно сказывается на правоприменительной практике и отождествление в законодательстве обобщенного термина «имущество» как объекта гражданских прав (ст. 128 ГК РФ) и как объекта виндикационного притязания (ст. 301 ГК РФ), поскольку в классическом понимании, хотя и не закрепленном законодательно, объектом виндикации является индивидуально-определенная, существующая в натуре вещь, принадлежащая конкретному лицу, что несколько не соответствует интерпретации понятия «имущество» в современной правовой доктрине.

Таким образом, законодатель допустил возможность существования вещного права в отношении специфических объектов — имущества, не являющегося собственно вещами, не предусмотрев при этом специального способа защиты, а практика, в свою очередь, посчитала допустимым вариантом защиты гражданских прав вещно-правовые иски, в частности, истребование имущества, что порождает различные формы квазивиндикационных требований.

Проблема виндикации имущества, которое не обладает отличительным признаком вещи — материальностью, обсуждается в научной литературе давно и регулярно. К примеру, в течение длительного времени велись ожесточенные дискуссии о допустимости виндикационных исков в отношении бездокументарных акций. Сходясь на том, что классическое применение «вещных» положений к не имеющим осязаемой формы бездокументарным ценным бумагам (по своей право-

<sup>16</sup> Постановление № 06АП-627/2020 от 16 марта 2020 г. по делу № А73-2848/2019 [Электронный ресурс]. Шестой арбитражный апелляционный суд (г. Хабаровск). URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/b5dbc615-a896-4f06-8f84-8ddd4317c38b> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>17</sup> Лапач Л. Понятие «имущество» в российском праве и в Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Российская юстиция. 2003. № 1. С. 19; Рыбалов А. О. Право собственности (комментарий к ст. 209 ГК РФ) [Электронный ресурс]. М. : М-Логос. 2017. С. 17–19. URL: <https://m-lawbooks.ru/wp-content/uploads/2017/06/027-kniga-Pravo-sobsvennosti.pdf> (дата обращения: 15.11.2020).

вой природе являющимся закрепленным имущественным правом) юридически неверно, одни исследователи говорили о невозможности предъявления виндикационных требований вообще и необходимости использования иных способов защиты нарушенного права; другие рассматривали возможность объявления их аналогами вещей (фактически — правовой фикцией) и, соответственно, «вещного» правового регулирования по общему правилу; третьи, исключая признание имущественных прав объектами права собственности, полагали целесообразным признать за такими особыми правами требования «подобный вещно-правовому „абсолютный эффект“ в силу прямого указания закона», т. е. распространить на них режим вещного права, не признавая вещами<sup>18</sup>.

Разрешая споры об истребовании ценных бумаг, суды исходят из того, что специальные правила виндикации в отношении ценных бумаг установлены законодательно: для документарных в ст. 147.1 ГК РФ, для бездокументарных в ст. 149.3 ГК РФ<sup>19</sup>, а также опираясь на постановление ВАС РФ от 29.08.2006 № 1877/06, в котором признается, что требование о восстановлении реестровой записи о принадлежности не существующих в виде осязаемых материальных объектов бездокументарных акций конкретному лицу носит виндикационный характер, и постановление ВАС РФ от 14.07.2009 № 5194/09, где разъяснено, что виндикационный иск является приемлемым способом защиты прав лица, утратившего бездокументарные акции помимо воли, и ряд других аналогичных решений судов высшей инстанции.

Особенности виндикационной защиты, как указал Арбитражный суд Дальневосточного округа, исходя из нормативных положений ст. 149.3 ГК РФ, заключаются в следующем: «Виндикационное требование формулируется как требование о возврате соответствующих ценных бумаг, а не об их истребовании (поскольку бездокументарная ценная бумага в бумажной форме не существует, хранится в виде учетной записи, то есть вещь не является); правообладатель вправе требовать те ценные бумаги, в которые конвертированы принадлежащие ему бездокументарные ценные бумаги»<sup>20</sup>.

Более логичной представляется позиция Арбитражного суда Челябинской области, который в деле № А76-122/2019, ссылаясь на п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21.04.1998 № 33, указал, что «в целях защиты прав акционеров, утративших принадлежащие им бездокументарные акции, возможно предъявление акционерами требований о восстановлении прав на утраченные ценные бумаги, которые по аналогии закона подлежат рассмотрению по правилам ст. 301, 302 ГК РФ»<sup>21</sup>. То есть суд четко разграничил, что бездокументарная ценная бумага вещь не является, следовательно, виндикационный иск невозможен. Однако нарушенное право подлежит защите, поэтому возможен иск о восстановлении права, к которому по аналогии с законом надлежит применить ст. 301, 302 ГК РФ. Таким образом, несмотря на то, что суды в целом положительно относятся к возможности защиты бездокументарных ценных бумаг по правилам ст. 301, 302 ГК РФ, случаи принятия решений, не допускающих подобную квазивиндикацию, не единичны, что позволяет характеризовать сложившуюся на данный момент судебную практику по спорам подобного рода как несколько неустойчивую.

Аналогичным образом обстоит дело и с истребованием доли (в праве, в уставном капитале). В постановлении ВАС РФ от 17.11.2009 № 11458/09 отмечено, что истребование долей в уставном капитале общества из незаконного владения общества, учитывая материально-правовую квалификацию, правомерно рассматривать как виндикационное требование применительно к ст. 301, 302 ГК РФ. Виндцировать долю в праве, согласно классическим положениям, невозможно, поскольку доля — явление, скорее, юридическое, а не физическое, вещь не является, однако законодатель признает такой вид имущества, значит, при нарушении права его обладателю должна быть обеспечена защита, к примеру, в виде иска о восстановлении права на долю с применением по аналогии правил ст. 301, 302 ГК РФ, на что, собственно, и указал Президиум ВАС РФ в Постановлении от 9 февраля 2010 г. № 13944/09. Аналогичная позиция обозначена и в п. 42 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах,

<sup>18</sup> См., например: Рыбалов А. О. Право собственности (комментарий к ст. 209 ГК РФ) [Электронный ресурс]. М. : М-Логос. 2017. 96 с. URL: <https://m-lawbooks.ru/wp-content/uploads/2017/06/027-kniga-Pravosobsvennosti.pdf> (дата обращения: 15.11.2020); Суханов Е. А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М. : Статут. 2017. 559 с.; Селивановский А. С. Правовое регулирование рынка ценных бумаг : учебник. М. : Изд. дом Высшей школы экономики. 2014. 580 с.

<sup>19</sup> Постановление от 20 марта 2020 г. по делу № А59-7663/2018 [Электронный ресурс]. Арбитражный суд Дальневосточного округа. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/h5vBge1Ap8m5/> (дата обращения: 15.11.2020).

<sup>20</sup> См. там же.

<sup>21</sup> Решение от 11 июня 2019 г. по делу № А76-122/2019 [Электронный ресурс]. Арбитражный суд Челябинской области. URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/udEhP7bect5o/> (дата обращения: 15.11.2020).

возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».

Некоторые изменения в вопросе защиты долей участия были внесены введенным в 2014 г. институтом восстановления корпоративного контроля. Правила требования истца о возврате доли в уставном капитале, закрепленные в п. 3 ст. 65.2 ГК РФ, неоднократно и справедливо критиковались учеными-цивилистами, начиная с того, что неясно, какой смысл вложил законодатель в понятие «доля участия» (права участника корпорации, вне зависимости от способа их закрепления — акция или доля, либо только ООО), до использования в тексте нормы громоздких, нечетких юридических конструкций, таких как: «если это приведет к несправедливому лишению» либо «крайне негативные социальные и другие публично значимые последствия».

В классической модели ограниченной виндикации, реализованной в ст. 302 ГК, индивидуально-определенное имущество, ненадлежаще и незаконно оказавшееся во владении неуполномоченного лица, подлежит возврату при соблюдении определенных правил, направленных на защиту добросовестного приобретателя. Норма о виндикации документарных ценных бумаг (ст. 147.1 ГК РФ), являясь специальной нормой, находится в дизъюнктивной связи со ст. 301-303 ГК РФ и содержит: а) указание на то, что истцом может выступать законный владелец; б) запрет на виндикацию предъявительских ценных бумаг, а также ордерных и именных, удостоверяющих денежное требование; в) положение о том, что приобретение ценной бумаги добросовестным лицом не исцеляет порок ее выбытия для недобросовестного приобретателя. В отношении бездокументарных бумаг (ст. 149.3 ГК РФ) применяется квазивиндикация: допускается «размытие» и преобразование объекта виндикации — возврат такого же количества соответствующих ценных бумаг, т. е. не тех, утраченных, а аналогичных (п. 1); истребование тех ценных бумаг, в которые были конвертированы ценные бумаги, списанные со счета (п. 2); приобретение ответчиком таких же ценных бумаг на организованных торгах либо возмещение всех необходимых для их приобретения расходов (п. 3). И наконец, восстановление корпоративного контроля (п. 3 ст. 65.2 ГК РФ) — позиционируемый как отличный от виндикации способ защиты, не ограниченный возмездностью и добросовестностью приобретения акций (долей), при условии выплаты конечному приобретателю справедливой компенсации. Однако указанная норма по своей сути представляет вариацию *Lösungsrecht* — института, применяемого в странах, цивилистическая доктрина которых строится на неограниченной виндикации и каузальности, являющегося оригинальным компромиссом между конфликтующими интересами собственника и добросовестного покупателя. *Lösungsrecht* предоставляет владельцу (собственнику) возможность неограниченно истребовать имущество у приобретателя при условии возмещения последнему уплаченной им покупной цены, в российском варианте — ограниченную условием выбытия помимо воли. Логика и мотивы законодателя, дифференцировавшего походы при истребовании долей участия, где должна выплачиваться «справедливая компенсация», и бездокументарных и документарных ценных бумаг, где указанная компенсация не предполагается, не совсем ясны. Учитывая изложенное, следует согласиться с позицией А. В. Егорова, который отметил, что по сравнению с виндикацией восстановление корпоративного контроля представляет собой менее удобный и менее справедливый для истца способ защиты, следовательно, прибегать к восстановлению корпоративного контроля станут только те истцы, которые по каким-то причинам проиграли виндикационные иски<sup>22</sup>.

Таким образом, можно констатировать, что в настоящее время гражданский закон предусматривает несколько механизмов виндикации и квазивиндикации, дифференцируемых в зависимости от истребуемого объекта гражданских прав, что на практике приводит к реализации права на восстановление имущественных интересов по виндикационной модели даже в тех случаях, когда классическая теория против этого возражает.

Дискуссия о возможностях виндикационного иска как эффективного способа защиты имущественных прав обострилась с появлением таких новых объектов экономических отношений, как «цифровые активы и ценности». Созданная чуть более десяти лет тому назад технология «блокчейн» привела к внедрению в торговый оборот криптовалюты (разновидности цифровых денег) и токенов (эквивалент акции), потребовав от государства отыскания способов их публично-правового и частноправового регулирования. Сейчас происходит процесс поиска и фиксации тех объективных характеристик и элементов, которые позволили бы заложить основу законодательной регламентации правоотношений, связанных с цифровой средой. Несомненно, есть определенная специфика, обусловленная цифровой формой, но сущность гражданские права не меняются. Поскольку

<sup>22</sup> Егоров А. В. Восстановление корпоративного контроля. Плюсы и минусы новой конструкции ГК РФ // Арбитражная практика. 2015. № 7. С. 84–91.

римскому праву ничего не было известно об указанных цифровых элементах гражданского оборота, то ни о какой системности и преемственности правового и доктринального регулирования говорить не приходится, возникает необходимость выработки правового режима, оптимального для регулирования криптовалют и иных цифровых активов в российском правовом поле, без опоры на римское наследие и оглядки на зарубежные конструкции.

В настоящее время наблюдаются попытки встроить «цифровые активы» в имеющиеся правовые механизмы, в связи с чем возникает множество вопросов: является ли криптовалюта видом имущества, учитывая, что термин «имущество» собирателен и многозначен, перечень объектов гражданских прав, закрепленный в ст. 128 ГК РФ не исчерпывающий; синонимичны ли понятия «криптовалюта» и «цифровая валюта»; каковы особенности правового режима такого имущества, факт существования которого неразрывно связан с использованием технологии «блокчейн», представляющей собой информационную систему на основе распределенного реестра; следует ли сформировать для цифровых активов новый правовой режим и в этом случае определить, какой именно, либо распространить на них режим вещного права?

Для уяснения возможности защиты криптовалют в рамках имеющегося нормативного регулирования значительный интерес представляет дело по иску товарищества с ограниченной ответственностью «КРАУДВИЗ». Суть иска: истец (ТОО «КРАУДВИЗ») инициировал ICO (Initial Coin Offering — цифровой процесс публичного привлечения финансирования в бизнес-проект в обмен на предоставление собственных токенов), осуществлялась продажа токенов на виртуальной платформе ответчика — ICO Adm.in (ООО «КРИПТОН»); ответчик в период с октября 2017 г. по февраль 2018 г. получил криптовалюту за счет токенов, выпущенных истцом, располагая ключом, позволяющим распорядиться криптовалютой, заблокировал платформу ICO ТОО «КРАУДВИЗ», неправомерно удерживая принадлежащую истцу криптовалюту. Исковые требования были сформулированы следующим образом: «Обязать обеспечить перевод ETN1922,903438 на цифровой кошелек истца для ETN...» То есть истец в качестве способа защиты выбрал фактически иск виндикационного характера, обосновывая это тем, что криптовалюта — цифровой актив, обладающий индивидуализирующими признаками, и действуя аналогично тому, как защищают свои права участники рынка ценных бумаг. Арбитражный суд г. Москвы в иске отказал, сделав следующие выводы: а) криптовалюта — иное имущество, а именно имущественные права; б) истцом не представлено доказательств того, что криптовалюта конкретных типов в определенном количестве принадлежит либо принадлежала истцу, а также того, что предмет спора перешел в распоряжение ответчиков; в) рассматриваемый иск является спором о наличии цифрового права, в связи с чем защита права путем возврата имущества в натуре не может быть осуществлена ввиду особенностей самого спорного имущества. Апелляция решение оставила без изменения, указав, что: а) операции с криптовалютой не защищены законами России; б) понятие и правовой статус криптовалюты действующим законодательством не определены, поэтому нет возможности применить к криптовалютам нормы, регулирующие сходные отношения по аналогии; в) невозможно однозначно определить, к какой категории относится криптовалюта («имущество», «актив», «суррогат», «информация»), но суд первой инстанции верно определил криптовалюту как иное имущество; г) законодательству не известен такой способ защиты права, как обязательство обеспечить возврат криптовалюты на цифровые кошельки контрибьюторов пропорционально размеру вклада каждого контрибьютора, а иск об истребовании из чужого незаконного владения флешек с доступом к криптокошельку (передать пароль) истец не завил<sup>23</sup>.

Специфика данного спора в том, что предмет иска находится внутри информационной системы и выбыл из владения первоначального обладателя пароля (собственника) без ведома или против его воли именно в виртуальной среде. Возможно ли виндигировать (прямо или по аналогии) имущество, находящееся в виртуальной форме? Проблема в том, что правовая природа предмета спора не определена законодательно, в связи с чем складывается парадоксальная ситуация — суд относит криптовалюту к иному имуществу (имущественному праву), признавая за ней материальную ценность, но отказывает в защите, поскольку не находит для этого основания в материальном праве, не видя возможности применения даже аналогии. Природа права доступа (пароля) к «имущественному праву» — криптовалюте и возможные способы его защиты также являются предметом дискуссии. Науке еще предстоит выработать решение относительно взаимосвязи и соотношения дефиниций «криптовалюта», «цифровая валюта», «цифровой актив», «цифровые права», поскольку понятием «криптовалюта» законодатель не оперирует вообще. Под циф-

<sup>23</sup> См. документы по судебному делу № А40-164942/2019 [Электронный ресурс]. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/db741b81-cf91-4880-99b3-140e4b4e15c1> (дата обращения: 15.11.2020).

ровыми финансовыми активами законом о Цифровых финансовых активах (ЦФА), вступающим в силу с 1 января 2021 г., предлагается понимать несколько разновидностей цифровых прав: а) денежные требования; б) права по эмиссионным ценным бумагам; в) права участия в капитале непубличного АО; г) право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг, при этом цифровая валюта к числу цифровых финансовых активов, цифровому праву либо имуществу законом в принятой редакции прямо не отнесена (хотя в первоначальном варианте предлагался термин «криптовалюта», которая классифицировалась как вид имущества в электронной форме) и рассматривается как «совокупность электронных данных, содержащихся в информационной системе». Цифровые же права, как верно отметила М. А. Рожкова, «по сути превратились в обозначение зафиксированных в электронной (цифровой) форме имущественных прав, которые отвечают двум признакам: во-первых, они должны быть прямо названы в качестве цифровых в законе; во-вторых, они должны приобретаться, осуществляться и отчуждаться на информационной платформе, отвечающей установленным законом признакам»<sup>24</sup>.

Итак, в завершение исследования вопроса полагаем возможным сделать следующие выводы.

Во-первых, следует признать устоявшейся практику применения астрента к виндикационным требованиям, хотя в доктринальном плане вопрос о правомерности присуждения астрента решением об удовлетворении виндикационного притязания не однозначен.

Во-вторых, введение в гражданский оборот новых форм нематериального имущества происходит постоянно, и этот процесс вряд ли когда-нибудь будет завершен. Активное развитие наряду с реальным цифрового (виртуального) сектора экономики приводит к тому, что классическое понимание виндикации как вещно-правового способа защиты существующей в натуре индивидуально-определенной вещи не в полной мере удовлетворяет потребности хозяйствующих субъектов, приводит к противоречиям между потребностями экономики и консервативной законодательной системой. Сейчас в российской науке ведутся активные попытки определения места цифровых объектов в поле правового регулирования. Применение вещно-правовых способов защиты по отношению к имущественным правам по общему правилу не допускается, однако гражданско-правовое регулирование призвано обеспечивать стабильность отношений в статике и предсказуемость в динамике, поэтому, заполняя правовые лакуны, правоприменители обоснованно и успешно применяли положения об истребовании имущества из чужого незаконного владения в отношении бездокументарных ценных бумаг, долей в праве по аналогии, ввиду отсутствия иного более эффективного способа защиты права. В связи с этим не видим принципиальных препятствий в экстраполяции сложившейся практики аналогии виндикации и на сферу оборота цифровых активов и ценностей.

Специфичная правовая природа объектов гражданских прав (не-вещей), таких как ценные бумаги (документарные и бездокументарные, являющиеся, по сути, зафиксированным имущественным правом требования), доли в праве, «цифровые активы и ценности», обуславливает необходимость выработки определенных правил и рекомендаций с целью адаптации виндикационных механизмов к случаям их истребования у незаконных обладателей либо создания принципиально новых юридических конструкций, что потребует углубленных гражданско-правовых разработок.

## Литература

1. *Егоров А. В.* Восстановление корпоративного контроля. Плюсы и минусы новой конструкции ГК РФ // Арбитражная практика. 2015. № 7. С. 84–91.
2. *Лапач Л.* Понятие «имущество» в российском праве и в Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Российская юстиция. 2003. № 1. С. 18–20.
3. *Рожкова М. А.* К вопросу об обязательствах и основаниях их возникновения // Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. М. : ЮРИТ-Вестник, 2001. № 6. С. 69–85.
4. *Рожкова М. А.* Цифровые права: публично-правовая концепция и понятие в российском гражданском праве // Хозяйство и право. 2020. № 10. С. 3–12 .
5. *Рыбалов А. О.* Право собственности (комментарий к ст. 209 ГК РФ) [Электронный ресурс]. М. : М-Логос. 2017. 96 с. URL: <https://m-lawbooks.ru/wp-content/uploads/2017/06/027-kniga-Pravo-sobsvennosti.pdf> (дата обращения: 15.11.2020).
6. *Селивановский А. С.* Правовое регулирование рынка ценных бумаг : учебник. М. : Изд. дом Высшей школы экономики. 2014. 580 с.
7. *Суханов Е. А.* Вещное право: научно-познавательный очерк. М. : Статут. 2017. 559 с.

<sup>24</sup> *Рожкова М. А.* Цифровые права: публично-правовая концепция и понятие в российском гражданском праве // Хозяйство и право. 2020. № 10. С. 6.

## References

1. Egorov, A. V. Restoring Corporate Control. Pros and Cons of the New Design of the Civil Code of the Russian Federation [Vosstanovlenie korporativnogo kontrolya. Plyusy i minusy novoi konstruktsii GK RF] // Arbitration practice [Arbitrazhnaya praktika]. 2015. No. 7. Pp. 84–91.
2. Lapach, L. The Concept of “Property” in Russian Law and in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [Ponyatie «imushchestvo» v rossiiskom prave i v Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod] // Russian Justice [Rossiiskaya yustitsiya]. 2003. No. 1. Pp. 18–20.
3. Rozhkova, M. A. On the Issue of Obligations and the Grounds for Their Occurrence [K voprosu ob obyazatel'stvakh i osnovaniyakh ikh vzniknoveniya] // Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation [Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii]. M. : YURIT-Bulletin [YURIT-Vestnik], 2001. No. 6. Pp. 69–85.
4. Rozhkova, M. A. Digital Rights: Public Law Concept and Concept in Russian Civil Law [Tsifrovyye prava: publichno-pravovaya kontseptsiya i ponyatie v rossiiskom grazhdanskom prave] // Economy and Law [Khozyaistvo i pravo]. 2020. No. 10. Pp. 3–12.
5. Rybalov, A. O. Ownership (Commentary to Art. 209 of the Civil Code of the Russian Federation) [Pravo sobstvennosti (kommentarii k st. 209 GK RF)] [Electronic edition]. M. : M-Logos. 2017. 96 p. URL: <https://m-lawbooks.ru/wp-content/uploads/2017/06/027-kniga-Pravo-sobstvennosti.pdf> (дата обращения: 15.11.2020).
6. Selivanovsky, A. S. Legal Regulation of the Securities Market: Textbook [Pravovoe regulirovanie rynka tsennykh bumag: uchebnyk]. Moscow : Ed. House of the Higher School of Economics. 2014. 580 p.
7. Sukhanov, E. A. Property Law: a Scientific and Educational Essay [Veshchnoe pravo: nauchno-poznavatel'nyi ocherk]. M. : Statute [Statut]. 2017. 559 p.

# К вопросу о квалификации преддоговорной ответственности

**Шварц Лариса Владимировна**

кандидат юридических наук, доцент кафедры правоведения Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Северо-Западный институт управления РАНХиГС), Санкт-Петербург, Российская Федерация; shvarz7@yandex.ru

## АННОТАЦИЯ

Статья посвящена исследованию сложившихся в российской доктрине позиций в отношении института преддоговорной ответственности. Неоднозначная позиция законодателя, спорные разъяснения судей Верховного Суда РФ и сегодня не снижают актуальности проблемы о единой природе преддоговорной ответственности. В рамках данной статьи автором указывается на недостатки правового регулирования вопросов определения момента и оснований для применения мер преддоговорной ответственности, а также вопросов определения конкретного механизма защиты добросовестных участников переговоров, в частности, в сфере выявления правил исчисления понесенных потерь.

*Ключевые слова:* преддоговорная ответственность, договорная ответственность, деликтная ответственность, юридическая природа, заключение договора, преддоговорные контакты (переговоры), заверения

## On the Issue of Pre-Contractual Liability Qualification

**Larisa V. Shvarts**

PhD in Jurisprudence, Associate Professor of Department of Law of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (North-West Institute of Management of RANEP), Saint Petersburg, Russian Federation; shvarz7@yandex.ru

## ABSTRACT

The article is devoted to the study of the existing positions in the Russian doctrine regarding the institution of pre-contractual liability. The ambiguous position of the legislator, the controversial explanations of the judges of the Supreme Court of the Russian Federation do not reduce the relevance of the problem of the unified nature of pre-contractual liability. In this article, the author points out the shortcomings of the legal regulation of determining the time and grounds for applying pre-contractual liability measures, as well as issues of determining a specific mechanism for protecting bona fide negotiators, in particular in the field of identifying the rules for calculating losses incurred.

*Keywords:* pre-contractual liability, contractual liability, tort liability, legal nature, conclusion of a contract, pre-contractual contacts (negotiations), assurances

Включение правил о преддоговорной ответственности в отечественный правопорядок вполне оправданно и своевременно. Обеспечение восстановления нарушенных прав, а также их судебная защита провозглашаются Гражданским кодексом Российской Федерации как одно из основных начал отечественного гражданского законодательства. При этом нарушение прав не связывается с обязательным наличием между субъектами права договорных отношений.

Данное изменение вводит общий принцип наложения ответственности, элементы которого ранее в российском правовом массиве содержались в виде положений относительно отдельных видов договоров и выводились из общего принципа добросовестности и из состава генерального деликта. С усложнением гражданского оборота, увеличением потребностей бизнеса, в том числе развитием трансграничных отношений, такая фрагментарная регламентация преддоговорных отношений стала недостаточной, что обусловило принятие Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации», который фактически перенял подход к преддоговорной ответственности, распространенный в развитых правопорядках.

Преддоговорная ответственность закрепляется на такие составы недобросовестного поведения, как вступление в переговоры при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной; предоставление стороне неполной или недостоверной информации; внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора (ст. 434.1 ГК РФ). Ложные заверения об обстоятельствах могут быть увязаны с преддоговорной ответственностью в случае вероятности возникновения в условиях, когда еще нет договорных обязательств (ст. 431.2 ГК РФ).

Однако, как видим, перечень оснований для применения мер преддоговорной ответственности обозначен весьма широко и неопределенно, в связи с чем вопрос об определении юридической сущности преддоговорной ответственности звучал еще острее.

Так, определяя место преддоговорной ответственности, следует отметить ее особенный характер, заключающийся в невозможности отнесения ее ни к деликтной, ни к договорной ответ-

ственности. Как утверждает В. С. Комарицкий, «главное отличие преддоговорной ответственности от договорной связано с отсутствием заключенного между субъектами договора. В свою очередь, от деликтной ответственности преддоговорная отличается субъектным составом, поскольку всегда возникает лишь между лицами, уже состоящими в преддоговорных отношениях»<sup>1</sup>.

Вместе с тем стоит отметить тот факт, что нельзя отрицать, что ответственность по соглашениям (например, соглашение о переговорах) является одновременно и договорной, и преддоговорной, поскольку, с одной стороны, к ним применимы положения законодательства о договорной ответственности в силу их полного соответствия признакам гражданско-правового договора, но, с другой стороны, они не касаются основных прав и обязанностей, которые будут установлены будущим договором, а следовательно, являются преддоговорными<sup>2</sup>.

Однако высказываются более радикальные мнения о том, что преддоговорная ответственность — это особый вид гражданско-правовой ответственности, который непозволительно определять через природу договорной или внедоговорной ответственности<sup>3</sup>.

Как уже было отмечено ранее, анализ действующего законодательства также не вносит ясности в вопрос квалификации данных отношений. Нормы о преддоговорной ответственности расположены в подразделе 2 «Общие положения о договоре» раздела 3 ГК РФ, но при этом сами устанавливают возможность применения правил об обязательствах вследствие причинения вреда. Представляется, что само по себе размещение ст. 434.1 среди норм договорного права не означает ее автоматического отнесения к договорной ответственности в целом, а, соответственно, использование норм гл. 59 ГК РФ явно не свидетельствует о ее внедоговорном характере. В целом это правильно, тем более что договорная ответственность вовсе не обязательно должна быть ответственностью за нарушение обязательств<sup>4</sup>.

Таким образом, занимая промежуточное место между договорной и деликтной ответственностью<sup>5</sup>, следует отметить, что преддоговорную ответственность в общем смысле можно рассматривать и как способ защиты, и как меру ответственности. Мерами ответственности являются возмещение убытков, неустойки и морального вреда, а к способам защиты можно отнести все иные меры принуждения (например, понуждение к заключению договора). В аспекте данного исследования такое мнение является оправданным, т. к. «основанием применения такой ответственности является совершение лицом действий, трактуемых в качестве преддоговорных нарушений. Таким образом, в контексте ст. 8 ГК РФ основаниями ответственности являются действия, влекущие причинение вреда другому лицу»<sup>6</sup>.

Вместе с тем необходимо четко определить момент возникновения преддоговорной ответственности, чтобы вычислить потенциальные преддоговорные нарушения, так как начало преддоговорных отношений еще не свидетельствует о возможности возникновения преддоговорной ответственности. О. В. Муратова, рассматривая порядок согласования условий международного коммерческого контракта, высказывается о том, что в современных условиях преддоговорные отношения возникают чаще всего не в результате предложения заключить договор на определенных условиях, а с момента проявления намерения заключить договор, с предложения вступить в переговоры<sup>7</sup>.

По мнению И. З. Аюшевой, в классическом смысле о преддоговорной ответственности можно говорить только в тех случаях, когда четко прослеживается намерение субъектов заключить договор, но никаких конкретных действий за этим не последовало<sup>8</sup>.

В. В. Богданов также признает за намерением одной стороны заключить соглашение начала преддоговорных отношений (допустим, намерение может выражаться в обсуждении условий предстоящей сделки), а основанием для возникновения преддоговорной ответственности будет служить

<sup>1</sup> Комарицкий В. С. Правовое регулирование преддоговорной ответственности по законодательству Российской Федерации : дисс. канд. юрид. наук. М., 2016. С. 8.

<sup>2</sup> См.: Комарицкий В. С. Указ. соч. С. 9, 24.

<sup>3</sup> См.: Идрисов Х. В. Проблемные вопросы преддоговорной ответственности: доктринальные подходы и позиции судебной практики // Lex russica. 2018. № 10. С. 98–99.

<sup>4</sup> См.: Хохлов В. А. Общие положения об обязательствах : учебное пособие. М.: Статут, 2015. С. 235–238.

<sup>5</sup> Богданов Д. Е. Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиции справедливости: сравнительно-правовой аспект : монография. М. : Проспект, 2016. С. 209.

<sup>6</sup> Комарицкий В. С. Указ. соч. С. 56–57.

<sup>7</sup> См.: Муратова О. В. К вопросу о квалификации преддоговорных отношений в международном коммерческом обороте // Журнал российского права. 2018. № 6. С. 117.

<sup>8</sup> См.: Аюшева И. З. Преддоговорная ответственность: новеллы гражданского законодательства и судебной практики // Lex russica. 2017. № 5. С. 138.

неправомерный отказ другой стороны от заключения договора<sup>9</sup>. Представленное мнение логично, потому как главное предписание ответственности на преддоговорной стадии — защитить заинтересованную в заключении договора сторону от недобросовестного поведения другой стороны.

Для расширения представлений о юридической природе преддоговорной ответственности следует уделить особое внимание традиционной схеме заключения договора «оферта — акцепт». Оферта, под которой понимается предложение заключить договор на определенных условиях, должна отражать явное намерение оферента в будущем подписать контракт. В свою очередь, акцепт должен содержать явное заверение акцептанта заключить договор на предложенных условиях.

Однако некоторые ученые полагают, что оферта и следующий за ней акцепт — это односторонние сделки, критикуя требование указания на существенные условия в тексте оферты и подерживая предложение уполномочить суд самостоятельно определять существенные условия договора при разрешении спора о признании его незаключенным<sup>10</sup>.

Такая точка зрения основана на неверной интерпретации действующих норм, так как ст. 443 ГК РФ гласит, что «ответ о согласии заключить договор на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом»; «такой ответ признается отказом от акцепта и в то же время новой офертой».

Поэтому целостное прочтение ст. 435 и 443 ГК РФ делает очевидным то, что предложение будет считаться офертой при условии одновременного соответствия следующим критериям: быть обращенным к одному или нескольким конкретным лицам (за исключением публичных оферт); быть определенным и выражать намерение оферента заключить договор. Два последних признака оферты являются ключевыми во всех правовых системах. Акцепт «оферты», не содержащей конкретных условий договора, приводит к тому, что стороны договариваются об установлении отношений, не оговаривая их конкретного предмета.

При этом после введения в отечественный правовой порядок института заверений и правовой конструкции преддоговорной ответственности некоторые ученые стали выделять в качестве самостоятельной стадии заключения договора преддоговорные контакты сторон (переговоры). Так, С. Ю. Казаченок, рассуждая о заложенной законодателем правовой природе заверений, приходит к выводу о том, что «когда предоставление информации не становится частью договора и другая сторона несет определенные убытки, исходя из того, что она полагалась на нее и она явилась недостоверной, то, по сути, речь идет о деликтной ответственности. И только в случае, если заверения (гарантии) явились частью договора, можно говорить о договорной ответственности»<sup>11</sup>. Из приведенного высказывания можно резюмировать, что авторская позиция в вопросе формулировки преддоговорной ответственности тяготеет к лагерю последователей двойственной природы исследуемой ответственности.

Следует отметить, что в науке обоснованно высказывается и прямо противоположная точка зрения, подвергающая критике подход, согласно которому преддоговорные контакты сторон относятся к одной из стадий заключения договора. О. В. Муратовой сформулирован вывод, что преддоговорные отношения следует рассматривать не как стадию заключения договора, а как самостоятельное правоотношение в системе гражданского права, которое возникает между потенциальными участниками сделок<sup>12</sup>.

Еще одним важным моментом, который необходимо рассмотреть в данном контексте, являются основополагающие принципы гражданского права России и их соотношение с преддоговорной ответственностью.

Согласно ст. 1 ГК РФ таковыми являются принцип свободы договора и принцип добросовестности участников гражданских правоотношений. При этом норма о переговорах при заключении договора основана как на одном, так и на другом принципах. Как нам видится, преддоговорная ответственность является необходимым ограничением действия принципа свободы договора в контексте запрета на вступление в переговоры недобросовестных предпринимателей, изначально не планирующих заключение договора, а преследующих иные цели (например, причинение вреда потенциальному контрагенту). Одновременно с этим законодатель устанавливает требование о

<sup>9</sup> Богданов В. В. Преддоговорные отношения в российском гражданском праве : дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2011. С. 135.

<sup>10</sup> См.: Александров Н. Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. М. : Госюриздат, 1961. С. 157–158; Гражданское право : учебник / под ред. Е. А. Суханова. Т. 1. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 448.

<sup>11</sup> Казаченок С. Ю. Процедура преддоговорных взаимоотношений между сторонами предпринимательского договора как стадия заключения договора // Предпринимательское право. 2019. № 1. С. 40–41.

<sup>12</sup> См.: Муратова О. В. Указ. соч. С. 115–123.

добросовестном поведении субъектов права в целом, соответственно, добросовестность является неотъемлемым условием и в переговорном процессе.

Нельзя также обойти вниманием такую проблему, как отсутствие конкретного механизма применения преддоговорной ответственности. Законодатель, по сути, закрепил в общих положениях (речь идет о ст. 431.2 и 434.1 ГК РФ) некую возможность защиты добросовестных участников переговоров, однако не обозначил конструкцию осуществления этой защиты, в частности, в сфере выявления правил определения и исчисления потерь, понесенных добросовестным участником переговоров.

Очевидно, что на практике возникают неизбежные сложности с механизмом применения новых охранительных норм ГК РФ, поэтому у Пленума Верховного Суда РФ обозначилась задача установить некие ориентиры для судебной практики, касающиеся преддоговорной ответственности.

Так, в этом смысле значимым событием стало принятие Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского Кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств». Во-первых, в абзаце 1 п. 19 Пленум Верховного Суда РФ разрешил вопрос о применении гл. 59 ГК РФ, указав, что нормы этой главы должны применяться к отношениям по возмещению убытков, причиненных недобросовестным ведением переговоров во всем, что прямо не урегулировано ст. 434.1 ГК РФ.

Во-вторых, в п. 20 четко прослеживается позиция Верховного Суда РФ по вопросам добросовестности при ведении переговоров: «...сторона, которая ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, обязана возместить другой стороне причиненные этим убытки; ...потерпевший должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным контрагентом».

Важно заметить, что в настоящее время указанные положения действуют и в отношении реальных договоров. Противоречивые оценки вызвало Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2018 г. № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора», которое содержит разъяснения по поводу случаев, когда договор считается заключенным и как влияет несоблюдение формы на действительность такой сделки. Согласно п. 4, «в случае, когда в соответствии с пунктом 2 статьи 433 ГК РФ договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества (реальный договор), следует учитывать, что это обстоятельство не освобождает стороны от обязанности действовать добросовестно при ведении переговоров о заключении такого договора. К переговорам о заключении реального договора в том числе подлежат применению правила статьи 434.1 ГК РФ. В частности, если в результате переговоров реальный договор не был заключен, сторона, которая недобросовестно вела или прервала их, обязана возместить другой стороне причиненные этим убытки (пункт 3 статьи 434.1 ГК РФ)».

В-третьих, Пленум Верховного Суда РФ внес важное замечание: работодатель возмещает вред, причиненный недобросовестным поведением его работника на преддоговорной стадии, по правилам ст. 1068 ГК РФ.

Тем не менее остается еще масса неразрешенных вопросов. Например, не совсем ясно, что же будет возмещаться стороне переговоров при недобросовестности другой стороны. Например, сможет ли она рассчитывать на компенсацию доходов от несостоявшейся продажи товара или возмещение иной упущенной выгоды?

Непонятно, что следует понимать под расходами в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом: входят ли сюда потери, возникшие у лица от незаключения договора с другим лицом (например, потеря дохода от несостоявшейся продажи товара); подлежит ли компенсации некая абстрактная возможность заключить договор вообще с любым третьим лицом, или все же необходимо будет доказать существование реальной возможности заключения договора с конкретным субъектом гражданского оборота? Притом еще более сложным кажется определение размера подобных расходов.

Также требует разъяснения предусмотренное законом возмещение убытков за раскрытие конфиденциальной информации, полученной при переговорах, или использование ее в своих целях.

## Литература

1. Александров Н. Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. М. : Госюриздат. 1961. 271 с.
2. Аюшеева И. З. Преддоговорная ответственность: новеллы гражданского законодательства и судебной практики // Lex russica. 2017. № 5. С. 136–147.

3. *Богданов В. В.* Преддоговорные отношения в российском гражданском праве : дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2011. 155 с.
4. *Богданов Д. Е.* Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиции справедливости: сравнительно-правовой аспект : монография. М. : Проспект. 2016. 304 с.
5. Гражданское право : учебник / под ред. Е. А. Суханова. Т. 1 М. : Волтерс Клувер. 2008. 720 с.
6. *Идрисов Х. В.* Проблемные вопросы преддоговорной ответственности: доктринальные подходы и позиции судебной практики // *Lex russica*. 2018. № 10. С. 98–105.
7. *Казаченок С. Ю.* Процедура преддоговорных взаимоотношений между сторонами предпринимательского договора как стадия заключения договора // *Предпринимательское право*. 2019. № 1. С. 39–45.
8. *Комарицкий В. С.* Правовое регулирование преддоговорной ответственности по законодательству Российской Федерации : дисс. канд. юрид. наук. М., 2016. 205 с.
9. *Муратова О. В.* К вопросу о квалификации преддоговорных отношений в международном коммерческом обороте // *Журнал российского права*. 2018. № 6. С. 115–123.
10. *Хохлов В. А.* Общие положения об обязательствах : учебное пособие. М.: Статут. 2015. 286 с.

## References

1. Aleksandrov, N. G. Law and Legality in the Period of Developed Construction of Communism [Pravo i zakonnost' v period razvitogo stroitel'stva kommunizma]. M. : Gosyurizdat. 1961. 271 p. (In rus)
2. Ayusheeva, I. Z. Pre-Contractual Liability: Novelties of Civil Legislation and Judicial Practice [Preddogovornaya otvetstvennost': novelly grazhdanskogo zakonodatel'stva i sudebnoi praktiki] // *Lex russica*. 2017. No. 5. Pp. 136–147. (In rus)
3. Bogdanov, V. V. Pre-Contractual Relations in Russian Civil Law: Diss. ...Cand. of Law Sciences [Preddogovornye otnosheniya v rossiiskom grazhdanskom prave: diss. ...kand. jurid. nauk]. M., 2011. 155 p. (In rus)
4. Bogdanov, D. E. Evolution of Civil Liability from the Position of Justice: Comparative Legal Aspect : monograph [Ehvoluyutsiya grazhdansko-pravovoi otvetstvennosti s pozitsii spravedlivosti: sravnitel'no-pravovoi aspect : monografiya]. M. : Prospect. 2016. 304 p. (In rus)
5. Civil Law : Tutorial. T. 1 [Grazhdanskoe pravo : Uchebnik. T. 1] / Under the editorship of E. A. Sukhanov. M. : Volters Kluver. 2008. 720 p. (In rus)
6. Idrisov, Kh. V. Problematic Issues of Pre-Contractual Liability: Doctrinal Approaches and Positions of Judicial Practice [Problemnye voprosy preddogovornoj otvetstvennosti: doktrinal'nye podkhody i pozitsii sudebnoi praktiki] // *Lex russica*. 2018. No. 10. Pp. 98–105. (In rus)
7. Kazachenok, S. Yu. Procedure of Pre-Contractual Relations between the Parties to an Entrepreneurial Agreement as a Stage of Concluding a Contract [Protседura preddogovornykh vzaimootnoshenii mezhdru storonami predprinimatel'skogo dogovora kak stadiya zaklyucheniya dogovora] // *Entrepreneurial Law*. 2019. No. 1. Pp. 39–45. (In rus)
8. Komaritsky, V. S. Legal Regulation of Pre-Contractual Liability under the Legislation of the Russian Federation : Diss. ...Cand. of Law Sciences [Pravovoe regulirovanie preddogovornoj otvetstvennosti po zakonodatel'stvu Rossiiskoi Federatsii : diss. ...kand. jurid. nauk]. M., 2016. 205 p. (In rus)
9. Muratova, O. V. On the Issue of Qualification of Pre-Contractual Relations in International Commercial Turnover [K voprosu o kvalifikatsii preddogovornykh otnoshenii v mezhdunarodnom kommercheskom oborote] // *Journal of Russian law*. 2018. No. 6. Pp. 115–123. (In rus)
10. Khokhlov, V. A. General Provisions on Obligations : Textbook [Obshchie polozheniya ob obyazatel'stvakh : uchebnoe posobie.]. M. : Statute. 2015. 286 p. (In rus)

# Градостроительное регулирование развития федеральной территории

**Майборода Виктор Александрович**

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

## АННОТАЦИЯ

В статье сформулировано представление о возможностях градостроительного регулирования в целях развития нового территориально-правового образования в Российской Федерации — федеральной территории. Концентрация всех публичных полномочий на уровне федеральной власти предполагает необходимость обретения иного баланса регулирования в реализации полномочий местного самоуправления в части, относящейся к регулированию градостроительной деятельности.

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

## Urban Regulation of the Development of the Federal Territory

**Victor A. Mayboroda**

Associate Professor of civil and labour law the North West Management Institute of the Russian Academy of national economy and legal education under the President of the Russian Federation, Sankt Petersburg, Russian Federation, Tula judge the regional court in resignation, PhD in Jurisprudence; mayboroda-va@ranepa.ru

## ABSTRACT

The article formulated an idea of the possibilities of urban planning regulation in order to develop a new territorial and legal education in the Russian Federation — the federal territory. The concentration of all public powers at the federal level implies the need to strike a different balance of regulation in the exercise of local government powers in relation to urban planning regulation.

*Keywords:* federal territory, powers of public administration, urban planning

Гл. 3 Конституции Российской Федерации дополнена в ч. 1 ст. 67 положениями о возможности создания в соответствии с федеральным законом на территории Российской Федерации федеральных территорий и установления федеральным законом организации публичной власти на таких территориях. Конституционным Судом Российской Федерации в п. 3.1. Заключения от 16.03.2020 № 1-3 высказано мнение о данной норме в части, что положение о возможности создания федеральных территорий по своему буквальному смыслу не предполагает возможности образования федеральных территорий с приданием им статуса, равного статусу субъектов Российской Федерации<sup>1</sup>. Очевидно, что публично-правовая неопределенность статуса федеральной территории будет сохраняться до принятия федерального закона о соответствующей федеральной территории. Представляется, что статус каждой федеральной территории по мере создания будет определяться самостоятельным федеральным законом о ней, ввиду отсутствия устойчивой дефиниции понятию «территория» в публичном праве России. Данное понятие используется в качестве характеристики объекта регулирования в экологических правоотношениях (Федеральный закон от 14 марта 1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях»), в качестве имманентного свойства одного из специальных правовых режимов при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (например: Федеральный закон от 03.12.2011 № 392-ФЗ «О зонах территориального развития в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», Федеральный закон от 29.12.2014 № 473-ФЗ «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации», Федеральный закон от 28.09.2010 № 244-ФЗ «Об инновационном центре „Сколково“», Федеральный закон от 13.07.2020 № 193-ФЗ «О государственной поддержке предпринимательской деятель-

<sup>1</sup> Заключение Конституционного Суда РФ от 16.03.2020 № 1-3 «О соответствии положениям глав 1, 2 и 9 Конституции Российской Федерации не вступивших в силу положений Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти», а также о соответствии Конституции Российской Федерации порядка вступления в силу статьи 1 данного Закона в связи с запросом Президента Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2020. № 2.

ности в Арктической зоне Российской Федерации» и т. д.), в качестве элемента правового режима в земельных отношениях (ст. 3 ЗК Российской Федерации) и в правоотношениях градостроительной деятельности. Единого нормативного значения термин не имеет и применительно к публично-правовой организации управления его понимание в законодательстве чрезвычайно разнообразно: федеральные округа, военные округа, судебные округа, избирательные округа (округа референдума), приграничные территории и т. д.<sup>2</sup> Нельзя не согласиться с мнением Н. Н. Поповой о том, что, будучи многогранным понятием, территория дифференцируется по существующему на ней правовому режиму<sup>3</sup>.

То есть ожидается, что правовая категория «федеральная территория» станет еще одной возможностью создания особого, отличного от ординарного, правового режима, чье действие будет распространяться не только на специальные субъекты (например, зачастую именуемые «резиденты»), но и на всех жителей данной территории.

В приведенной связи заслуживающим внимания является доктринальное осмысление реализации населением прав на местное самоуправление на федеральной территории, в рамках данной статьи — в части, касающейся регулирования градостроительной деятельности.

В целом достаточно понятным, вытекающим из смысла приведенной конституционной нормы является утверждение о том, что федеральная территория — это часть территории субъекта Российской Федерации, на которой исключены либо столь существенно ограничены, что являются незначительными, полномочия субъекта Российской Федерации и муниципального образования в силу того положения Конституции России, что ее территория состоит из территорий ее субъектов. То есть вся совокупность государственного и муниципального управления должна принадлежать федеральному органу власти, который согласно этому совмещению должен именоваться не органом государственного или муниципального управления, а органом публичной власти. По существу, федеральными территориями сегодняшнего дня, хотя и без прямого поименования в таком качестве, являются территории внутренних вод, территориальное море России<sup>4</sup>. На этих территориях отсутствует юрисдикция субъектов России и муниципальных образований, и принятие управленческих решений применительно к названным территориям осуществляется исключительно органами федеральной власти. Но данные территории лишены свойства устойчивого развития, поскольку их участие в политическом, хозяйственном и экономическом обороте ограничено по очевидной причине — отсутствие населения.

Градостроительными документами, обеспечивающими устойчивое развитие территории, являются документы территориального планирования, дифференцированные в ст. 9 Градостроительного кодекса России на документы территориального планирования Российской Федерации; документы территориального планирования субъектов и документы территориального планирования муниципальных образований. Последними являются генеральный план, детерминирующий в части функционального зонирования и планирования размещения объектов федерального, регионального и местного значения, закрепление в градостроительных регламентах территориальных зон с видами использования (основными, вспомогательными и условно разрешенными) в правилах землепользования и застройки. Таким образом, исключение уровня документов территориального планирования из функций органа по управлению федеральной территорией фактически означает невозможность ее развития и дальнейшей застройки, поскольку полномочия по утверждению данной документации — полномочия органов местного самоуправления.

Компаративистский анализ позволяет заключить, что зарубежный опыт создания федеральных территорий если и возможен к заимствованию, то только лишь в части общего представления, могущего рассматриваться как некая аллегория. В современных правовых порядках федеральные территории существуют в ряде государств с федеративным устройством (США, Бразилия, Венесуэла, Австралия, Канада и др.) как особая административно-территориальная единица, входящая в состав федерации без права (законодательной) автономии и, как правило, без права представительства в федеральных органах. В настоящее время в Австралии существует девять федеральных территорий, в Индии — шесть, в Бразилии — три, Венесуэле — две<sup>5</sup>. В последнем случае

<sup>2</sup> Территория в публичном праве / И. А. Алебастрова, И. А. Исаев, С. В. Нарутто и др. М. : Норма, Инфра-М, 2013. С. 158–160.

<sup>3</sup> Попова Н. Н. Территория как объект административно-правового регулирования // Административное право и процесс. 2014. № 1. С. 9.

<sup>4</sup> Майборода В. А. Формирование объектов правового регулирования в сфере акваториального планирования // Юрист. 2016. № 8. С. 39.

<sup>5</sup> Кураков Л. П., Кураков В. Л., Кураков А. Л. Экономика и право: словарь-справочник. М. : Вуз и школа. 2004. С. 348.

федеральные территории включают острова, образовавшиеся или возникшие в территориальном море или в море над континентальным шельфом<sup>6</sup>.

Однако приведенные примеры не имеют европейской традиции местного самоуправления, квинтэссенцией нормативного закрепления которой выступает Европейская хартия местного самоуправления (Страсбург, 15.10.1985), ратифицированная Россией Федеральным законом от 11.04.1998 № 55-ФЗ.

Гарантии реализации населением прав на местное самоуправление закреплены в гл. 8 Конституции Российской Федерации, находящейся в смысловом единстве с положениями приведенной хартии. Согласно одной из норм данного регулирования является возможность изменения границ территорий, в пределах которых осуществляется местное самоуправление. В случае такого изменения, допускаемого с учетом мнения населения соответствующих территорий, возможна утрата необходимости реализации документов территориального планирования на уровне органом местного самоуправления, а определение стратегии развития федеральной территории будет осуществляться непосредственно одним из документов территориального планирования уровня Российской Федерации. На сегодняшний день такими документами являются схемы территориального планирования Российской Федерации в областях федерального транспорта, обороны страны и безопасности государства, энергетики, высшего образования и здравоохранения. Схемы территориального планирования Российской Федерации содержат положения о территориальном планировании, карты планируемого размещения объектов федерального значения.

Не усматривается юридически значимых препятствий для интеграции в градостроительное регулирование еще одной схемы территориального планирования Российской Федерации — схемы развития федеральной территории, которая аналогично действующим будет содержать положения о территориальном планировании и карты планируемого размещения объектов федерального значения. При этом непосредственно в положении о территориальном планировании необходимо будет указывать сведения о видах, назначении и наименованиях планируемых для размещения объектов федерального значения, их основные характеристики, их местоположение, а также характеристики зон с особыми условиями использования территорий в порядке, регулируемом гл. XIX Земельного кодекса Российской Федерации.

Подчеркнем, что возможность изменения границ территорий, в которых осуществляется местное самоуправление, допускается ст. 5 Европейской хартии местного самоуправления и ч. 2 ст. 131 Конституции Российской Федерации, и в этом смысле установление границ федеральной территории, в контуре которых не осуществляется местное самоуправление, является легитимным.

Такое представление о концепции управления федеральной территорией означает, что всю полноту полномочий необходимо возложить на соответствующий орган (органы) публичной власти федерального уровня, консолидировав в нем реализацию полномочий субъекта РФ и муниципального образования на данной территории. Тем самым будет консолидирована функция обеспечения устойчивого развития территории, и баланс обеспечиваемых ею интересов будет утрачен, смещен в сферу исключительно публичного регулирования. Между тем по смыслу определения, данного в п. 3 ст. 1 Градостроительного кодекса РФ, устойчивое развитие территорий — это обеспечение такого развития при осуществлении градостроительной деятельности, в результате которого обеспечиваются безопасность и благоприятные условия жизнедеятельности человека в интересах настоящего и будущего поколений.

На наш взгляд, необходимо на стадии представления о формировании регулирования создания и развития федеральной территории выделить принципы, на которых должно базироваться нормативное регулирование совокупности устойчивого развития федеральной территории (далее — документация).

Во-первых, реализация совокупности документации должна исходить из объединения полномочий Российской Федерации, субъекта России и муниципального образования в органе публичной власти, наделенного компетенцией по управлению федеральной территорией.

Во-вторых, реализация совокупности документации должна принимать во внимание отсутствие дифференциации отраслевого управления (то есть деления на ведомственные вопросы) управленческих компетенций. Единство задач федеральной территории обуславливает консолидацию компетенций в территориальный орган управления.

В-третьих, применительно к специфике градостроительства и задач непосредственно федеральной территории совокупность документации должна иметь сквозное проникновение

<sup>6</sup> Авакьян С. А. Конституционное право. Энциклопедический словарь. М. : Норма. 2001. С. 320.

функциональных возможностей стратегического планирования развития федеральной территории и тактического управления уже застроенными зонами.

В-четвертых, отношения собственности на землю унифицируются, и собственность может быть закреплена только в одной форме — федеральной, поскольку схемой возможно планировать только размещение федеральных объектов. Иные объекты с естественным течением времени выйдут из оборота, но земельно-правовая презумпция федеральной собственности необходима на начальной стадии развития федеральной территории.

В приведенной связи, с учетом возможности изменения границ территорий, в которых осуществляется местное самоуправление, представляется возможным предложить совокупность документации федеральной территории, обеспечивающей ее устойчивое развитие из следующих документов.

**1. Схема планирования федеральной территории** — документ стратегического планирования развития федеральной территории. Данный документ призван закрепить границы федеральной территории, закрепить планирование размещения федеральных объектов, развитие территории в будущем, он должен определять стратегию долгосрочного развития территории.

Помимо ординарных частей генерального плана (ч. 3 ст. 23 ГрК Российской Федерации: положение о территориальном планировании; карта планируемого размещения объектов; карта границ; карта функциональных зон), необходимо схему дополнить объемно-пространственной моделью развития территории.

При этом схема планирования федеральной территории должна утверждаться федеральным органом публичной власти (президент России, либо правительство России) не менее чем на 20 лет, с отсутствием возможности ее изменения в случае недостижения поставленных в ней задач менее чем на 40%<sup>7</sup>.

**2. Правила застройки и благоустройства федеральной территории** — документ тактического обоснования параметров застройки и использования территории, основанный на принципиальном приоритете единства архитектурно-строительного облика федеральной территории и определяющий возможности, пределы экономической активности и правовые гарантии правообладателей недвижимости. В приведенной связи представляется необходимым наличие фактического института достижения общественного консенсуса по сохранению единства архитектурно-градостроительного облика. Институт публичных слушаний, общественных обсуждений при таких обстоятельствах не восполнит атрибутирования совокупного общественного мнения, поскольку не наделяется законом юридически обязательными последствиями, а в части предоставляемых возможностей распространен на должностных лиц органов местного самоуправления<sup>8</sup>.

Например, возможна институализация архитектурного совещательного органа, наделенного правом вето тех решений, что противоречат, по мнению органа, единству архитектурно-строительного облика федеральной территории. Представляется, что градостроительные регламенты на федеральной территории должны носить характер, совмещенный с требованиями к архитектурно-градостроительному облику объектов. Таким образом регулируется формирование облика зданий, выбор площадки для их размещения, их назначение и объемно-пространственные параметры. Поскольку инвестиционная деятельность на федеральной территории по смыслу ее создания преобладает единственный финансовый источник развития — федеральный бюджет, то и функция обоснования инвестиционной привлекательности для частного капитала таким правилам может не придаваться.

Благоустройство как функция муниципального управления перераспределяется в условиях федеральной территории к полномочию органа управления федеральной территорией. Следовательно, обычные правила благоустройства следует заместить документом иного регулирования. Опыт реализации полномочия благоустройства в государственной компетенции имеется у городов федерального значения — Москвы и Санкт-Петербурга. Фактическим следствием такого перераспределения следует выделить формирование отдельного типа разрешительного документа в области благоустройства — разрешения на земляные работы (ордер на земляные работы). Жесткость административного регулирования названных правоотношений, подкрепленных высокими административными санкциями, обусловлена плотностью застройки.

<sup>7</sup> Майборода В. А. Исполнение документов территориального планирования как имманентное свойство определенности в обоснование их изменения // Градостроительное право. 2020. № 1. С. 18.

<sup>8</sup> Хлуднев Е. И. Общественные обсуждения и публичные слушания как формы участия населения в осуществлении местного самоуправления и формы общественного контроля // Государственная власть и местное самоуправление. 2019. № 3. С. 37.

Применительно к федеральной территории такой опыт не следует заимствовать. Напротив, регулирование благоустройства возможно сделать посредством интеграции в единый документ о застройке, который в числе прочего должен будет регулировать определение плана работ по комплексной инженерной подготовке территории перед строительством и определения перечня компенсационных мероприятий по восстановлению зеленых насаждений и элементов ландшафта после строительства.

Мероприятия по инженерной подготовке территории включают в себя подробный комплексный анализ территории, основанный на инженерных изысканиях, предложения по организации рельефа, берегоукреплению, укреплению склонов, организации поверхностного стока, осушению территории, то есть того комплекса работ, что именуется «земляные работы» в Москве и Санкт-Петербурге. Единый подход к организации работ по инженерной подготовке территории обеспечит комплексный подход к организации пространства с максимальным учетом особенностей местности.

В заключение укажем, что предложенная совокупность документов, находящихся в системном единстве нормативного регулирования предмета — обеспечения устойчивого развития федеральной территории, соответствует современным требованиям градостроительного законодательства, призванным обеспечивать устойчивое развитие территории, но при этом формирует новое направление в рассматриваемых правоотношениях, обеспечивающее планирование федеральной территории и такое ее развитие, что позволит достигать целей устойчивого развития до обретения нового баланса в реализации публично-правовых полномочий уже применительно к федеральной территории, исключающей возможность осуществления местного самоуправления.

## Литература

1. Конституционное право. Энциклопедический словарь / отв. ред. и рук. авт. кол. С. А. Авакьян. М. : Норма, 2001. 675 с.
2. Кураков Л. П., Кураков В. Л., Кураков А. Л. Экономика и право: словарь-справочник. М. : Вуз и школа, 2004. 1288 с.
3. Майборода В. А. Исполнение документов территориального планирования как имманентное свойство определенности в обоснование их изменения // Градостроительное право. 2020. № 1. С. 16–20.
4. Майборода В. А. Формирование объектов правового регулирования в сфере акваториального планирования // Юрист. 2016. № 8. С. 37–41.
5. Попова Н. Н. Территория как объект административно-правового регулирования // Административное право и процесс. 2014. № 1. С. 9–11.
6. Территория в публичном праве / И. А. Алебастрова, И. А. Исаев, С. В. Нарутто и др. М. : Норма, Инфра-М, 2013. 319 с.
7. Хлуднев Е. И. Общественные обсуждения и публичные слушания как формы участия населения в осуществлении местного самоуправления и формы общественного контроля // Государственная власть и местное самоуправление. 2019. № 3. С. 37–40.

## References

1. Constitutional Law. Encyclopedic Dictionary [Konstitutsionnoe pravo. Ehntsiklopedicheskii slovar'] / executive ed. and hands. ed. count S. A. Avakyan. Moscow : Norma, 2001.675 p. (in rus)
2. Kurakov, L. P., Kurakov, V. L., Kurakov, A. L. Economics and Law: Dictionary-Reference [Ehkonomika i pravo: slovar'-spravochnik]. M. : University and School, 2004. 1288 p. (in rus)
3. Mayboroda, V. A. Execution of Territorial Planning Documents as an Inherent Attribute of Certainty in Justification of Their Amendment [Ispolnenie dokumentov territorial'nogo planirovaniya kak immanentnoe svoistvo opredelennosti v obosnovanie ikh izmeneniya] // Town-planning law [Gradostroitel'noe pravo]. 2020. No. 1. Pp. 16–20.
4. Mayboroda, V. A. Formation of Legal Regulation Objects in the Water Area Planning [Formirovanie ob"ektov pravovogo regulirovaniya v sfere akvatorial'nogo planirovaniya] // Lawer [Yurist]. 2016. No. 8. Pp. 37–41.
5. Popova, N. N. Territory as the Object of Administrative-Legal Regulation [Territoriya kak ob"ekt administrativno-pravovogo regulirovaniya] // Administrative Law and Procedure [Administrativnoe pravo i protsess]. 2014. No. 1. Pp. 9–11.
6. Territory in Public Law [Territoriya v publichnom prave] / I. A. Alabastrov, I. A. Isaev, S. V. Naruto et al. M. : Norma, Infra-M, 2013. 319 p.
7. Khludnev, E. I. Public Debates and Public Hearings as Forms of Participation of the Population in Exercising of Local Self-Government and Public Control Forms [Obshchestvennye obsuzhdeniya i publichnye slushaniya kak formy uchastiya naseleniya v osushchestvlenii mestnogo samoupravleniya i formy obshchestvennogo kontrolya] // State Power and Local Self-government [Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie]. 2019. No. 3. Pp. 37–40.

# Антитрестовское законодательство США 1913–1915 гг.<sup>1</sup>

**Мардалиев Руслан Тофикович**

доцент кафедры государственного права РГПУ им. А. И. Герцена, Санкт-Петербург, Российская Федерация, кандидат юридических наук, кандидат исторических наук, доцент; Ruslan.Mardaliev@gmail.com

## АННОТАЦИЯ

В статье рассматривается процесс создания в Соединенных Штатах Америки социального законодательства в начале XX столетия. Данное законодательство в стране было создано позже, чем в европейских государствах. Оно было оформлено в период правления президента Вудро Вильсона. Процесс рассмотрения данных законопроектов в Конгрессе США, а также политическая борьба, связанная с их разработкой и принятием, анализ самих документов находятся в центре внимания данной работы.

*Ключевые слова:* конгресс, президент Вильсон, администрация, Акт Шермана, Акт Клейтона, профсоюзы

## Antitrust Legislation of the USA 1913–1915

**Ruslan T. Mardaliev**

Russian State Herzen Pedagogical University Assistant Professor, Sankt Petersburg, Russian Federation, PhD in Jurisprudence, PhD in History; Ruslan.Mardaliev@gmail.com

## ABSTRACT

The article discusses the process of creating social legislation in the United States of America at the beginning of the 20th century. This legislation in the country was created later than in European countries. It was issued during the presidency of Woodrow Wilson. The process of reviewing these bills in the US Congress, as well as the political struggle associated with their development and adoption, the analysis of the documents themselves are the focus of this article.

*Keywords:* congress, president Wilson, administration, Sherman Act, Clayton Act, trade unions

В начале XX столетия Соединенные Штаты вошли в новый этап своего развития. Это проявилось в экономической, политической и, в еще большей мере, правовой сфере.

Вудро Вильсон был избран президентом в 1912 г. в условиях нарастающего кризиса двухпартийной системы *республиканцы — демократы*, сложившейся после гражданской войны. Бешеные темпы промышленного роста, возникновение крупных банков, трестов, с одной стороны, и резкое увеличение числа наемных работников, социальное расслоение общества — с другой, сделали очевидным тот факт, что существующие партии уже не отражали интересы основных групп населения. В результате началось расслоение этих партий.

Особенно это коснулось республиканцев. Правое крыло партии во главе с действующим тогда президентом Тафтом стало выразителем интересов крупного монополистического капитала, финансовой олигархии. Другое крыло, видевшее опасность такой политики, которая опирается на подавляющее меньшинство населения, считало необходимым выражать интересы не только монополий, но и широких слоев с целью избежать общественного взрыва и усиления позиций социалистов. Нужны серьезные реформы, но их нельзя отдавать на откуп левым силам, считали представители этого крыла, назвавшие себя прогрессистами. К выборам их лидером и кандидатом в президенты стал популярный в то время экс-президент Теодор Рузвельт.

Демократическую партию расслоение коснулось в меньшей степени — там раскола не произошло. Но и она была неоднородна. Левое крыло во главе с бывшим профсоюзным лидером Брайаном выступало с радикальных позиций, порой мало отличавшихся от позиций социалистов. Но в партии было и правое крыло, стремившееся проводить назревшие реформы в тесном согласии с Уолл-Стрит. Сохранению единства партии немало способствовало выдвижение на партийном конвенте кандидатуры Вильсона, который и на съезде, и в процессе предвыборной кампании

<sup>1</sup> Статья написана на основе ранее опубликованной монографии: *Мардалиев Р. Т.* Вудро Вильсон: политические взгляды, правовые реформы и проект Лиги наций / Р. Мардалиев; Санкт-Петерб. ин-т внешнеэкон. связей, экономики и права, Об-во «Знание» Санкт-Петербурга и Ленингр. обл. СПб. : Санкт-Петерб. ин-т внешнеэкон. связей, экономики и права, 2002. 182, [1] с.; ISBN 5-7320-0653-2. Статья написана в целях освещения в рамках научной конференции «Вторые Баскинские чтения», прошедшей 14 октября 2020 г., работ выдающегося российского философа, правоведа, Баскина Ю. Я., который выступил научным руководителем диссертации автора монографии и статьи на рассмотренную автором тему.

сумел убедить оба крыла в своей приверженности реформам, с одной стороны, и намерении согласовывать их с крупным капиталом — с другой. Не все были согласны с такой двойственной позицией Вильсона, но единство партии сохранить удалось.

Избиратели же предпочли прогрессистам Вильсона, притом что в их программах было немало общего. Хотя по своей сути программа Вильсона, несмотря на демократическую риторику, была более осторожной, чем взгляды лидеров прогрессистов Теодора Рузвельта и в особенности более радикального сенатора Лафоллета.

Объяснить это можно тремя причинами. Во-первых, сказалась традиционная усталость избирателя от многолетнего правления одной партии — республиканцев. Во-вторых, население больше поверило обещаниям нового человека в политике — принстонского профессора Вильсона, чем прогрессистам, которые все равно воспринимались как бывшие республиканцы, хотя точнее было бы их называть республиканцами-раскольниками. И наконец, в-третьих, сказалась позиция средств массовой информации, создавших Вильсону образ государственного деятеля новой формации, борца с монополиями и сторонника политики «равных возможностей». Владельцы газет сделали на него ставку как раз потому, что правящая элита увидела именно в Вильсоне человека, способного предотвратить взрыв недовольства и в то же время провести реформы без ущерба для нее самой. Популистские речи Вильсона в большинстве своем не вызывали у олигархов страха в отличие от речей непредсказуемого и импульсивного экс-президента, которого правящий класс всегда недолюбливал. И они не просчитались.

После окончания выборов прогрессисты абсолютно осознанно пошли на союз с Вильсоном, поддержав его программу, основными пунктами которой были тарифы, резервная система, анти-трестовское законодательство. Между их лидером Лафоллетом и президентом установился постоянный контакт. Рузвельт после выборов уже отошел на задний план. Известно о неприязненных отношениях между ним и Вильсоном. В целом же прогрессисты питали надежду, что их программа будет успешно воплощена в жизнь новым президентом.

5 марта 1913 г. стало первым рабочим днем президента Вильсона после его инаугурации днем ранее. В Овальном кабинете Белого дома собрались все члены нового правительства. Но на этом первом заседании отнюдь не были намечены грандиозные планы реформ, обещанных избирателям во время предвыборной кампании. Эти планы уже были выработаны Вильсоном, и он совсем не нуждался в согласовании их с членами своего кабинета. Это было не в его характере. Вообще, заседания правительства при Вильсоне всегда были формальностью. Все кардинальные решения он принимал сам либо в обществе своих ближайших советников. К членам правительства он всегда относился как к техническим работникам, призванным проводить в жизнь волю президента. Он полагал, что министры не должны даже участвовать в принятии глобальных политических решений и могут обладать безусловной властью только в рамках своих министерств.

Вильсон полагал также, что в его задачу входит установление твердого контроля за деятельностью представителей своей партии в конгрессе. По его мнению, долг лидера партии — держать под своим началом демократических конгрессменов и сенаторов, вменив им в обязанность строго следовать за ним, неукоснительно поддерживая его политику в высшем законодательном органе страны. С этой целью в качестве орудия давления он широко использовал кокусы (общие собрания партийной фракции в палате представителей и сенате). В результате Вильсон тотчас после вступления на пост президента наложил железную руку на свою партию в конгрессе.

Все это говорило об авторитарных методах управления, которые были присущи Вильсону на всех этапах его жизненного пути. Еще в молодости он пришел к выводу, что первенствующее место в политической жизни США должно принадлежать не конгрессу, а президенту. Только в этом случае, полагал он, государственный механизм будет исправно функционировать. Поэтому Вильсон просто не представлял себе, что конгресс может не одобрить его предложений. Но в то же время он был дальновиднее своих предшественников и понимал, что такой результат не будет достигнут автоматически. Поэтому Вильсон не отдалялся от конгресса, а, напротив, установил с его комитетами (а в конгрессе власть комитетов была бесспорной — к этому выводу Вильсон пришел давно) самый тесный контакт. Стратегия Вильсона сочетала в себе гибкость и непреклонность. Эти специфические методы Вильсона сыграли важную роль в его деятельности на посту президента США, а особенно в деле проведения социальной политики и создания антитрестовского законодательства.

Первое мероприятие в данном направлении вряд ли можно считать заслугой Вильсона, так как закон о реорганизации министерства торговли и труда в два самостоятельных министерства был введен в действие еще в последний день правления администрации Тафта. Вильсон просто поддерживал эту меру и провел ее в жизнь. Результатом стало образование самостоятельного соци-

ального министерства труда и вхождение министра труда в состав кабинета. Первым социальным министром был назначен бывший профсоюзный деятель Уильям Вильсон, однофамилец президента, до назначения являвшийся секретарем-казначеем Объединенного союза горняков, а с 1910 г. он был членом палаты представителей от демократической партии и возглавлял там комитет по вопросам труда.

Следующим шагом новой администрации был Акт Ньюлендса, подписанный Вильсоном в июле 1913 г., то есть в самый разгар борьбы за тарифы. Согласно этому закону создавалось посредническое управление с целью предотвращения конфликтов между железнодорожными компаниями и наемными рабочими (официальное название — Управление по посредничеству и примирению). Согласно идеологии закона данная инстанция должна была защищать работников от явных притеснений со стороны компаний. Первым руководителем управления стал известный юрист Фрэнк Уолш. Это были лишь первые шаги, по большому счету не решавшие всего комплекса проблем, но положившие начало серьезному процессу законодательного оформления прав трудящихся, растянувшемуся, правда, на несколько десятилетий.

Иначе повел себя президент в вопросе контроля над применением детского труда на производстве. К 1913 г. 35 штатов приняли законы, устанавливающие возрастной минимум для детей, работающих на предприятиях. Большинство этих законов предусматривало ограничение продолжительности рабочего дня для подростков. Поэтому прогрессисты поставили перед новой администрацией вопрос о необходимости принятия аналогичного закона о детском труде, который бы обязал все штаты привести свое законодательство в этой области в соответствие с федеральным. Но администрация не торопилась.

Тогда член палаты представителей Палмер внес 26 января 1914 г. в конгресс проект билля о детском труде<sup>2</sup>. Но этот проект натолкнулся на непонимание со стороны президента. Вильсон отказался принять представителей комитета и охарактеризовал билль как неконституционный. Свою позицию президент объяснил недопустимостью вмешательства федеральной власти в законодательство штатов и необходимостью принятия подобных законов на уровне штатов, демографическая и социальная ситуация в которых неоднородна<sup>3</sup>.

В подобном шаге проявилось явное нежелание Вильсона стимулировать введение подобных новшеств в общенациональном масштабе. Думается, что в этот период сказались достигнутые между президентом и представителями деловых кругов договоренности. Ведь не секрет, что они были частыми гостями в Белом доме, где и проходил политический торг между ними и властью. Игнорировать монополистов власть не могла — в противном случае оказались бы под угрозой все реформы, а президент мог бы лишиться столь необходимой ему поддержки со стороны прессы.

Однако демократам в той или иной мере необходимо было выполнять свои предвыборные обещания. Во время президентской кампании 1912 г. в партийной платформе была провозглашена великолепная декларация против монополий. В ней говорилось: «Частная монополия нетерпима и ничем не оправдывается. Поэтому мы выступаем за энергичное усиление уголовных и гражданских законов против трестов и трестовских чиновников и требуем введения такого дополнительного законодательства, которое будет необходимо, чтобы сделать невозможным существование в Соединенных Штатах частной монополии»<sup>4</sup>.

Надо сказать, что сам Вильсон тут же выступил с более умеренных позиций, так как в глубине души исповедовал идею невмешательства государства в дела частного бизнеса. Он неоднократно заявлял, что является противником регулирования трестов, но в то же время не является сторонником монополий. Его позиция не раз была продемонстрирована во время предвыборной кампании и заключалась в выдвигании тезиса об абсолютно свободном предпринимательстве, под которым понималось, с одной стороны, сохранение крупных корпораций, а с другой — обеспечение условий для конкуренции. Буквально за месяц до выборов Вильсон говорил в своей предвыборной речи в штате Индиана: «Демократическая партия — друг бизнеса, но только свободного. Она является абсолютным, открытым, непримиримым врагом монополии всякого рода»<sup>5</sup>.

По мнению Вильсона, развитие огромных корпораций не могло и не должно было тормозить конкуренцию и препятствовать активности небольших предприятий. Таким образом, Вильсон предлагал совместить несовместимое. Такая позиция кандидата в президенты не была каким-то идеализмом, скорее, она объяснялась прагматизмом лидера демократов, пытавшегося угодить раз-

<sup>2</sup> Congressional Record. 64th Congress. Vol. 51, p. 850.

<sup>3</sup> Link A. Woodrow Wilson and the Progressive Era (1910–1917). N. Y., 1963, p. 59.

<sup>4</sup> National Party Platforms. Urbana, 1956, p. 169.

<sup>5</sup> Baker R. S. Woodrow Wilson. Life and Letters. Vol. 1–6. Garden City, 1927. Vol. 4, p. 356.

личным партийным кругам и тем самым сохранить единство партии, противопоставить расколовшимся республиканцам единый демократический монолит. Вильсон никогда не был противником крупного капитала и произносил свои разоблачительные речи всегда вынужденно, из тактических соображений, о чем сразу же и заявлял в узком кругу тем же монополистам и представителям правого крыла партии.

Но публично президент обещал своим избирателям уничтожить монополию и восстановить свободную конкуренцию, что уже само по себе было утопией в начале XX века. Только поэтому после прихода к власти ему пришлось выступить с инициативой пересмотра существующего на тот момент антитрестовского законодательства. Это был последний из трех главных пунктов программы Вильсона. В ноябре 1913 г., когда билль о тарифах был уже утвержден, а кульминация борьбы за Федеральный резервный акт тоже была позади, администрация развернула бурную деятельность в конгрессе по разработке новых антитрестовских законов, стремясь прежде всего не выпустить ситуацию из-под контроля.

Формально билль был подготовлен юридическим комитетом палаты представителей, который возглавлял конгрессмен Клейтон. Однако президент вмешивался в работу законодателей так же активно, как и при разработке двух предыдущих законов. Это выражалось в проведении длительных совещаний президента с Клейтоном, другими законодателями и экспертами. Вильсон был глубоко убежден, что законодательство нельзя отдавать на откуп комитетам конгресса, недоверие к которым он сохранил с молодых лет. Он также не очень доверял в этом деле чиновникам администрации, которые всегда играли лишь вспомогательную роль в процессе торга администрации с законодателями. Ключевую роль играл сам президент.

В результате совместной деятельности конгрессменов и администрации были выработаны общие принципы, которые должны были лечь в основу будущего законопроекта. Предлагалось прежде всего дифференцировать различные формы монополий, дать им определения и четко разъяснить, какие из них играют деструктивную роль, ограничивая свободную торговлю, а какие нет. Предлагалось внести норму, закреплявшую презумпцию вины при рассмотрении исков о нарушении свободы конкуренции — доказательство невинности в нарушении закона должно быть возложено на ответчика по иску.

Предполагалось также запретить систему перекрещивающегося директората, которая вела к так называемому скрытому монополизму. Для того чтобы контролировать решения судов о роспуске трестов, предлагалось учредить межштатную промышленную комиссию, подотчетную исключительно государству. На первый взгляд эти меры впечатляли. Кроме того, пресса постоянно заявляла о поддержке президентом этих мер, о том, что готовящийся законопроект является именно его детищем, способным открыть новую страницу в истории страны<sup>6</sup>.

2 декабря 1913 г. президент выступал с первым ежегодным посланием к конгрессу, и в связи с этим в политических кругах гадали, какую позицию он займет по вопросу разработки и принятия антитрестовского законодательства, правильно ли пресса интерпретирует его позицию или это один из элементов пропагандистской кампании демократической администрации. Однако Вильсон не очень распространялся на эту тему. Он еще раз заверил конгрессменов в своей приверженности программе «новой демократии» и как бы между прочим обронил следующую фразу: «Необыкновенно важно, — подчеркнул он, — чтобы деловые круги нашей страны получили в законодательстве об их предприятиях и капиталовложениях четкие указания, по какому пути они могут следовать без опасений»<sup>7</sup>. Кроме того, Вильсон подчеркнул: «Мы должны оставить антитрестовский закон Шермана без изменений»<sup>8</sup>. Это уже был явный реверанс в сторону бизнеса.

Здесь необходимо сделать отступление и пояснить, что представляет собой закон Шермана. Он был принят еще в 1890 г. также в целях борьбы с монополиями. Но согласно его нормам рабочие организации также приравнивались к монополиям. Его составители считали, что профсоюзы тоже препятствуют конкуренции при найме рабочей силы. Это давало возможность работодателям с помощью послушных им судов преследовать профсоюзы и их руководителей. Поэтому закон Шермана сразу вызвал недовольство в рабочем движении. За его частичный пересмотр выступали прогрессисты, левое крыло демократической партии, не говоря уже о самих профсоюзах.

Поэтому отношение к рабочим статьям закона Шермана должно было стать неким тестом для новой администрации и лично Вильсона для выяснения их планов по реформированию антитрестовского законодательства. Вышеупомянутые фразы президента в послании конгрессу были очень

<sup>6</sup> The New York Times. December, 11. 1913. Vol. 1. Pp. 75–76.

<sup>7</sup> The Papers of Woodrow Wilson. Vol. 1–2. Princeton, 1966.

<sup>8</sup> Ibid. Vol. 1, p. 75.

показательны. Сбылись опасения левых — власть не хотела коренных реформ и реального изменения соотношения сил между работодателями и наемными работниками.

Однако власть не хотела обострения отношений с теми силами, которые все еще поддерживали администрацию. Поэтому стали активно искать выход из положения. Было решено все же принять поправки к закону Шермана, в которых признавался бы легальный статус рабочих организаций и любых других организаций, не имеющих капитала. Это несколько осложнило бы существовавшую тогда практику запрещения через суд рабочих организаций. Оформить все это предлагалось в готовящемся билле Клейтона, призванном аккумулировать в себе все предложения по изменению существовавшего на тот момент антитрестовского законодательства.

Поэтому вернемся к процессу разработки и принятия билля Клейтона. Президент, стремившийся постоянно держать руку на пульсе в законодательном процессе, решил более подробно изложить свое видение отношений между властью и капиталом в выступлении на второй сессии конгресса 20 января 1914 г. Вильсон говорил: «Нет больше антагонизма между бизнесом и правительством. Правительство и деловые круги готовы идти навстречу друг другу и упорядочить методы деловой практики с помощью как общественного мнения, так и закона. Так же, как и мы, лучшие представители делового мира осуждают методы, действия и последствия монополии, и за ними инстинктивно следует огромное число бизнесменов. Мы выступим теперь как их представители»<sup>9</sup>.

Вильсон подчеркнул, что «ничто так не вредит бизнесу, как неопределенность», и предложил конгрессу выработать и утвердить законопроекты, которые могли бы упорядочить существующее антитрестовское законодательство. Он предложил в этих целях законодательно запретить систему перекрещивающегося директората, создать специальную промышленную комиссию, а также предложил расширить функции Междуштатной торговой комиссии<sup>10</sup>. Все эти предложения нашли отражение в готовящемся билле Клейтона.

Сам билль рассматривался в конгрессе с мая по октябрь 1914 г. Он был внесен туда 23 мая и сразу же вызвал бурю недовольства. Но если недовольство консервативных кругов нормами, предусматривавшими санкции за нарушение антитрестовских законов в виде штрафов и даже тюремного заключения, было вполне предсказуемо, то обвинения прогрессистов оказались довольно неприятным сюрпризом для Вильсона. Всякие ссылки со стороны администрации на то, что президент находится над схваткой, а основными авторами закона является сенатский комитет, мало кого убеждали. В политических кругах для всех было очевидно, что президент Вильсон играет активную, если не ведущую, роль в разработке ключевых законопроектов, что в корне отличало его от предшественников.

Но не только параграфы, содержащие санкции, но и основные «рабочие» параграфы вызвали бурные дебаты. Дело в том, что в тот период большинство конгрессменов и сенаторов были убеждены, что уступки трудящимся неизбежны. Только вот предел этих уступок они видели по-разному. Например, сенатор от Арканзаса Эшерст выступил с весьма левыми идеями. «Рабочую силу, — считал он, — нельзя рассматривать как собственность, как раз именно она и создает эту собственность»<sup>11</sup>. Сенатор подчеркнул, что основной задачей государства на данном этапе является обеспечение «социальной справедливости» и «индустриальной свободы», но только для тех, кто «оставит свои привычки к лености и расточительности»<sup>12</sup>. Под последними он подразумевал базирующихся. Позиция сенатора от Арканзаса очень характерна для сторонников закона Клейтона.

8 июля Вильсон принял делегацию Чикагской ассоциации предпринимателей, которые потребовали от президента ограничить антитрестовские мероприятия, смягчив санкции, предусмотренные проектом для работодателей. Вместе с тем предприниматели заявили, что в целом одобряют «рабочие параграфы» в том виде, в каком они представлены в законопроекте, и не будут возражать против легализации профсоюзов<sup>13</sup>.

Рассмотрим основные статьи законопроекта, которые вызвали неоднозначную реакцию. Например, ст. 6 декларировала, что «труд человека не является товаром или предметом торговли». Далее в статье указывалось на недопустимость «запрещения существования и деятельности рабочих, сельскохозяйственных и садоводческих организаций, учрежденных с целью взаимной помощи, не владеющих денежными акциями и не производящих прибыль»<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Ibid. Vol. 1. Pp. 82–83.

<sup>10</sup> Ibid. Vol. 1, p. 85.

<sup>11</sup> Supra note 2. Vol. 51, p. 13667.

<sup>12</sup> Ibid. Vol. 51, p. 13668.

<sup>13</sup> The New York Times. July 9, 1914.

<sup>14</sup> Antitrust Laws with Amendments, 1890–1937. Wash., 1938, p. 25.

Ст. 8 запрещала практику перекрещивающегося директората, чего уже давно добивались профсоюзы, и не только профсоюзы<sup>15</sup>. Эта статья была введена в действие не вместе с законом, а два года спустя. Именно так и было предусмотрено в проекте.

Ст. 20 представляет интерес не только из-за своего содержания, но и потому, что, пожалуй, демонстрирует некий срез политики Вильсона в данной области, проводимой по принципу, чтобы «и волки были сыты, и овцы целы». С одной стороны, в данной статье есть норма, запрещавшая судам принимать решение о применении силы по отношению к трудящимся во время конфликтов предпринимателей с наемными рабочими. Но в то же время еще одна норма возлагала ответственность на профсоюзы в случае нанесения рабочими ущерба собственности предпринимателей. В этом случае последние наделялись правом обращения в суд с исками, ответчиками по которым являлись профсоюзы<sup>16</sup>. Подобная формулировка этой и других «рабочих» статей вполне устроила работодателей и даже профсоюзы, лидер которых Гомперс назвал данные статьи «великой хартией труда»<sup>17</sup>.

Обращает на себя внимание, что в этих и других статьях предусматривалось, что решение о наличии или отсутствии правонарушения, а также степени наказания мог принимать исключительно суд. Учитывая, что отношения между олигархами и судебными органами на практике были не всегда бескорыстными, то закон, конечно же, не установил никаких гарантий от обхода корпорациями многих его конструктивных норм.

К моменту окончательного утверждения билль Клейтона претерпел значительные редакционные изменения. Они не имели принципиального значения, но все же способствовали значительному ослаблению его наступательного характера. Все это вызвало недовольство не только в стане левых, но даже и в кругах правящей партии. Известна фраза демократического сенатора Рида от штата Миссури, которую он произнес публично: «Все, что мы здесь делаем, — безнадежный фарс»<sup>18</sup>.

Однако значение закона не стоит приуменьшать. Главная его заслуга состоит в том, что он способствовал сохранению политического равновесия в стране, относительного социального мира. Ведь те радикальные проявления недовольства со стороны трудящихся все же не были массовыми и не находили поддержки большинства наемных рабочих, как бы это ни пытались доказать исследователи советского периода. Еще одной заслугой закона явилось долгожданное запрещение перекрещивающегося директората. И конечно, самой сильной составляющей билля были так называемые «рабочие статьи», в которых не только декларировалось, что труд в принципе не может быть предметом торговли, но и впервые были созданы механизмы, пусть и недостаточно надежные, позволяющие соблюдать эти нормы.

Вторым пунктом антитрестовской программы Вильсона был билль о Федеральной промышленной комиссии. Это была отнюдь не идея Вильсона, и даже не идея его партии. Впервые этот закон был задуман Луи Брандейсом и Джорджем Рабли. Федеральная промышленная комиссия была задумана как сильный правительственный орган для регулирования экономических процессов в стране. Она могла издавать распоряжения о приостановке или даже запрете деятельности отдельных корпораций. Конечно, подобные решения все равно можно было оспорить в судебном порядке, и это было правильно. Но все равно комиссия обладала по меркам того времени слишком широкими полномочиями в сфере регулирования экономической жизни.

При рассмотрении билля в палате представителей он мало изменился, зато при обсуждении его в сенате он начал обрастать огромным количеством поправок. В результате полномочия комиссии существенно сузились. Теперь она должна была лишь заниматься сбором и публикацией информации о противозаконной деятельности корпораций. Она могла представить также эти сведения генеральному прокурору. По поручению президента или конгресса комиссия могла заниматься расследованием деятельности корпораций, нарушающих антитрестовское законодательство, а его результаты представляла этим органам. Все эти положения были декларированы в ст. 6 закона, которую без преувеличения можно считать ключевой статьей документа.

Окончательное же решение во всех случаях принимали судебные органы, от окружного суда до Верховного суда США. Такое оптимальное с точки зрения сегодняшнего дня решение тогда вызвало серьезное недовольство в левых политических силах и у профсоюзов. Причиной такого недовольства явилось не только недоверие к судебным органам, но и нежелание профсоюзов

<sup>15</sup> Ibid. P. 26.

<sup>16</sup> Ibid. P. 31.

<sup>17</sup> *Gompers S. Seventy Years of Life and Labor.* N. Y., 1957. P. 299.

<sup>18</sup> *Supra* note 2. Vol. 1, p. 16161.

добиваться справедливости в открытом состязательном процессе — гораздо предпочтительнее для них было оказывать давление на близких им по взглядам и духу членов государственной комиссии.

Не меньшее недовольство вызвала и ст. 5, к которой сенаторы приняли поправку о необходимости широкого и основательного судебного надзора за деятельностью Федеральной промышленной комиссии. Эта поправка, конечно же, была результатом лоббирования деловых кругов, чье влияние в сенате было достаточно высоко.

Противники окончательной редакции закона утверждали, что таким образом судебные органы оказались поставлены над законом, так как получили возможность, используя процессуальные уловки, свести к нулю всю ценность закона<sup>19</sup>. Думается, что это было преувеличением. Еще раз повторю, с точки зрения сегодняшнего дня приоритет решения судебных органов по отношению к любым другим органам власти является нормой. Другое дело, что процессуальные моменты действительно нередко довлеют, но не над законом в целом, а над материальным правом. Что же касается политиков — критиков билля о Федеральной промышленной комиссии, то они в большинстве своем не столько критиковали конкретные нормы закона, сколько не могли простить Вильсону фразу, в которой он дал понять, что хотел бы видеть в учреждаемой комиссии «советника и друга» предпринимателей<sup>20</sup>. Так что в этом трудно согласиться с уважаемым Артуром Линком.

Третьим пунктом антитрестовской программы Вильсона был билль Рэйберна. Он был более узкой направленности по сравнению с двумя предыдущими и предполагал дать Междугосударственной торговой комиссии право контроля над финансовыми операциями железных дорог. Он был утвержден палатой представителей, а у сенаторов, среди которых было немало откровенных и скрытых лоббистов, вызвал неоднозначную реакцию. Поэтому в сенате воспользовались начавшейся летом 1914 г. войной в Европе и не стали рассматривать этот законопроект, отложив его до лучших времен. Лучшие времена, как это нередко бывает, так и не наступили.

Таким образом, антитрестовская программа Вильсона была реализована лишь в основном. Однако это вполне отвечало представлениям Вильсона о необходимости сотрудничества власти и капитала, но зато разочаровало многих его уже теперь бывших сторонников из стана левых. Одновременно президент значительно укрепил свои позиции в деловых кругах. Крупный капитал понял, что напрасно опасался радикальных планов Вильсона. Президент оказался в состоянии проводить политику, направленную на защиту их интересов и одновременно ослабление недоверия широких кругов населения.

Главной задачей демократической администрации было пойти на серьезные уступки левым, но в то же время постараться не выйти за рамки принятого двадцать три года назад акта Шермана. Добиться идеального компромисса, да еще в этой области, невозможно, поэтому кому-то приходится уступать. В данном случае уступить пришлось левым, только не все из них сразу это поняли. Поэтому антитрестовское законодательство можно считать менее удачным из всех достигнутых Вильсоном в те годы компромиссов.

Исследователи называют разные причины эволюции антитрестовского законодательства в процессе его разработки и принятия. Например, Артур Линк считает, что «ослабление антитрестовской правительственной программы было первым признаком усиления реакции, которая начинала с 1914 г. с возрастающей силой влиять на президента и правительство»<sup>21</sup>.

Это было, по-видимому, действительно так. Тем более что с каждым месяцем монополисты имели все больше рычагов давления на власть. В 1914 г. стали ощущаться признаки экономического кризиса — росла безработица, упал уровень производства, увеличилось по сравнению с предыдущим годом число банкротств. Оппозиция, естественно, обвиняла во всем правительство и новые тарифы, в любой момент к этим голосам могли присоединиться и олигархи, создав вместе с республиканцами в обществе нужные им настроения. В этих условиях Вильсон решил не обострять отношений, а по возможности договориться с олигархами, пожертвовав радикальными нормами антитрестовских законов. В результате законы Клейтона и о Федеральной промышленной комиссии получились не столь радикальными, но и они внесли свою лепту в разрядку достаточно напряженной обстановки в отношениях между трудящимися и работодателями.

Поэтому поведение Вильсона и его администрации в создавшихся условиях вполне предсказуемо, и дело тут вовсе не в реакционных поправках сенаторов, внесенных якобы помимо воли

<sup>19</sup> Supra note 3. P. 74.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid. P. 75.

президента. Хорошо известно, как Вильсон умел влиять на законотворческий процесс, по крайней мере, в первые годы пребывания у власти. Любое неуютное для администрации решение просто не могло быть принято до тех пор, пока в законодательной власти в 1919 г. не стала преобладать оппозиция.

В этой связи показательно письмо президента лидеру демократической фракции нижней палаты конгресса Андервуду, направленное перед закрытием сессии 1914 г., накануне промежуточных выборов. В письме Вильсон выразил удовлетворение работой конгресса в течение двух лет, а главное, результатами этой работы. Было реформировано таможенное законодательство, создана Федеральная резервная система, приняты антитрестовские законы. В связи с этим президент объявил программу «новой демократии» выполненной. «Это была великая программа, — писал он, — и я чувствую глубочайшее удовлетворение при воспоминании о том, как эффективно она проводилась»<sup>22</sup>.

Вильсон подчеркнул, что в основе всех принятых законов лежит намерение ликвидировать частный контроль и обеспечить свободу предпринимательства. Все это напрямую связано с высшей целью американского государства, утверждал президент, а именно — утверждение индивидуальной свободы и инициативы «против любого рода частного господства»<sup>23</sup>. Единственным недостатком Вильсон считал то, что сельхозпроизводители так и не получили закон о фермерском кредите, обещанный демократами в период предвыборной кампании 1912 г. Однако наличие отлаженной банковской системы, чему немало должен был способствовать Федеральный резервный акт, мог, по мнению президента, исправить положение<sup>24</sup>.

«Нью-Йорк Таймс» опубликовала это письмо 19 октября, то есть за две недели до выборов в конгресс. Поэтому особое внимание обратила на себя предвыборная часть письма, в которой Вильсон называет свою партию «образцом силы и сплоченности», которая «полностью свободна от запутанных альянсов, сделавших республиканскую партию абсолютно неспособной проводить какие-либо реформы еще до ее раскола»<sup>25</sup>.

Конечно, Вильсон здесь кривил душой. Он сам шел на альянсы с деловыми кругами, только эти альянсы не были такими публичными, как у республиканцев. Более того, Вильсон сумел убедить монополистов в необходимости перемен с целью сохранения социального мира и стабильности в стране. Правда, они и сами начинали уже это понимать, но единой позиции по вопросу, что надо делать, у них не было. Демократической администрации удалось пройти по острию ножа и создать правила игры, пусть и не безупречные, но приемлемые для большинства общества. А для того, чтобы они были таковыми для широких слоев населения, необходима тонкая и слаженная работа средств массовой информации, которые в подобных условиях фактически превращаются в средства массовой пропаганды. Вильсон понял это одним из первых, если не первым, среди политиков такого уровня.

## Литература / References

1. Antitrust Laws with Amendments, 1890–1937. Wash., 1938.
2. Baker, R. S. Woodrow Wilson. Life and Letters. Vol. 1–6. Garden City, 1927.
3. Congressional Record. 64<sup>th</sup> Congress.
4. Gompers, S. Seventy Years of Life and Labor. N. Y., 1957.
5. Link, A. Woodrow Wilson and the Progressive Era (1910–1917). N. Y., 1963.
6. National Party Platforms. Urbana, 1956.
7. The New York Times.
8. The Papers of Woodrow Wilson. Vol. 1–2. Princeton, 1966.

<sup>22</sup> Supra note 7. Vol. 1, p. 187.

<sup>23</sup> Ibid. Vol. 1, p. 190.

<sup>24</sup> Ibid. Vol. 1, p. 192.

<sup>25</sup> Ibid. Vol. 1, p. 194.

**ОБЗОРЫ**

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

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

Научная дискуссия на конференции была организована в рамках трех панелей: «Теоретические проблемы правовых изменений» (модератор — Андрей Васильевич Поляков), «Конституция РФ: диалектика стабильности и развития» (модератор — Сергей Львович Сергевнин) и «Реформирование гражданского законодательства на современном этапе» (модератор — Евгений Борисович Хохлов). Представляем вниманию читателей обзор выступлений докладчиков на конференции, в ходе которой были затронуты актуальные вопросы, связанные с необходимостью теоретического, доктринального переосмысления изменений, происходящих в праве, и отражения этих изменений в принимаемых нормативных актах, включая принятие так называемого закона о законах<sup>1</sup>.

## **1. Теоретические проблемы правовых изменений**

**Поляков Андрей Васильевич**<sup>2</sup>. Для того чтобы говорить об изменениях в праве, необходимо представлять, что такое право. При этом понятно, что в зависимости от того, что считать правом, будет зависеть и возможность определения понятия и критериев того, что можно считать изменениями права. Так, взгляд на право с узких позиций, когда оно отождествляется с законодательством, сузит и возможные ответы на вопросы о том, что составляет его изменение. С другой стороны, если право понимать более широко, то тем самым мы раздвигаем горизонты наших представлений об этой проблематике.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Денисенко Владислав Валерьевич**<sup>3</sup>. Если рассматривать вопрос о критериях такого явления, как изменения в праве, какими эти изменения должны быть в настоящее время, то особый интерес, на мой взгляд, представляет так называемая теория гражданства в рамках зарубежной философии права, к которой такие авторы, как Уилл Кимлика и другие, относят вопросы публично-правовой коммуникации. В этом аспекте следует вспомнить идеи либертарной теории права, которая считала, что развитие права — это увеличение или даже математика свободы. И еще пару лет назад канадский ученый Бьярн Мелкевик критиковал в своих работах идеи Джорджо Агамбена о потенциальной угрозе юридического ада. Между тем мы с вами видим сейчас возникновение определенной угрозы гражданственности и идеям так называемого открытого общества. Таким образом, современная реальность в какой-то мере воплотила в себе идеи и футуристические

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

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

Можно отметить, что, как писали уже классики Ролз, Хабермас и др., если модернизация общества, правовой системы в течение позднего модерна или постмодерна шла по пути развития гражданственности, увеличения свободы, то в настоящий момент, который сопровождается элементами чрезвычайного положения и биополитики<sup>4</sup>, в том отношении, что вопрос признания прав является некой фикцией, можно говорить о возникновении такого явления, как «демократия без народа». В этих условиях опять возникает идея, как пишет Киссинджер, государства-крепости, классического суверенитета и формирования определенной биополитической угрозы теории гражданственности.

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

**Ветютнев Юрий Юрьевич**<sup>5</sup>. Обсуждение проблем и вопросов изменения права, изменений в праве не представляется возможным без учета происходящих социокультурных общественных изменений.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Медушевский Андрей Николаевич**<sup>6</sup>. Вопрос об изменениях в праве — одна из фундаментальных тем в философии права и теории конституционализма. Как писал Георг Еллинек, история права есть история переворотов в праве. И недаром он разделял такие понятия, как изменение в праве и преобразование права. Под последним понималось изменение содержания правовых норм в условиях изменяющегося социального контекста. Это разделение понятий, на мой взгляд, важно для того, чтобы соотнести правовые изменения и собственно социальные, политические изменения и иметь возможность говорить о динамике в развитии права. В этом аспекте, я полагаю, важно соотношение правовых и политических факторов обеспечения легитимности изменений. Одним из инструментов поддержания легитимности выступают конституционные поправки.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

юридического конструирования новой реальности с использованием такого инструмента, как конституционная реформа<sup>7</sup>.

**Осветимская Ия Ильинична**<sup>8</sup>. Я бы хотела поговорить о прогрессе или регрессе в праве. С одной стороны, беглый исторический взгляд на развитие права позволяет говорить о его движении в сторону совершенствования и гуманизма, потому что, во-первых, в истории развития права наблюдается постепенный переход от запретительных норм к дозволенным, к соответствующему акценту именно на дозволении и субъективных правах. Во-вторых, автономия личности приобретает все большую устойчивость. Казалось бы, что все больше учитываются интересы личности, постепенно закрепляется правовое равенство личности. В-третьих, деятельность государства подвергается все большей регламентации и контролю со стороны общества в историческом ракурсе по сравнению с предыдущими этапами развития общества. И в-четвертых, явственно проявляются гуманистические начала в совершенствовании правового регулирования общественных отношений.

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

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

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

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

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

<sup>9</sup> Алексеев С. С. Теория права. М. : Издательство БЕК, 1995. 320 с.

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

**Разуваев Николай Викторович**<sup>11</sup>. Несмотря на то, что проблема правовых изменений, трансформаций, проблема эволюции права, по всей видимости, более интересует историков, чем теоретиков и философов права, но, учитывая значимость стоящих вопросов, мы все выходим на это поле, и многие из нас разделяют общие методологические, парадигмальные позиции. Многие, хотя и с известными оговорками, исходят из постклассического правопонимания, для которого, как писал И. Л. Честнов, характерны две базовые идеи — это идея релятивизма и идея сконструированности правовых феноменов и правовой реальности.

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

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

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

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

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

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

<sup>12</sup> См.: Веденев Ю. А. Грамматика правопорядка : монография. М. : «Проспект», 2018.

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

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

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

**Ромашов Роман Анатольевич**<sup>13</sup>. Мое выступление посвящено изменениям Конституции Российской Федерации. Первое, на что хотелось бы обратить внимание, это изменение отношения к самой конституции в истории российской политико-правовой науки, и второй, на мой взгляд, важный вопрос связан с юридической техникой изменений конституции, насколько данные изменения обоснованы и носят новаторский характер.

Итак, если мы говорим об изменении отношения к конституции в политико-правовой системе России, то следует выделить три основных этапа: это отношение к конституции в доконституционной истории — в Российской империи, затем — период отношения к конституции в условиях советского государства и права, и наконец — в современный период. Если говорить о Российской империи, то конституция на тот период представляет собой акт экстремистского характера, отношение к ней, с точки зрения государя Александра III, — это надпись на проекте т. н. Лорис-Меликова<sup>14</sup>. В условиях советского периода конституция — это Основной закон, по статусу приравненный к Священному Писанию и в этом отношении неизменный. Если возникает глобальное изменение в общественных отношениях, то меняется конституция. Изменения в текст Основного закона начинают вноситься тогда, когда советское государство начинает испытывать серьезный кризис. Так, с 1988 г., действительно, начинают вноситься серьезные изменения в конституцию. А вот если брать сами советские конституции, то их можно разделить на две основные группы: это конституции учредительные 1918 и 1924 гг., задачей которых было закрепление возникновения государственного типа СССР и РСФСР, и две последующие конституции — этапные, задача которых обосновывать соответствующий этап строительства коммунизма: Конституция 1936 г. — Основной закон победившего социализма, и Конституция 1977 г. — развитого социализма. При этом в рамках советского конституционализма и федерализма существовала четкая выполняемая конституционная традиция, когда начиная с 1924 г. союзные автономные республики принимали региональные конституции, которые четко соответствовали Конституции СССР.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Стовба Алексей Вячеславович**<sup>16</sup>. Я хочу остановиться на изменениях в праве, взглянув на них с позиций теоретика, философа права, и рассмотреть вопрос о том, как в связи с этим меняются доминирующие представления о праве. Отправной точкой для моих рассуждений будут идеи неклассической философии права. С этих позиций я бы хотел рассмотреть вопрос о том, как изменяются фундаментальные представления о праве с точки зрения неклассической теории. И в свою очередь, изменения этих фундаментальных представлений о праве могут стать теоретико-методологической основой для более адекватного написания, формулирования нормативно-правовых актов или для более рациональной их интерпретации. На мой взгляд, фундаментальным для неклассической теории права является строгое разграничение сфер правового и юридического. Поскольку после идей, высказанных Мишелем Фуко, мы уже не можем спорить, что сфера юридического является сферой властного дискурса, сферой принятия решений теми, кто фактически обладает властью, по отношению к тем, кто подчиняется. И в целях легитимации данного положения дел этим решениям может быть придан юридический характер, они могут быть облечены в форму юридического. При этом жесткой связи со сферой права они не имеют.

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

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

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

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

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

## 2. Конституция РФ: диалектика стабильности и развития

**Авакьян Сурен Адиебекович**<sup>17</sup>. В своем выступлении я хочу затронуть несколько вопросов, связанных с произошедшей конституционной реформой, что приводит к необходимости выявить направления научных исследований в данной сфере. Во-первых, несмотря на то, что конституционные изменения не затрагивают гл. 1 конституции «Основы конституционного строя», говорить о конституции и перспективе без учета главы о конституционном строе невозможно. Мы должны рассматривать конституционный строй в двух аспектах. Первый аспект состоит в том, что основы конституционного строя составляют основу всей нашей власти в целом. Получается, что власть — это конституционный строй. Второй аспект, вытекающий из сегодняшнего восприятия конституционного строя, состоит в том, что конституционный строй — это одновременно и органы: органы государственной власти и органы местного самоуправления, включенные в понятийный ряд публичной власти. Понятие публичной власти в конституции не раскрыто, хотя мы предлагали на рабочей группе по внесению изменений в конституцию возможную формулировку этого понятия, которое было поддержано рабочей группой, но в итоговый вариант текста изменений включено не было. Нужно исходить из понимания публичной власти как власти народа, осуществляемой в обществе при поддержке института гражданского общества. Таким образом, одним из направлений для будущих исследований становится наполнение юридическим содержанием конструкций, попавших в конституцию.

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

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

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

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

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

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

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

**Арановский Константин Викторович**<sup>18</sup>. Если рассуждать о том, что более приоритетно для конституции, стабильность или развитие, то я, как судья, который давал присягу служить Конституции РФ, выбрал бы стабильность, иначе я бы нарушил эту присягу. Конституция 1993 г. в двух фундаментальных главах, в которых зафиксирован перечень прав и свобод человека, закрепляя фундаментальную значимость личности, представляет собой выдающееся произведение конституционного творчества, веры в право и покорности праву. Некоторые авторы конституционного текста впоследствии высказывали свое разочарование результатом своего труда, например, С. С. Алексеев, Олег Румянцев, который говорил, что ему хотелось бы, чтобы понятие гражданского общества

<sup>18</sup> Судья Конституционного суда Российской Федерации, доктор юридических наук, Москва, Российская Федерация.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Ескина Людмила Борисовна**<sup>19</sup>. То, что мы с вами сегодня обсуждаем вопросы, темы, проблемы, касающиеся конституционного права, свидетельствует о наличии возможности вести такую дискуссию, что само по себе важно. Наличие такой дискуссии показывает, что конституция все-таки действует, потому что в ней закреплено, что каждый имеет право на свое мнение. И в этом случае, я считаю, что наш диалог воплощает в себе этот конституционный посыл. Согласна с тем, что Конституция 1993 г. — это величайшее завоевание конституционализма в нашей стране. Я глубоко уверена в том, что это один из лучших документов, который создан не только в нашей стране, но и в рамках современного конституционализма, потому что он был создан на пике реформы, общество было готово к изменениям, и, самое главное, в его основу были положены все наработки, созданные современным конституционализмом в мире. Но хочу сказать, что изменения в праве и изменения в нормативной основе — это разные явления. Изменения в законодательстве и даже поправки в конституцию не совпадают во всем с изменениями в праве и не должны совпадать. Право — это более глубокий процесс, это то, что воспримет общество. Таким образом, позднее мы сможем понять, какие поправки в конституцию наше общество воспримет, то есть начнет реализовывать, тогда мы сможем сказать, что это изменения в праве, пока это изменения в нормативной основе.

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

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

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

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

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

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

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

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

**Князев Сергей Дмитриевич**<sup>20</sup>. Определенные коррективы в восприятии конституции, в ее значении и роли в становлении и функционировании российского государства на основах конституционного правопорядка все-таки состоялись.

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

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

<sup>20</sup> Судья Конституционного суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, Москва, Российская Федерация.

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

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

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

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

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

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

**Вульфович Ревекка Михайловна**<sup>21</sup>. Я не юрист и не специалист по конституционному праву, но все согласятся, что принятие определенных конституционных норм, их закрепление и отражение в законах, нормативно-правовых актах, безусловно, важно и создает основу для управленческой деятельности. Не менее важным является момент, который связан с реализацией всех этих положений на практике. Так как у нас по-прежнему в конституции закреплено, что Россия — это социальное государство, то цель этого государства в условиях демократии может заключаться только в создании на всей территории страны оптимального, то есть максимально возможно высокого, единообразного качества жизни. И как мы прекрасно знаем, это невозможно без эффективной деятельности субъектов Российской Федерации, а также муниципальных образований. Ведь именно то, чем занимается местное самоуправление, как раз непосредственно связано с качеством жизни в каждом конкретном месте. И все те социальные гарантии, которые теперь дополнительно закреплены в конституции, безусловно, реализуются через управление территориями, через их развитие.

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

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

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

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

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

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

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

**Малютин Никита Сергеевич**<sup>22</sup>. Я бы хотел посвятить свое выступление анализу влияния реформы на институт прав и свобод человека в РФ. В рамках своего выступления я позволю себе

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Киммо Нуотто**<sup>23</sup>. Финляндия проходила эволюционный путь развития конституционализма. Финский конституционализм имеет свои корни в шведской конституции, многие положения которой нашли свое отражение в Конституции Финляндии 1899 г., которая затем применялась 200 лет. Таким образом, финскому конституционализму присуще долгосрочное, длительное развитие.

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

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

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

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

<sup>23</sup> Профессор уголовного права Университета г. Хельсинки, Хельсинки, Финляндия.

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

### 3. Реформирование гражданского законодательства на современном этапе

**Архипов Владислав Владимирович**<sup>24</sup>. Свое выступление я бы хотел посвятить общим подходам в рассмотрении влияния информационных технологий на право как таковое, как социальное явление в широком смысле слова, и думаю, что один из главных вопросов, которые здесь возникают, вызван всеобщим восторгом по поводу информационных технологий и их некоторой переоценки для целей права. Никто не отрицает, что информационные технологии меняют мир и что текущие печальные условия пандемии коронавируса и самоизоляции подтолкнули мир к большей цифровизации и сделали технологии более распространенными. Но в дискурсе разговора о праве и информационных технологиях, прежде всего об информационном праве в структуре теории права, в некотором смысле и в цивилистике, очень распространена постановка вопроса о том, а меняется ли право за счет развития информационно-телекоммуникационных технологий.

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

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

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

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

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

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

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

**Доброхотова Елена Николаевна**<sup>25</sup>. Я хотела обсудить положительные уроки пандемии как перспективу регулирования труда преподавателей высшей школы. Я полагаю, что период противоэпидемических ограничений спровоцировал много неожиданных решений, прежде всего в организации труда преподавателей. Организационный аспект — это предтеча для того, чтобы подумать о главном вопросе, что из этих практик саморегулирования должно обрести правовую форму в части особенностей регулирования труда преподавателей, в частности, труда преподавателей высшей школы; что нам с вами предстоит отнести к категории варианта нормы регулирования труда преподавателя, а что мы отнесем к временным мерам антикризисного характера, в том числе в плане саморегулирования, как одного из механизмов правового регулирования социальных, трудовых и гражданско-правовых отношений, потому что преподаватели работают на основании договоров разной отраслевой природы, служебного контракта, трудовых договоров, гражданско-правовых договоров об оказании услуг. Период пандемии в отношении регулирования

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Владимир Федорович Попондопуло**<sup>26</sup>. Я хочу посвятить доклад проблеме обеспечения качества законодательства вообще и гражданского законодательства в частности. При этом оборот «режим деятельности частных лиц» я использую как такую категорию, которая мне позволяет более ясно раскрыть задачу обеспечения качества гражданского законодательства. Я должен обратить ваше внимание на то, что мы все проводим четкое разграничение между деятельностью частных лиц и органов публичной власти. Обеспечение необходимого нормативного режима частной деятельности, деятельности частных лиц означает соответствие законодательства природе регулируемой им деятельности и тех отношений, которые опосредуют эту деятельность. Как всем известно, законодательство должно определять лишь необходимые требования, предъявляемые к тому или иному виду деятельности, оставляя широкий простор для собственного усмотрения индивида — частного лица. А вот нормативный режим деятельности органов публичной власти, наоборот, предполагает, во всяком случае должен предполагать, детальное регулирование, поскольку важное значение здесь имеет компетенция органов, пределы полномочий этих органов, должностных лиц, юридические процедуры, посредством которых реализуются те или иные полномочия, судебные, административные процедуры. Такое четкое разделение различий в принципах нормативного регулирования важно подчеркнуть.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Рассказова Наталья Юрьевна**<sup>27</sup>. Любая сложная система, согласно теореме Геделя, объективно противоречива и неполна. Это доказано математически и полностью применимо к нашей правовой системе. Она очень сложна, объективно противоречиво неполна, и в такой системе мы будем всегда сталкиваться с пробелами и противоречиями, необходимостью их устранять. Безусловно, говоря о праве, мы не можем ограничить право как часть культуры законом или законодательством, но в практической деятельности юристы сталкиваются в первую очередь с императивными нормами. При этом именно законодательство как совокупность нормативных актов должно составлять главный интерес государства, а точнее законодательства. Основная общая

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

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

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

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

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

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

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

Поскольку формально органы исполнительной власти не наделены правом нормотворчества в соответствующей сфере, тогда возникает вопрос, как определить, какое разъяснение обладает нормативными свойствами. Для меня, как для юриста, нормативный акт, исходящий от государственного органа, — это акт, подлежащий исполнению. А как определить, что акт нормативный? Если мы говорим о классических нормативно-правовых актах, то определение того, что этот акт содержит норму права, происходит в первую очередь из анализа содержания правила. А когда оцениваются акты органов исполнительной власти, как разъяснил пленум ВС РФ<sup>28</sup>, акт обладает нормативными свойствами, если он используется в качестве общеобязательного в правоприменительной деятельности в отношении неопределенного круга лиц.

Таким образом, получается, что признание акта толкования закона нормативным зависит только от того, как этот акт использует издавший его орган. Если орган вывесил его на своем сайте, то считается, что такой акт обладает нормативным содержанием, если он направлен письмом соответствующему заявителю, то это акт ненормативного свойства. Но главная, на мой взгляд, проблема состоит в том, что этот массив нормативных актов вырос сам собой и мы вынуждены их принимать как нормативные источники. В этой ситуации можно говорить об узурпации нормотворческой деятельности органами исполнительной власти. Например, Банк России издает нормативные разъяснения, притом что в законе о Центральном банке РФ<sup>29</sup> нет ни слова о том, что он вообще может какие-либо разъяснения давать, но он их тем не менее издает, их принимают, применяют на практике, оспаривают в судебном порядке.

Схожая проблема существует в области прецедентного права. В отличие от ранее действовавшего законодательства, из которого следовало, что руководящие разъяснения пленума ВС РФ обязательны для судов, органов и должностных лиц, применяющих закон, на текущий момент данные положения из закона исключили и осталось только положение о том, что акт толкования по конкретному делу обязателен для нижестоящих судов. Опираясь на закон, пленум ВС РФ в постановлении о судебном решении<sup>30</sup> указал, что постановление пленума ВС РФ учитывается судами, но суд руководствуется при принятии решений законом. В то же время мы видим, что судебная практика в области частного права претендует на роль полноценного источника права. И очень многие коллеги оценивают эту тенденцию как прогрессивную, в первую очередь подчеркивая, что речь идет о проникновении в континентальную правовую систему прецедентного права. Сразу надо оговориться, что прецедент в системе общего права — это обязывающий источник права. При этом судебное решение содержит мотивы его принятия, но эти мотивы не зависят от факты конкретного дела. И в результате такое решение содержит, по сути дела, норму, общеобязательное правило. Нижестоящие суды подчиняются прецеденту в системе общего права не потому, что их убедили причины, положенные в основу решения, а просто потому, что так сказал вышестоящий суд и для нижестоящего суда это источник права. На практике мы видим, что судебные акты приобретают большой вес в области правоприменения. Достаточно сказать, что появление нового обзора судебной практики, изданного ВС РФ, может перевернуть все юридические представления по какому-либо вопросу, потому что в обзоре появилось какое-то решение, которое показывает, что ВС РФ изменил свою прежнюю позицию по схожему или аналогичному делу.

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

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

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

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

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

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

**Татьяна Сергеевна Яценко**<sup>31</sup>. Я бы хотела рассмотреть вопросы, касающиеся наследственного права в цифровую эпоху. Прежде всего хочу отметить, что научно-техническое развитие общества происходит с чрезвычайно высокой скоростью и это серьезный вызов для права. Потому что традиционные правовые режимы не рассчитаны на появление новых объектов гражданских прав, не учитывают особенности их оборота, а это очень актуально для наследственного права, потому что оно является одним из наиболее консервативных и стабильных институтов права.

Прежде всего, речь идет о сложностях в наследовании так называемых цифровых активов. Российский законодатель все цифровые активы пока свел к цифровым правам, то есть токенам. Хотя за рубежом гораздо больше цифровых активов, куда включают не только токены и криптовалюты, но и документы, созданные с помощью программ, цифровые видео и фотографии, доменные имена, легально загруженные на компьютеры mp3-файлы, аккаунты в соцсетях, в электронной почте и т. п. Рынок таких активов сейчас многомиллиардный, но практически ни в одной стране мира не урегулирован надлежащим образом. И проблема, особенно это касается токенов и криптовалюты, обусловлена спецификой создания и оборота этих объектов через механизм распределенных реестров. Наследники, если наследодатель не оставил кодов доступа, могут не знать о том, что такой актив имелся, и даже если они об этом знали, то без кода доступа они его не смогут получить. Фактически наследование таких активов сейчас может быть невозможно. Особую актуальность приобретает вопрос наследования аккаунтов в сети. Уже складывается судебная практика в мире по этому вопросу. И как показывает практика, социальные сети всячески сопротивляются тому, чтобы допустить наследование аккаунтов, и даже в пользовательские соглашения включают особые условия.

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

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

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

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

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

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

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

**Кузбагаров Асхат Назаргалиевич**<sup>32</sup>. Применительно к теме конференции о реформировании гражданского законодательства задался вопросом, что же в итоге произошло с предметом гражданского законодательства. Ст. 2 ГК РФ отражает тройственность тех отношений, которые включены в предмет регуляции гражданско-правового акта. Классический вариант об имущественных и личных неимущественных отношениях остался, и никто не спорит с этим. Еще в 1994 г. у нас появилось понятие предпринимательской деятельности, которое было закреплено в п. 1 ст. 2 ГК РФ, и, таким образом, давнишний спор, который был в отношении самостоятельности предпринимательского права, был нивелирован и «победу» одержали те, кто считает, что гражданско-правовое регулирование является основным, а предпринимательское или хозяйственное проявление права в этой области вторично. Недавно, с 2012 г., в предмет гражданско-правового регулирования были включены корпоративные правоотношения. Таким образом, на сегодняшний день предмет гражданского законодательства включает в себя тройственность отношений: имущественные и личные неимущественные, корпоративные отношения и предпринимательскую деятельность. Если задаться вопросом, хорошо это или плохо, то нужно обратиться к последствиям этой реформы. В моем понимании, ничего хорошего из этого не получилось, поскольку считаю, что говорить о том, что отношения в рамках предпринимательской деятельности основаны на равенстве и автономии воли, что корпоративные отношения основаны на юридическом равенстве их участников, в строгом смысле нельзя. Я считаю, что, нет, такое тождество провести нельзя. Наш законодатель идет по своему пути, и объединение этих трех разных видов правоотношений под эгидой гражданского кодекса впоследствии образовало противоречивость правоприменения, когда тот же Верховный Суд РФ по определенным категориям дел занимает разные позиции с разницей лишь во времени. Бывает, что не проходит и трех лет. Суды, окружные суды по одним и тем же

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

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

**Лебедев Константин Константинович**<sup>33</sup>. Хотелось бы кратко остановиться на вопросе изменения субъектного состава предпринимательской и иных видов экономической деятельности. Понятие предпринимательской деятельности в ГК РФ претерпело изменение в 2017 г. Теперь понятие предпринимательской деятельности сформулировано таким образом: гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, должны быть зарегистрированы в этом качестве в установленном законом порядке, если иное не предусмотрено настоящим кодексом. В определении неудачно использован термин «лица», хотя понятно, что речь идет о гражданах, а не о коммерческих организациях, которые в таком качестве регистрируются. Но я хочу обратить внимание на оговорку «если иное не предусмотрено настоящим кодексом», поскольку сейчас не только Гражданский кодекс предусматривает, что граждане, ведущие предпринимательскую деятельность, могут в определенных случаях не осуществлять регистрацию, а значит, оговорка должна звучать не так, как она сейчас сформулирована, а по крайней мере, с отсылкой к действующему законодательству.

---

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

# ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2020. № 4(6)

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 15.12.2020.

Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов.

Сайт журнала <https://www.taljournal.ru>

Объем данных 2,0 Мб.

Тираж (количество носителей) 60 шт.

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