



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Августин Эдбор Ариморо

**Пандемия коронавируса (COVID-19)
как вызов системе здравоохранения Нигерии:
роль государственно-частного партнерства?**

Осветимская И. И.

**Кризис легитимности
государственной власти в эпоху глобализации**

Иштван Хоффман

**Структура системы социального
обслуживания в Венгрии**

Шалаевская В. Н.

**История развития антимонопольного
законодательства в Японии**

2020 № **3(5)**

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, 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, Мадрид

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

Мелкевик БЪЯРН, профессор Университета Лавалья, 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

<i>Вступительное слово главного редактора</i>	4
СТАТЬИ	
<i>Иштван Хоффман</i> Структура системы социального обслуживания в Венгрии	6
Перевод Разуваева Н. В., Шмарко И. К.	
<i>Августин Эдбор Ариморо</i> Пандемия коронавируса (COVID-19) как вызов системе здравоохранения Нигерии: роль государственно-частного партнерства?	19
Перевод Разуваева Н. В., Шмарко И. К.	
<i>Осветимская И. И.</i> Кризис легитимности государственной власти в эпоху глобализации	36
<i>Разуваев Н. В.</i> История римского гражданского процесса как универсальная модель эволюции правопорядков Древнего мира	47
<i>Шалаевская В. Н.</i> История развития антимонопольного законодательства в Японии	65
<i>Киченина В. С., Хузин А. Р.</i> Юрисдикционный иммунитет Российской Федерации как субъекта международного частного права	73
ЭССЕ	
<i>Ногина О. А.</i> Правовая природа дополнительного платежа по акцизам, исчисленного с применением повышающего коэффициента, и проблемы применения расчетного метода доначисления акциза в условиях применения повышенного коэффициента	79
<i>Кашаева А. А.</i> «Профессиональные качества» игроков, тренеров и расторжение трудового договора just cause	84

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

Вниманию читателя предлагается очередной выпуск журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция». Как и прежде, тематика публикаций, размещенных на страницах данного номера, при всем ее разнообразии, объединена двумя общими целями, от достижения которых зависит успех любого научного издания. Речь идет, во-первых, о рассмотрении значимых тенденций развития, характеризующих текущую ситуацию, складывающуюся в стране и в мире, и, во-вторых, о постановке проблем, обладающих высокой научной актуальностью. Эти цели во многом взаимосвязаны, по крайней мере, в контексте социального и правового познания, где изучение фундаментальных научных проблем дает вполне осязаемые практические результаты, а потребности правотворческой и правоприменительной практики приводят к обобщениям самого высокого теоретического уровня.

Представляется, что важнейшая особенность, присущая процессам, происходящим в современном мире, состоит в ускорении их динамики, чему во многом способствует внедрение цифровых технологий во все сферы общественной жизни. Постоянно усложняясь и совершенствуясь, информационные технологии активно применяются не только в науке, производстве, образовании, управленческой деятельности, но и в повседневном массовом обиходе. И если еще в начале 1970-х гг. американский социолог Д. Белл, констатируя наступление постиндустриальной эпохи, в которой главным ресурсом становится информация, считал ее монопольными обладателями ученых и иных интеллектуалов (что, по мнению исследователя, призвано обеспечить последним господствующие социальные позиции), то сегодня этот ресурс сделался всеобщим достоянием. Не обошла стороной отмеченная тенденция и правовое регулирование, юридическую науку, а также сферу высшего юридического образования, способствуя их качественной трансформации, совершенствованию, но одновременно ставя новые задачи, нуждающиеся в разрешении.

Как нередко происходило и в прошлом, катализатором изменений служат вызовы, стоящие перед человечеством в лице трудно прогнозируемых естественных факторов, а именно пандемии коронавирусной инфекции, повлиявшей на социальную динамику как в странах третьего мира, так и в высокоразвитых постиндустриальных обществах. Законодательные меры, предпринятые в условиях сохраняющейся эпидемической угрозы правительствами большинства государств, ограничивая свободу коммуникации, одновременно стимулируют развитие виртуальных средств общения, связывающих все более широкий круг адресатов информации. В свою очередь, инновации в общении создают предпосылку для возникновения новых субъективных прав и появления правовых институтов, представляющих значительный исследовательский интерес.

Рассмотренные процессы, на наш взгляд, являются наглядной иллюстрацией тезиса о том, что изменения в правовой сфере (в том числе в долгосрочной исторической перспективе) имеют своей предпосылкой человеческую коммуникацию. Данное обстоятельство придает особую актуальность рассмотрению проблем эволюции правопорядка, проливая свет на ряд общетеоретических закономерностей. На страницах журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» уже не раз обсуждались конструктивистские свойства правовых явлений, ставшие предметом постклассической теории права. Не вызывает сомнений, что правовая реальность во всех ее аспектах и проявлениях конструируется членами общества в процессе коммуникации.

Вместе с тем деятельность, направленная на конструирование правопорядка, имеет историческое измерение. Одна из наиболее актуальных задач постклассического правопонимания состоит в изучении закономерной взаимосвязи конструктивистского, системно-структурного и историко-эволюционного измерений правовой реальности. Заметный вклад в ее решение вносят работы, публикуемые в настоящем номере, многие из которых посвящены проблемам зарубежного и международного права, рассматриваемым в широком историко-теоретическом контексте. С особым удовольствием можно констатировать неизменное присутствие на страницах журнала ведущих зарубежных юристов, чьи исследования проливают свет на новейшие тенденции развития законодательства ряда стран, как Европейского континента, так и других регионов мира.

В статье профессора И. Хоффмана рассмотрено структурное реформирование системы социального обслуживания в Венгрии и сформулирован ряд общих выводов, представляющих значительный интерес для российских специалистов, работающих в соответствующей области. Заслуживает пристального внимания предложенная автором типология моделей социального обслуживания, действующих в различных странах Центральной и Восточной Европы. Как показывает И. Хоффман, особенности этих систем определяются историческими традициями и особенностями правопорядка, но при этом децентрализованные модели, способные гибко реагировать на общественные запросы, обладают преимуществами перед централизованными, иерархическими моделями, чья эффективность в динамично изменяющемся правопорядке постиндустриальной цивилизации демонстрирует свою ограниченность.

Тематику, затронутую в данной публикации, развивает статья А. Э. Ариморо, содержащая развернутый анализ опыта системы здравоохранения Нигерии по борьбе с последствиями пандемии коронавируса COVID-19. Основной вывод нигерийского ученого состоит в том, что решение глобальных проблем, нуждающихся в комплексном подходе, предполагает участие не только управленческих структур, но и широкую частную инициативу, прежде всего, некоммерческих организаций, являющихся основными производителями и поставщиками услуг общественного сектора экономики, в том числе медицинских услуг. В подобной ситуации представляется вполне закономерным активное развитие института государственно-частного партнерства, служащего, по всей видимости, оптимальным ответом на многие вызовы, стоящие перед развивающимися странами.

Актуальные теоретические вопросы, приобретающие новое звучание в постклассической парадигме, затронуты в публикации И. И. Осветимской, подробно обсуждающей предпосылки кризиса легитимности современного государства и намечающей перспективы трансформации политической власти в условиях цифровизации правопорядка и становления информационного общества. Нельзя не согласиться с мнением исследователя, что преодоление кризисных тенденций возможно лишь при условии качественного преобразования структуры государственной власти, сопряженного с преобразованием многих вертикально-иерархических связей в связи горизонтальные, основанные на равенстве участников и взаимном согласовании интересов различных социальных акторов. Данный вывод находит свое подробное обоснование и на сравнительно-правовом материале, в работе В. Н. Шалаевской, посвященной истории и перспективам развития антимонопольного законодательства Японии.

Общие концептуальные положения, сформулированные авторами, получают последовательное развитие в исследованиях специалистов в области международного и внутригосударственного российского права. Так, в статье В. С. Кичениной и А. Р. Хузина изучается широко обсуждаемая проблема юрисдикционного иммунитета Российской Федерации в международном праве, а в работах О. А. Ногиной и А. А. Кашаевой рассмотрены актуальные новеллы российского частного и публичного права. Полагаем, что такой междисциплинарный подход, используемый во всех областях юридического знания, в перспективе способен придать мощный стимул теоретическим разработкам, что, без сомнения, вызовет интерес читателей журнала.

*Главный редактор
Разуваев Николай Викторович*

Структура системы социального обслуживания в Венгрии¹

Иштван Хоффман

Доктор юридических наук, профессор кафедры административного права юридического факультета Университета Этвёша Лоранда, Будапешт, Венгрия; hoffman.istvan@ajk.elte.hu;
 профессор кафедры публичного международного права факультета права и управления Университета Марии Кюри-Склодовской, Люблин, Польша; i.hoffman@poczta.umcs.lublin.pl

АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются изменения, происходящие в настоящее время в сфере социального обслуживания Венгрии. Во-первых, рассмотрены теоретические и международно-правовые аспекты проблемы. Во-вторых, статья описывает процесс изменения системы социального обслуживания в Венгрии в последние десятилетия. В работе выявлены и описаны процессы концентрации и централизации предоставления социальных услуг. В-третьих, анализируется разнородный характер муниципальной системы социального обслуживания, которая в значительной степени была централизована в последние пять лет. Эффектом от централизации, как показано в статье, является повышение роли финансирования в условиях территориальной структуры предоставления социальных услуг.

Ключевые слова: социальное обеспечение, муниципальное социальное обслуживание, финансирование, централизация, концентрация, территориальная структура

Structure of the Personal Social Services in Hungary

István Hoffman

Professor, Ph.D. in Law, Eötvös Loránd University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Budapest, Hungary; hoffman.istvan@ajk.elte.hu
 Professor, Marie Curie-Skłodowska University, Faculty of Law and Administration, Department of Public International Law, Lublin, Poland; i.hoffman@poczta.umcs.lublin.pl

ABSTRACT

The article reviews the changes of the service provision system, especially the structure of the Hungarian social care. Firstly, theoretical and international backgrounds of the topic are shown. Secondly, the article presents the transformation of the Hungarian social care in the last decades. Here, a tendency of concentration and centralisation can be observed. Thirdly, the mixed nature of the Hungarian municipal social care system is analysed, which system have been strongly centralised in the last five years. The effects of the centralisation are analysed as well, the article shows, that the changes of the funding have the most significant impact on the spatial structure of the service provision.

Keywords: social care, municipal social care, funding, centralisation, concentration, spatial structure

1. Введение: гипотеза и метод исследования

За последнее десятилетие система социального обслуживания в Венгрии претерпела существенные изменения. Изначально система была построена на основе сильных, но территориально обособленных муниципальных образований. Основная цель реформирования системы в последнее десятилетие состояла в первую очередь в выстраивании низового уровня модели венгерской системы социального обслуживания. Второй целью реформы являлось достижение экономии бюджета за счет эффекта масштаба системы. В настоящей статье исследуются методы регулирования и соответствующая система бюджетной

¹ Статья написана на основе данных исследовательского проекта «Ограничение правоспособности совершеннолетних граждан в Венгрии» № ОТКА FK 132513 (руководитель проекта: профессор, доктор István Hoffman), проводимого при финансовой поддержке Венгерского национального бюро исследований, разработок и инноваций.

поддержки, применяемые с указанной целью. Таким образом, в основе настоящего исследования лежит догматический подход, вместе с тем большое внимание уделяется анализу опыта регулирования и практическим результатам реализации новой системы социальной поддержки.

В начале статьи приводится обзор основных моделей социального обслуживания. Такой сравнительный анализ является очень полезным: в основе различных административных систем и парадигм лежат разные концепции территориальной структуры предоставления соответствующих услуг. После небольшого сравнительного исследования будут использованы методы юридического и бюджетного анализа, чтобы показать изменения системы социального обслуживания и смену парадигмы в предоставлении соответствующих услуг после 2011–2012 гг. В итоговой части статьи анализируются результаты и достигнутые эффекты централизованной модели.

2. Социальное обслуживание и местные органы власти

В социальном государстве важную роль играет деятельность муниципалитетов по предоставлению услуг в сфере социального обслуживания. При этом система социального обслуживания частично или полностью базируется на локальных структурах, различные модели организации которых получили практическую реализацию².

В основе таких моделей лежат различные подходы, определяемые особенностями системы социальной поддержки, присущими данной стране, системой муниципального управления, а также территориальной организацией государства³.

Характеристика моделей, описываемых в данной главе, базируется главным образом на *роли муниципалитетов и территориальной организации предоставления (социальных) услуг*. Так, можно выделить *централизованные и децентрализованные модели*.

2.1. Децентрализованная модель

Децентрализованная модель строится на том, что главная роль в предоставлении социальных услуг отводится *муниципалитетам*. В этой модели органы местного самоуправления несут ответственность за предоставление социальных услуг, а центральные органы власти имеют крайне ограниченные задачи.

Можно выделить два типа децентрализованных систем: первая — это модель, ориентированная на местные сообщества, в которой важную роль играют муниципалитеты низового уровня; вторая — модель, сосредоточенная на региональном уровне, в которой основные и наиболее важные социальные услуги предоставляются региональными органами власти (органы управления 2-го уровня). Межмуниципальное взаимодействие носит главным образом вспомогательный характер и имеет большое значение в модели, ориентированной на местные сообщества.

2.1.1. Модель, ориентированная на местные сообщества

В этой модели социальные услуги предоставляются на муниципальном уровне (первый уровень), что обусловило ее широкое распространение в странах, где существует развитая система *местного самоуправления*. Социальные услуги на местном уровне включают в себя базовые услуги по социальному обеспечению (например, социальное обслуживание на дому, социальное питание). В этой модели роль региональных органов управления имеет вспомогательный характер и сводится, в частности, к предоставлению таких социальных услуг, которые не могут быть предоставлены на уровне местных сообществ (в том числе некоторые специализированные услуги, предоставляемые в социальных и медицинских учреждениях).

Несмотря на то, что в этой модели предоставление социальных услуг в первую очередь осуществляется на муниципальном уровне (первый уровень), можно выделить два подтипа данной модели в зависимости от территориальной и муниципальной системы организации власти в рассматриваемых странах.

Большие муниципалитеты с широким кругом обязанностей по предоставлению социальных услуг (скандинавская модель). Скандинавские страны демонстрируют пример модели, ориентированной на местные сообщества. В *Швеции* Закон о социальном обеспечении (SFS 2001: 453) закрепил положения, в соответствии с которыми именно муниципальные органы, или органы *власти* первого уровня, ответственны за предоставление социальных услуг⁴. В *Финляндии* реализована модель, аналогичная шведской⁵.

Дания и Норвегия имеют смешанные системы, поскольку местные сообщества (муниципалитеты первого уровня) несут ответственность за предоставление базовых социальных услуг и большинство услуг, предоставляемых в социальных учреждениях, в то время как региональные органы власти (второй уровень) то-

² Lőrincz, L. *A közigazgatás alapintézményei*. Budapest : HVG-Orac, 2005. Pp. 191–194.

³ Hoffman, I. A személyes jellegű szociális szolgáltatások igazgatása // In: Horváth, T. M. and Bartha, I. (eds): *Közszolgáltatások megszervezése és politikái. Merre tartanak?* Budapest and Pécs : Dialóg Campus, 2016. Pp. 330–332.

⁴ Strömhölm, S. *An introduction to Swedish law*. Stockholm : Norstedts, 1981. P. 93; Thakur, S. et al. *Sweden's welfare state. Can the bumblebee keep flying?* Washington D. C. : International Monetary Fund, 2003. P. 8.

⁵ Niemelä, H., Salminen, K. *Social security in Finland*. Helsinki : Finnish Centre for Pensions, 2006. Pp. 17–18.

же имеют определенные полномочия в этой сфере, так как предоставляют услуги в области социальной защиты детей, а также в области решения общественных проблем алкоголизма и наркомании.

Модель социального обеспечения, ориентированная на предоставление социальных услуг на местном уровне с дополнительными обязанностями властей на региональном уровне и межмуниципальным взаимодействием. Большинство европейских стран придерживаются этой модели, потому что она подходит для применения в странах с различным муниципальным и социальным устройством. В таких государствах — принимая в расчет тот факт, что в них действует главным образом модель социального государства Бисмарка (континентальная модель) — социальные услуги, предоставляемые на местном муниципальном уровне, реализуются по принципу нуждаемости, то есть в зависимости от материального положения адресата, и играют дополнительную роль.

К этой модели также можно отнести страны с **романской системой организации местной власти**, например, **Италию и Бельгию**. В **Италии** муниципалитеты на уровне поселений (**коммуны**) в первую очередь несут обязанности по предоставлению социальных услуг, включая уход за пожилыми людьми, защиту детей и молодежи, а также помощь людям с ограниченными возможностями. Региональные муниципалитеты (**регионы**), со своей стороны, координируют и регулируют деятельность по предоставлению таких услуг. Из широкого спектра муниципальных задач в итальянском публичном праве были законодательно предусмотрены инструменты для регулирования проблем, связанных с эффектом масштаба системы. Таким инструментом являются межмуниципальные ассоциации, создание которых в ряде случаев является обязательным требованием. Развитие данного направления в системе социального обслуживания активизировалось в результате реформы *legge Delrio* (2014)⁶, которой поощрялось создание межмуниципальных ассоциаций в целях предоставления различных социальных услуг⁷.

В **Бельгии** за предоставление социальных услуг ответственность несут прежде всего местные органы власти. Муниципальные социальные службы организуются общественными центрами социального обеспечения (*openbare centra voor maatschappelijk welzijn, centres publics d'aide sociale*) независимо от региона, к которому относятся муниципалитеты⁸. Эти центры в профессиональном отношении независимы от муниципальной власти, но их бюджеты утверждаются местными советами⁹. Несмотря на то, что количество муниципалитетов (*gemeente, commune*) было существенно сокращено в Бельгии в течение 1970-х гг., межмуниципальные ассоциации были учреждены в соответствии с административным правом Бельгии в целях обеспечения выравнивания несоответствия размера поселений. Районы в Бельгии, которые могут рассматриваться в качестве субъектов федерального государства, отвечают за предоставление дорогостоящих социальных услуг¹⁰.

В **Словакии** местные муниципалитеты несут ответственность за предоставление базового социального обслуживания вне социальных учреждений, а региональные муниципалитеты, районы (*kraj*), отвечают за социальные услуги, предоставляемые в социальных учреждениях, и услуги по защите детей¹¹. **Чешская Республика** придерживается аналогичной модели. **Польша** занимает особенное место в рассматриваемом вопросе среди стран Вышеградской четверки, учитывая значительный размер территории и численность населения¹². Система местного самоуправления в Польше является трехуровневой. Муниципалитеты первого уровня (*gminy*) отвечают за предоставление социальных услуг вне социальных учреждений и услуг в области защиты детей. Предоставление дорогостоящих социальных услуг отнесено к компетенции органов местного самоуправления второго уровня — районов (*powiaty*). Местное самоуправление на третьем уровне — на уровне воеводств — не наделено полномочиями в сфере предоставления социальных услуг. Межмуниципальные ассоциации не имеют существенной роли в системе муниципального управления в Польше из-за высокой концентрации муниципалитетов¹³.

2.1.2. Модель социального обеспечения, централизованная на уровне региональных органов власти

Система социального обслуживания **Великобритании** может быть охарактеризована как система, централизованная на региональном уровне. Профессионально независимые местные службы социального обслуживания на уровне советов графств и окружных советов обязаны предоставлять социальные услуги¹⁴.

⁶ Legge Delrio — итальянский закон от 7 апреля 2014 г. № 56 в редакции Законов от 23 июня 2014 г. № 89 и от 11 августа 2014 г. № 114, реорганизовал систему местного управления и внес изменения в полномочия местных администраций. — Прим. ред.

⁷ Vandelli, L. *Città metropolitane, province, unioni, e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2014. Pp. 125–145.

⁸ Bocken, H., de Bondt, W. *Introduction to Belgian law*. Kluwer Law International, 2001. P. 70.

⁹ Aerts, Y., Siegmund, H. *Kommunalpolitik in Europa* // in Belgium, In Wehling, H. G. (ed.). Berlin, Stuttgart and Köln: Verlag V. Kohlhammer, 1994. P. 110.

¹⁰ Supra note 7. Pp. 70–71.

¹¹ Nižňanský, V. *Verejná správa na Slovensku*. Bratislava: Government of Slovakia, 2005. P. 56; Malikova, L. Regionalization of Governance: Testing the Capacity Reform // In: Baldersheim, H. and Batora, J. (eds.): *The Governance of Small States in Turbulent Times: The Exemplary Cases of Norway and Slovakia*. Opladen: Barbara Budrich Publishers, 2012. P. 210.

¹² Вышеградская четверка, или V4, является культурным и политическим союзом четырех стран Центральной Европы — Чехии, Венгрии, Польши и Словакии. — Прим. ред.

¹³ Wollmann, H., Lankina, T. Local Government in Poland and Hungary: from post-communist reforms towards EU-accession // In Baldersheim H. et al. (eds.), *Local Democracy in Post-Communist Europe*. Opladen: Leske + Budrich, 2003. P. 106.

¹⁴ Arden, A., Manning, J., Collins, S. *Local Government Constitutional and Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell, 1999. Pp. 103–104.

Реформы, проведенные в рамках подхода Нового государственного управления (NPM) в 1980-х и 1990-х гг., значительно изменили роль местных органов власти: они стали организаторами оказания услуг, а не их поставщиками¹⁵. В условиях этих изменений существенно повысилась роль частного сектора как поставщика этих услуг. В целях выбора поставщика социальных услуг были введены *процедуры проведения обязательных тендеров*. В результате реформы органы местной власти приобрели функцию менеджеров, управляющих предоставлением социальных услуг, вместо ранее признанной за ними роли исполнителей этих услуг¹⁶. Эта модель существенно не изменилась по результатам проведения реформы лейбористской партии в конце 1990-х гг.¹⁷

2.2. Централизованная модель

В первую очередь примером реализации централизованной модели социального обслуживания является *Германия*. В ст. 3 12-й Книги о персональной социальной помощи Социального кодекса (*Sozialgesetzbuch — SGB*) установлено, что персональная социальная помощь предоставляется назначенными муниципальными органами и назначенными административными органами выше, чем органы местного уровня. Как правило, местными административными органами, отвечающими за социальное обслуживание, в Германии являются округ (*Landkreise*) (районы в Германии, подобные графствам)¹⁸, и унитарные советы поселений, образующих самостоятельный район (*kreisfreie Städte*), — если местный социальный закон (*Landessozialrecht*) не содержит исключений¹⁹. На уровне провинций (*Länder*) могут назначаться органы, ответственные за предоставление региональных (*überörtlich*) социальных услуг. Федеральные земли (*Bundesländer*) уполномочены в соответствии со ст. 99 12-й Книги Социального кодекса назначать местные муниципалитеты (*Gemeinde*) и обычно в обязательном порядке межмуниципальные ассоциации (*Gemeindeverbände*) для обеспечения предоставления некоторых базовых персональных социальных услуг. 12-я книга Социального кодекса Германии определяет, что, если местные акты не содержат иных положений, за предоставление социальных услуг инвалидам, за сестринский уход и социальные услуги, а также за предоставление установленных законом социальных услуг в случае кризисных ситуаций отвечают органы власти, административный уровень которых выше немецких округов (*Kreise*) (так называемый межрегиональный уровень *überörtlich*)²⁰. Таким образом, федеральные земли, являющиеся субъектами ФРГ, имеют наиболее важное значение в сфере предоставления персональных социальных услуг²¹.

Бавария имеет специфические особенности в этом отношении, которые заключаются в том, что в этой самой большой федеральной земле Германии система местного самоуправления разделена не на два, а на три уровня: семь областей (*Bezirke*) имеют собственные правительства²². Задачи социального обслуживания распределены между средним уровнем административного деления (уровень округа — *Kreis*) и унитарными местными советами поселений (*kreisfreie Städte*), а также более высоким уровнем муниципалитетов, чем округ, — уровнем области (*Bezirke*).

В результате общего обзора особенностей разных стран в построении системы предоставления социальных услуг можно отметить, что особенную роль в этом процессе играют органы власти на уровне местного самоуправления. Даже в странах с централизованной системой предоставления социальных услуг местные муниципалитеты могут наделяться определенными полномочиями в этой сфере. Очевидно, что территориальная организация системы предоставления социальных услуг зависит от территориальной структуры соответствующего государства, особенно территориальной структуры муниципалитетов.

Рассмотрев основные модели территориальной организации системы социального обслуживания, обратимся к описанию венгерской системы предоставления социальных услуг, но вначале поговорим о структуре социальных услуг в Венгрии.

3. Система социального обслуживания в Венгрии

Эта часть работы написана с использованием метода юридического анализа. В первую очередь я бы хотел описать структуру венгерской системы социального обслуживания, особенно ее изменения и роль муниципалитетов в системе предоставления государственных услуг. После этого я хотел бы кратко рассмотреть изменения в организации социального обслуживания в Венгрии и, наконец, вкратце опишу реформу

¹⁵ Jones, B., Thompson, K. Administrative Law in the United Kingdom // In Seerden, R. and Stroink, F. (eds.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States. A Comparative Analysis*. Antwerpen — Groningen : Intersentia, 2007. P. 232.

¹⁶ Wilson, D., Game, C. *Local Government in the United Kingdom*. Basingstoke & New York : Palgrave Macmillan, 2011. Pp. 135–136.

¹⁷ Healy, J. The Care of Elder People: Australia and the United Kingdom // *Social Policy and Administration*. 2002. Vol. 36. Issue 1, pp. 6–8. DOI: 10.1111/1467-9515.00266

¹⁸ Steiner, U. *Besonderes Verwaltungsrecht*. Heidelberg : C. F. Müller, 2006. Pp. 147–148.

¹⁹ Waltermann, R. *Sozialrecht*. Heidelberg : C. F. Müller, 2009. P. 129.

²⁰ Eichenhofer, E. *Sozialrecht*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2007. P. 298.

²¹ Baron v. Maydell, B., Ruland, F., Becker, F. *Sozialrechtshandbuch*. Baden-Baden : Nomos, 2008. P. 408.

²² Reiners, M. *Verwaltungsstrukturereformen in den deutschen Bundesländern. Radikale Reformen auf der Ebene der Staatlichen Mittelinstanz*. Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008. P. 154.

этой системы. Такой анализ имеет целью показать основные особенности недавно созданной в Венгрии системы государственной территориальной организации.

3.1. Венгрия — страна с дискретной муниципальной системой

В Венгрии существует дискретная структура территориального устройства. Большинство муниципальных образований в Венгрии имело менее чем 1000 жителей в 2010 г. (см. таблицу 1).

Таблица 1

Население муниципальных образований Венгрии (1990–2010 гг.)

Год	0–499	500–999	1000–1999	2000–4999	5000–9999	10 000–19 999	20 000–49 999	50 000–99 999	100 000	Всего
	Жители									
1990	965	709	646	479	130	80	40	12	9	3070
2000	1033	688	657	483	138	76	39	12	9	3135
2010	1086	672	635	482	133	83	41	11	9	3152

Источник: Szigeti²³, 2013, p. 282

Как следствие, предоставление государственных услуг на местном уровне — включая социальные услуги, — в Венгрии было организовано с учетом этой особенности, и межмуниципальное сотрудничество играет в этой сфере значительную роль.

3.1.1. Персональные социальные услуги до 1945 г.

В XIX в., когда современное венгерское государственное управление находилось в стадии становления, социальные услуги занимали скромное место среди основных направлений деятельности публичной власти. Существовала только система услуг для беднейшего населения и услуг по защите детей. Эта фрагментированная и недостаточная система была построена на основе местных сообществ, которые имели ограниченное самоуправление под контролем муниципалитетов округа²⁴.

3.1.2. Система социального обслуживания при управлении администрацией советского типа

После Второй мировой войны в Венгрии была сформирована система государственного управления по типу управления в Советском Союзе. Система управления была кардинальным образом реформирована после 1950 г. Самоуправление общинами, городами и округами было прекращено, а бывшие межмуниципальные объединения также были ликвидированы²⁵. Система социального обслуживания выпала из зоны внимания государственного управления в Венгрии. Во-первых, предоставление социальных льгот представляло собой «табу» в системе управления советского типа, потому что аксиомой коммунистического режима признавалось, что бедность была ликвидирована социализмом. Персональные социальные услуги и социальное страхование оставались задачами уровня государственного управления²⁶. Данная модель была изменена в ходе реформ 1968 г., в результате которых значимость предоставления персональных социальных услуг существенно выросла. Хотя в рамках реформы проводилось укрупнение местных территориальных образований как важной части системы предоставления государственных услуг, межтерриториальные ассоциации также были воссозданы. Была создана двухуровневая система: местные советы, составлявшие 1-й уровень, отвечали за базовую социальную помощь, а советы графств (округов) на 2-м уровне отвечали за социальную помощь в социальных учреждениях. Основным элементом этой системы были крупные учреждения, в которых предоставлялась в основном стационарная социальная помощь. В течение 1980-х гг. структура социального управления стабилизировалась.

3.1.3. Демократический переход и возрождение системы социального управления

В 1990 г. была создана новая система органов местного самоуправления на основании поправки к Конституции и Закона LXV 1990 г. о местном самоуправлении. Новая система была двухуровневая и централизована на уровне органов местной власти. Первый уровень составил уровень местного управления. В соответствии с Законом о местном самоуправлении 1990 г. деревни, поселки, города, областные (окружные) города (центры) и Будапешт как столица государства получили статус муниципалитетов. Вторым уровнем стал уровень округов. Органы власти округа выполняли промежуточную роль поставщика услуг, но муниципалитеты уровня местных сообществ могли в значительной степени обойтись без предоставления услуг на уровне округа. Характер венгерской системы местного самоуправления, сконцентрированной на местном уровне, был усилен системой добровольных межмуниципальных объединений.

²³ Szigeti, E. A közigazgatás területi változásai // In: Horváth, T. M. (ed.): *Kilengések. Közszolgáltatási változások*. Budapest and Pécs: Dialóg Campus, 2010. P. 282.

²⁴ Hoffman, I. *Önkormányzati közzolgáltatások szervezése és igazgatása*. Budapest: ELTE Eötvös Kiadó, 2009. Pp. 89–90.

²⁵ Ibid. Pp. 105–109.

²⁶ Krémer, B. *Bevezetés a szociálpolitikába*. Budapest: Napvilág, 2009. P. 126.

В 1993 г. был принят Закон III о социальном управлении и о социальном пособии. Этим законом регулировалась выплата социальных пособий и предоставление персональных социальных услуг. Таким образом, была создана новая система социального обслуживания, централизованная на местном уровне. Местные муниципалитеты — поселения и города — были ответственны за предоставление базовых социальных услуг, а органы местной власти на уровне округов и городов, имеющих статус округов, несли обязанности по предоставлению услуг социального обслуживания в социальных учреждениях. Местные муниципалитеты могли взять на себя предоставление социальной помощи в социальных учреждениях. Большая часть социальных услуг предоставлялась на местном уровне, в то время как уровень округов — региональных муниципальных властей — имел практически исключительно вспомогательные задачи: на этом уровне обеспечивалось предоставление социальной помощи в социальных учреждениях, только если местные органы власти не имели возможности организовать предоставление таких услуг²⁷.

3.1.4. Институционализация и недостатки системы

Несмотря на то, что закон о социальном управлении и пособиях был принят в 1993 г., институционализация новой системы предоставления социальных услуг потребовала нескольких лет. Как я упомянул выше, предоставление персональных социальных услуг базировалось на институтах, созданных ранее 1990 г.²⁸ Данная система базовых социальных услуг, предоставляемых на местном уровне, развивалась в несколько этапов.

Практически период становления институтов системы социальных услуг закончился в конце 2000-х гг., таким образом после 2000 г. можно было проанализировать недостатки сложившейся системы. Эти недостатки в первую очередь были связаны с недочетами новой системы муниципального устройства. После 1990 г. в Венгрии сформировалась модель местной и локально централизованной системы местного самоуправления, в структуре которой основные обязанности принадлежали поселениям и городам. Эта раздробленная территориальная структура была усилена в результате демократических перемен, как противовес предыдущему коммунистическому периоду: когда обязательные межмуниципальные объединения (так называемые общие сельские советы) решали проблемы неэффективности масштаба системы. Эта обязательная форма межмуниципального взаимодействия была непопулярна среди венгерских муниципалитетов; следовательно, она исчезла вместе с демократическими изменениями, предоставив возможность развитию тенденции к дезинтеграции в переходный период²⁹.

Проблемы территориальной раздробленности и соответствующие ей проблемы неэффективности системы пытались разрешить посредством межмуниципального взаимодействия, которое осуществлялось на добровольной основе. Эти новые типы объединений (ассоциаций) не могли преодолеть проблемы дезинтеграции, поскольку носили исключительно добровольный характер, а также не были обеспечены достаточной финансовой поддержкой из государственного бюджета. В результате количество предоставляемых социальных услуг составило всего 120 наименований в 1992 г., причем в эти годы сократилось количество объединенных муниципальных органов управления: количество муниципальных служащих в 1991 г. составляло 529, в 1994 г. — 499, и только 260 межмуниципальных объединений действовало к 1994 г. Отсутствие межмуниципального сотрудничества, раздробленное территориальное устройство и слабая, вспомогательная роль государственных служб промежуточного уровня местных органов власти округа привели к значительным сбоям в предоставлении услуг. Органы местного самоуправления, особенно небольших сельских поселений, которые составляли большинство муниципалитетов в Венгрии, не были способны решать большую часть муниципальных задач. В 2005 г. 725 муниципалитетов, то есть почти четверть всех муниципалитетов Венгрии, не предоставляли большую часть базовых социальных услуг, таких как организация питания и социальное обслуживание на дому³⁰. Предоставление социальных услуг на уровне муниципалитета являлось задачей исключительно самого муниципалитета, как следствие, муниципалитеты были обязаны предоставлять социальные услуги, и их предоставление осуществлялось при финансовой поддержке государственного бюджета. Предоставление финансирования из бюджета было ограничено. В 2006 г. только 50,4% муниципальных расходов на социальное обслуживание финансировалось из государственного бюджета³¹. Небольшие поселения, которые имели весьма ограниченные доходы, с трудом справлялись с данными обязанностями.

Хотя в сфере оказания базовых социальных услуг имелись недостатки, социальная помощь в социальных учреждениях была относительно хорошо организована как наследие прежней системы предоставления социальных услуг. Недочеты в системе базовых социальных услуг привели к нарушениям в системе соци-

²⁷ Velkey, G. Központi állam és a helyi önkormányzatok, In: Ferge, Zs. (ed.): *Magyar társadalom- és szociálpolitika 1990–2015*. Budapest : Osiris, 2017. Pp. 128–133.

²⁸ Ibid. Pp. 126–128.

²⁹ Supra note 20. Pp. 30–31.

³⁰ Rácz, K. Szociális feladatellátás a kistélepüléseken és a többcélú kistérségi társulásokban // In: Kovács, K. & Somlyódyne Pfeil, E. (eds.): *Függőben. Közszolgálat-szervezés a kistélepülések világában*. Budapest : KSZK ROP 3.1.1. Programigazgatóság, 2008. P. 191.

³¹ Ibid. P. 189.

ального обслуживания: люди, которые нуждались в получении базовых социальных услуг, в результате получали услуги в социальных учреждениях, поскольку базовые социальные услуги были не доступны³².

Другим проблемным вопросом был так называемый «тест на определение нуждаемости в помощи»: такой тест частично проводился учреждениями и поставщиками услуг, в связи с чем он не соответствовал критерию незаинтересованности, а средства защиты в отношении принятых по результатам такого теста решений о наличии или отсутствии необходимости социальной помощи были ограничены³³.

В результате в конце 2000-х гг. между венгерскими экспертами был достигнут консенсус о необходимости проведения реформы.

3.2. Реформа системы социального обеспечения

3.2.1. Первый этап: новые формы муниципального взаимодействия (2005–2007 гг.)

Первый этап реформы системы социального обслуживания состоял в муниципальной реформе. Во-первых, в конце 1990-х гг. было введено регулирование деятельности различных межмуниципальных объединений, и после 1997 г. были введены новые дополнительные государственные субсидии для ускорения формирования добровольных межмуниципальных объединений³⁴. В результате данных изменений количество межмуниципальных ассоциаций резко выросло (см. таблицу 2).

Таблица 2

Количество межмуниципальных объединений, ответственных за предоставление государственных социальных услуг в период между 1992 и 2005 г.

Год	Количество межмуниципальных объединений, ответственных за предоставление государственных социальных услуг
1992	120
1994	116
1997	489
1998	748
1999	880
2003	1 274
2005	1 586

Источник: Belügyminisztérium, 2005. P. 205³⁵

В 2004 г. на законодательном уровне был введен новый тип межмуниципальной ассоциации — микро-региональная многоцелевая ассоциация, основой которой послужила форма межмуниципальной ассоциации SIVOM, используемая во Франции. Центральное правительство в существенной степени оказывало поддержку предоставления социальных услуг посредством таких ассоциаций: в 2004 г. доля целевых субсидий, предоставленных таким ассоциациям, составила 1,19% от всего объема субсидий, выданных центральным правительством местным органам власти, а в 2011 г. эта сумма достигла уже 2,91%³⁶.

3.2.2. Частичная реформа системы персональных социальных услуг

В 2007 г. был проведен следующий этап реформы системы социального обслуживания. Закон о реформировании системы внес изменения в закон о социальном управлении и о социальных пособиях. Децентрализованная система, предоставление социальных услуг в рамках которой сконцентрировано на местном уровне, осталась, но частичное ее изменение было направлено на разрешение проблемных вопросов, связанных с предоставлением социальных услуг. Также частично был изменен порядок финансирования предоставления социальных услуг: доля финансирования из государственного бюджета расходов на предоставление базовых социальных услуг была увеличена, что незамедлительно привело к увеличению числа лиц, получающих соответствующие услуги. Например, в 2007 г. 45 989 человек получали услуги по уходу на дому, в 2008 г. их было уже 48 120 человек, а в 2009 г. — 63 392 человека (KSH, 2017³⁷). Предоставление услуг межмуниципальными ассоциациями также было

³² Krémer, B., Hoffman, I. Amit a SZOLID Projekt mutat. Dilemmák és nehézségek a szociális ellátások, szolgáltatások és az igazgatási reformelképzelések terén, 2005. *Esély* 16 (3), P. 35.

³³ Ibid. Pp. 50–51.; Rozsnyai, F. K. Current Tendencies of Judicial Review as Reflected in the New Hungarian Code of Administrative Court Procedure // *Central European Public Administration Review*. 2019. Vol. 17 No. 1. Pp. 9–10.

³⁴ Balázs, I. 'L'intercommunalité en Hongrie' // in Steckel-Assouère, M. C. (ed.), *Regards croisés sur les mutations de l'intercommunalité*. Paris: L'Harmattan, 2014. P. 428.

³⁵ Belügyminisztérium: *A helyi önkormányzati rendszer tizenöt éve. 1990–2005. 15 év a magyar demokrácia szolgálatában*. Budapest: BM Duna Palota és Kiadó, 2005.

³⁶ Hoffman, I. A helyi önkormányzatok társulási rendszerének főbb vonásai // *Új Magyar Közigazgatás*. 2011. Vol. 4 (1). P. 31.

³⁷ Központi Statisztikai Hivatal (2017): *Éves társadalomstatisztikai adatok 2000–2016* [Электронный ресурс]. URL: http://www.ksh.hu/docs/hun/xstadat/xstadat_eves/i_fsi002b.html?down=644 (дата обращения: 17.06.2017) (KSH, 2017).

поддержано реформой финансирования. Доля финансирования совместного предоставления муниципалитетами услуг была увеличена.

Также была изменена процедура принятия решений о необходимости предоставления социальной помощи. Была создана новая модель: решение о необходимости предоставления помощи принималось независимой комиссией, которая была организована главными государственными служащими при городских муниципалитетах (городскими клерками — *jegyző*). Подробные условия проведения «теста на определение нуждаемости в помощи» были установлены в приказе министерства, в котором была осуществлена попытка ввести объективные критерии для принятия соответствующих решений³⁸.

3.2.3. Результат конституционной и муниципальной реформ периода централизации после 2011 г.

Регулирование предоставления социальных услуг на муниципальном уровне в предыдущий период времени было кардинально изменено; ранее существовавшая децентрализованная система была трансформирована новой Конституцией — Основным Законом Венгрии, а также новым Муниципальным Кодексом — Законом CLXXXIX 2011 г. о местном самоуправлении в Венгрии (далее — Закон о МСУ). Роль муниципалитетов в предоставлении социальных услуг на местном уровне была ослаблена, а перечень задач в этой области ограничен. Законодательному органу разрешалось ограничивать количество вопросов, решаемых местными органами власти в рамках новой системы регулирования. В результате изменения модели предоставления услуг концентрация объема социальных услуг на местном уровне частично утратила свое значение. Регулирование добровольно принимаемых на себя задач также было изменено. Такая модель системы социального обеспечения была выбрана в целях уменьшения фрагментации государственной системы социального обслуживания: решение наиболее проблематичных вопросов было передано на уровень государственных органов, которые, в свою очередь, были представлены на местном уровне в лице государственных учреждений. Количество вопросов, решаемых местными органами власти, было существенно сокращено, что отразилось на размерах расходов местных органов власти: если до реформы в 2010 г. общие расходы органов местного самоуправления составляли 12,8% ВВП, то в 2016 г. они составили только 8,1% ВВП (см. таблицу 3).

Таблица 3

Общие расходы местного самоуправления в Венгрии в 2002–2015 гг., % от ВВП

Год	2002	2006	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Общие расходы местного самоуправления в Венгрии (% от ВВП)	12,9%	13,0%	12,8%	11,6%	9,4%	7,6%	7,9%	8,1%

Источник: Eurostat, 2016³⁹

Основные задачи в области образования, предоставления медицинской помощи, стационарных социальных услуг и социальной защиты детей в специальных учреждениях теперь решаются органами центрального государственного правительства^{40,41}. Муниципальные власти округа утратили свои полномочия в сфере социального обслуживания (включая услуги в области социальной защиты детей). Хотя базовые социальные услуги оказываются на муниципальном уровне, как и некоторые стационарные услуги в сфере социальной защиты пожилых людей, предоставление большинства социальных услуг в социальных учреждениях отнесены к компетенции государственных органов. Большинство поставщиков социальных услуг в социальных учреждениях и учреждениях социальной защиты детей управляются окружными учреждениями Главного управления по социальной защите и защите детей, которое является агентством Министерства людских ресурсов Венгрии⁴².

³⁸ Supra note 26. Pp. 193–194.

³⁹ Eurostat (2016): *Total Government Expenditures* [Электронный ресурс]. URL: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/refreshTableAction.do?jsessionid=9ea7d07e30dcd247b519937c4d909261df02fe3369b7.e34MbxеSahmMa40LbNiMbxаMchmTe0?tab=table&plugin=1&pcode=tec00023&language=en> (дата обращения: 17.06.2017).

⁴⁰ Fazekas, J. Central administration // In Patyi, A. & Rixer, Á. (eds.): *Hungarian Public Administration and Administrative Law*. Passau : Schenk Verlag, 2014. Pp. 298–301.

⁴¹ Содержание государственных школ входит в обязанности Центра обслуживания Клебельсберга (Klebelsberg Maintainer Center), который является центральным учреждением, имеющим районные и окружные подразделения. Предоставление социальных услуг в социальных учреждениях и организация защиты детей осуществляется учреждениями (структурными подразделениями) Главного управления по социальной защите и защите детей на уровне округа. Работа стационарных медицинских учреждений обеспечивается Национальным центром службы здравоохранения. Таким образом, местные органы власти несут основную ответственность за организацию работы поселения, за содержание детских садов, за базовую социальную помощь (к базовой социальной помощи относятся такие социальные услуги, как уход на дому, предоставление социального питания, ежедневный уход за пожилыми и инвалидами, помощь бездомным) и за предоставление услуг в сфере культуры (Balázs, I., Hoffman, I. Can (Re) Centralization Be a Modern Governance in Rural Areas? // *Transylvanian Review of Administrative Sciences*. 2017. Issue No. 50 E/February. Pp. 12–13. DOI: 10.24193/tras.2017.0001).

⁴² Fazekas, J., Fazekas, M., Hoffman, I., Rozsnyai, K., Szalai, É. *Közgazgatási jog. Általános rész I*. Budapest : ELTE Eötvös Kiadó, 2015. Pp. 269–270.

Изменение роли центральной администрации особенно заметно в части изменения размера статьи затрат бюджета, практически полностью контролируемых Министерством людских (ранее национальных) ресурсов (см. таблицу 4).

Таблица 4

Общие расходы бюджета Министерства людских ресурсов, млн венгерских форинтов

Год	Общие расходы бюджета Министерства людских (ранее национальных) ресурсов, млн венгерских форинтов
2011	1 535 370,6
2012	1 949 650,5
2013	2 700 363,9
2014	2 895 624,8
2015	3 049 902,2
2016	3 011 947,7

Источник: Закон CLXIX 2010 г. о бюджете Республики Венгрии, Закон CLXXXVIII 2011 г., Закон CCIV 2012 г., Закон CCXXX 2013 г., Закон С 2014 г. и Закон С 2016 г. о государственном бюджете Венгрии

Уровень инфляции в 2011 г. составил 3,9%, в 2012 г. — 5,7%, в 2013 г. — 1,7% и в 2014 г. — 0,9%, по данным Центрального статистического управления Венгрии.

Несмотря на то, что финансовая поддержка муниципалитетов была уменьшена в 2012 г., финансирование предоставления базовых социальных услуг было увеличено, особенно предоставление услуг на дому. Финансирование предоставления муниципальных социальных услуг было расширено за счет создания новой муниципальной финансовой модели, которая была основана на фактических расходах.

3.2.4. Реформа последних лет

Последняя реформа муниципальной социальной системы была проведена в 2015 г. Реформа в первую очередь была нацелена на предоставление социальных пособий. В рамках новой модели оказание поддержки за счет государственного бюджета в форме выплат муниципальных социальных денежных пособий было существенно сокращено, несколько видов муниципальных пособий были переданы на государственный уровень. Наиболее важному изменению в ходе реформы подверглось изменение финансирования выплат социальных пособий и оказания социальных услуг. В новой модели финансирование пособий и услуг осуществляется в основном за счет сумм местного налога на прибыль организаций. Государственная помощь является лишь дополнительным источником финансирования этих услуг. Базовые социальные услуги составляют собственно услуги, фактически оказываемые на муниципальном уровне, а центральные органы власти играют в данном вопросе компенсаторную роль.

Таким образом, регулирование системы социальных услуг было существенно изменено в Венгрии за прошедшее десятилетие. Изменения были связаны с проводимыми реформами муниципальных и государственных услуг. Хотя предоставление большинства социальных услуг было перенесено на государственный уровень, социальные услуги на местном уровне сохранили свою важность.

Эти изменения также повлияли на территориальную структуру системы социального обслуживания Венгрии, и далее я бы хотел рассмотреть аспекты такого влияния.

4. Территориальная структура системы предоставления персональных социальных услуг в Венгрии

4.1. Гипотеза

Как я упоминал выше, реформы, проводимые в последнюю декаду, были направлены на достижение экономии средств за счет эффекта масштаба в сфере системы социального обслуживания Венгрии, которая была построена на базе дискретной системы муниципального управления. Предоставление дорогостоящих социальных услуг, а также иных персональных услуг было переведено в большей части на общегосударственный уровень.

Новая система предоставления базовых услуг была улучшена посредством внедрения нового порядка финансирования, особенно на сельских территориях. Предоставление услуг небольшими муниципалитетами было поддержано увеличением финансирования, организацией межмуниципального взаимодействия и предоставлением целевых субсидий.

Таким образом, можно сформулировать две гипотезы. *Первая гипотеза* состоит в том, что доступность социальных услуг была обеспечена посредством внедрения нового механизма финансирования. *Вторая*

гипотеза основана на предположении, что роль сыграла национализация предоставления услуг в социальных учреждениях. Раздробленная структура системы услуг, предоставляемых в социальных учреждениях, в первую очередь была затронута переводом на государственный, централизованный уровень.

4.2. Анализ и выводы

Для исследования сформулированных гипотез я проанализировал статистику в отношении количества получателей социальных услуг и доли получателей двух базовых услуг (социального питания и услуги социального ухода на дому). Как я указывал выше, такие услуги не предоставлялись почти в четверти венгерских муниципалитетов по состоянию на 2005 г. Если мы посмотрим на количество получателей услуг социального питания, то можем увидеть, что доля получателей таких услуг значительно выросла в период между 2008 и 2011 г., когда исследуемая реформа была начата. Доля получателей незначительно снизилась после 2012 г., когда сократилась финансовая поддержка предоставления услуг из государственного бюджета и основным источником финансирования являлись собственные доходы муниципалитетов. Аналогичные изменения ситуации с предоставлением услуг социального ухода на дому произошли в отношении количества и доли получателей таких услуг (см. таблицы 5, 6 и схему 1).

Если мы обратимся к региональным данным, то увидим, что количество и доля получателей таких услуг выросли в большинстве регионов, но наибольшие показатели роста демонстрируют регионы, в которых территориальное деление менее фрагментировано и преобладает средний размер населенных пунктов (2000–4000 жителей)⁴³. В итоге необходимо отметить, что в целом доступность указанных услуг была увеличена. Незначительное уменьшение получателей таких услуг показывает, что предоставление услуг чувствительно к уменьшению финансовой поддержки из государственного бюджета.

Таблица 5

Получатели услуг социального питания в Венгрии (доля от населения, %)

Получатели услуг социального питания в Венгрии (доля от населения, %)								
Номенклатура статистических территориальных единиц (NUTS) / Год	Центральная Венгрия	Центральная Трансданубия	Западная Трансданубия	Южная Трансданубия	Северная Венгрия	Северная Великая равнина	Южная Великая равнина	Венгрия
2008	0,59	0,9	1,2	1,43	1,66	1,38	1,13	1,08
2011	0,72	1,35	1,57	1,98	2,15	2,18	2,03	1,55
2012	0,79	1,34	1,51	1,93	2,28	2,53	2,28	1,67
2015	0,63	1,31	1,49	1,89	2,41	2,89	2,76	1,73

Источник: KSH, 2017

Таблица 6

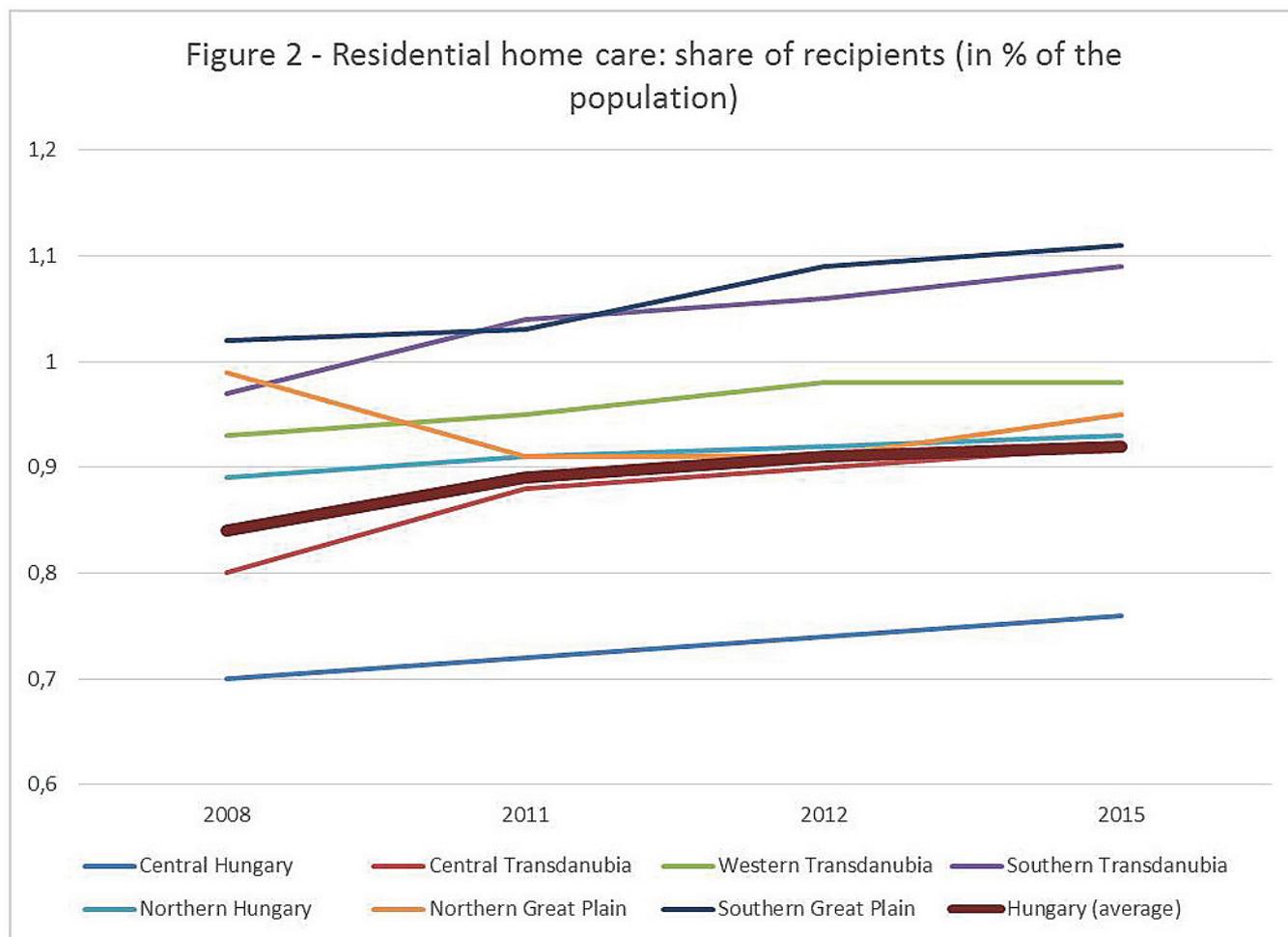
Количество получателей социальных услуг по уходу на дому в соответствии с Номенклатурой статистических территориальных единиц — 2 (NUTS-2) регионов в Венгрии

Количество получателей социальных услуг по уходу на дому в соответствии с Номенклатурой статистических территориальных единиц — 2 (NUTS-2) регионов в Венгрии				
Регионы / Год	2008	2011	2012	2015
Центральная Венгрия	6683	7548	9914	7753
Центральная Трансданубия	4144	6426	9260	10397
Западная Трансданубия	4897	7598	8525	8485
Южная Трансданубия	6779	9508	10 753	10 600
Северная Венгрия	7490	12 252	19 312	16 568
Северная Великая равнина	8746	23 716	45 537	38 657
Южная Великая равнина	9181	17 893	21 980	25 921

Источник: KSH, 2017

⁴³ Szabó, P., Farkas, M. Different types of regions in Central and Eastern Europe based on spatial structure analysis // In: Černěňko, T., Sekelský, L. & Sztáisióvá, V. (eds.): *5th Winter Seminar of Regional Science*. Bratislava: Society for Regional Science and Policy, 2015. Pp. 8–10.

Схема 1. Социальные услуги на дому — доля получателей, %



Источник: KSH, 2017

Вторая гипотеза подтверждена статистическими данными: предоставление услуг крайне чувствительно к финансированию, особенно из государственного бюджета. Как результат, территориальная структура предоставления услуг стала более сбалансированной по итогам реформ 2008 г. Муниципальная реформа оказала ограниченное влияние на систему социальных услуг, в частности, использование в качестве предпочтительного источника финансирования собственных доходов муниципалитетов оказало несущественное влияние на структуру базовых услуг.

Если посмотреть на предоставление *социальных услуг в социальных учреждениях*, то в этой области произошли незначительные изменения. Несмотря на то, что система предоставления таких услуг стала более сбалансированной, региональные отличия в определенной части сгладились, но на практике в целом система не изменилась (см. таблицу 7 и схему 2).

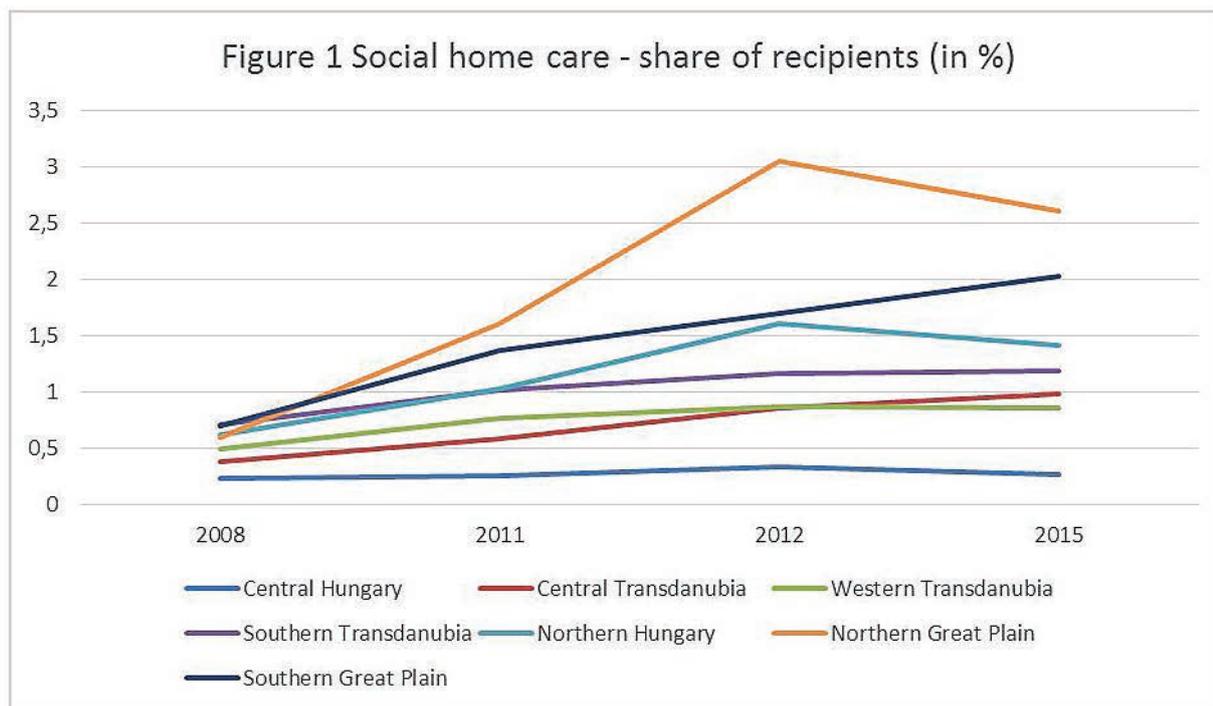
Таблица 7

Количество получателей социальных услуг в социальных учреждениях

Количество получателей социальных услуг в социальных учреждениях				
Номенклатура статистических территориальных единиц — 2 (NUTS-2) регионов / Год	2008	2011	2012	2015
Центральная Венгрия	20 640	21 417	21 847	22 630
Центральная Трансданубия	8833	9607	9770	9836
Западная Трансданубия	9304	9477	9721	9630
Южная Трансданубия	9201	9818	9853	9858
Северная Венгрия	10 239	10 904	11 111	10 797
Северная Великая равнина	14 786	13 542	13 692	14 077
Южная Великая равнина	13 441	14 121	14 106	14 152

Источник: KSH, 2017

Схема 2. Доля получателей социальных услуг в социальных учреждениях, % от населения



Источник: KSH, 2017

Первая гипотеза была подтверждена частично: передача предоставления услуг в социальных учреждениях на государственный уровень незначительно повлияла на систему предоставления этих услуг. Можно увидеть, что предоставление услуг в существенной степени зависит от изменений системы финансирования и, как следствие, изменения организационной системы и системы управления предоставлением таких услуг.

5. Выводы

Анализ структуры предоставления персональных социальных услуг в Венгрии показывает, что она осталась организованной на первом уровне местного самоуправления, но большинство поставщиков услуг в социальных учреждениях были переведены на государственный уровень после 2012 г. Но все же главная роль в системе предоставления услуг по социальному обслуживанию сохранена за местными муниципалитетами. Значение финансирования таких услуг социального обслуживания из собственных доходов муниципалитетов выросло по итогам реформы после 2015 г.

Несмотря на то, что целью перевода на государственный уровень предоставления социальной помощи в социальных учреждениях было уменьшение неравномерности и раздробленности доступа к этим услугам, изменения в данной системе незначительно повлияли в целом на систему предоставления этих услуг. Эффект от реформы был гораздо менее значимым, чем ожидали эксперты. Несмотря на то, что система стала более сбалансированной, предыдущие проблемы с неравномерностью и фрагментированным предоставлением услуг все еще остаются.

Обращаясь к опыту проведения реформ в Венгрии, можно заметить, что наиболее эффективными являются реформы в области финансирования, а организационные реформы имеют лишь ограниченные эффект и воздействие.

References / Литература

1. Arden, A., Manning, J., Collins, S. *Local Government Constitutional and Administrative Law*. London : Sweet & Maxwell, 1999.
2. Aerts, Y., Siegmund, H. *Kommunalpolitik in Europa // in Belgium*, In Wehling, H. G. (ed.). Berlin, Stuttgart and Köln : Verlag V. Kohlhammer, 1994. Pp. 102–114.
3. Balázs, I. 'L'intercommunalité en Hongrie' // in Steckel-Assouère, M. C. (ed.), *Regards croisés sur les mutations de l'intercommunalité*. Paris : L'Harmattan, 2014. Pp. 425–435.

4. Balázs, I., Hoffman, I. Can (Re)Centralization Be a Modern Governance in Rural Areas? // *Transylvanian Review of Administrative Sciences*. 2017. Issue No. 50 E/February. Pp. 5-20. DOI: 10.24193/tras.2017.0001
5. Baron v. Maydell, B., Ruland, F., Becker, F. *Sozialrechtshandbuch*. Baden-Baden : Nomos, 2008.
6. Bocken, H., de Bondt, W. *Introduction to Belgian law*. Kluwer Law International, 2001.
7. Eichenhofer, E. *Sozialrecht*. Tübingen : Mohr Siebeck, 2007.
8. Fazekas, J. Central administration // In Patyi, A. & Rixer, Á. (eds.): *Hungarian Public Administration and Administrative Law*. Passau : Schenk Verlag, 2014. Pp. 287–303 .
9. Fazekas, J., Fazekas, M., Hoffman, I., Rozsnyai, K., Szalai, É. *Közigazgatási jog. Általános rész I*. Budapest : ELTE Eötvös Kiadó, 2015.
10. Healy, J. The Care of Elder People: Australia and the United Kingdom // *Social Policy and Administration*. 2002. Vol. 36. Issue 1, pp. 1–19., DOI: 10.1111/1467-9515.00266
11. Hoffman, I. *Önkormányzati közszolgáltatások szervezése és igazgatása*. Budapest : ELTE Eötvös Kiadó, 2009.
12. Hoffman, I. A helyi önkormányzatok társulási rendszerének főbb vonásai // *Új Magyar Közigazgatás*. 2011. Vol. 4 (1), pp. 24–34.
13. Hoffman, I. A személyes jellegű szociális szolgáltatások igazgatása // In: Horváth, T. M. and Bartha, I. (eds): *Közszolgáltatások megszervezése és politikái. Merre tartanak?* Budapest and Pécs : Dialóg Campus, 2016. Pp. 329–342.
14. Jones, B., Thompson, K. Administrative Law in the United Kingdom // In Seerden, R. and Stroink, F. (eds.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States. A Comparative Analysis*. Antwerpen — Groningen : Intersentia, 2007. Pp. 199–258.
15. Krémer, B. *Bevezetés a szociálpolitikába*. Budapest : Napvilág, 2009.
16. Krémer, B., Hoffman, I. Amit a SZOLID Projekt mutat. Dilemmák és nehézségek a szociális ellátások, szolgáltatások és az igazgatási reformelképzelések terén, 2005. *Esély* 16 (3), pp. 29–63.
17. Lőrincz, L. *A közigazgatás alapintézményei*. Budapest : HVG-Orac, 2005.
18. Malikova, L. Regionalization of Governance: Testing the Capacity Reform // In: Baldersheim, H. and Batora, J. (eds.): *The Governance of Small States in Turbulent Times: The Exemplary Cases of Norway and Slovakia*. Opladen : Barbara Budrich Publishers, 2012. Pp. 208–228.
19. Niemelä, H., Salminen, K. *Social security in Finland*. Helsinki : Finnish Centre for Pensions, 2006.
20. Nižňanský, V. *Verejná správa na Slovensku*. Bratislava : Government of Slovakia, 2005.
21. Rácz, K. Szociális feladatellátás a kistélepüléseken és a többcélú kistérségi társulásokban // In: Kovács, K. & Somlyódyne Pfeil, E. (eds.): *Függőben. Közszolgáéatás-szervezés a kistélepülések világában*. Budapest : KSKZ ROP 3.1.1. Programigazgatóság, 2008. Pp. 183–209.
22. Reiners, M. *Verwaltungsstrukturreformen in den deutschen Bundesländern. Radikale Reformen auf der Ebene der Staatlichen Mittelinstanz*. Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008.
23. Rozsnyai, F. K. Current Tendencies of Judicial Review as Reflected in the New Hungarian Code of Administrative Court Procedure // *Central European Public Administration Review*. 2019. Vol. 17. No. 1. Pp. 7–23.
24. Steiner, U. *Besonderes Verwaltungsrecht*. Heidelberg : C. F. Müller, 2006.
25. Strönholm, S. *An introduction to Swedish law*. Stockholm : Norstedts, 1981.
26. Szabó, P., Farkas, M. Different types of regions in Central and Eastern Europe based on spatial structure analysis // In: Černěnko, T., Sekelský, L. & Sztásiová, V. (eds.): *5th Winter Seminar of Regional Science*. Bratislava : Society for Regional Science and Policy, 2015. Pp. 1–13.
27. Szigeti, E. A közigazgatás területi változásai // In: Horváth, T. M. (ed.): *Kilengések. Közszolgáltatási változások*. Budapest and Pécs : Dialóg Campus, 2010. Pp. 269–290.
28. Thakur, S. et al. *Sweden's welfare state. Can the bumblebee keep flying?* Washington D. C. : International Monetary Found, 2003.
29. Vandelli, L. *Città metropolitane, province, unioni, e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*. Santarcangelo di Romagna : Maggioli, 2014.
30. Velkey, G. Központi állam és a helyi önkormányzatok, In: Ferge, Zs. (ed.): *Magyar társadalom- és szociálpolitika 1990–2015*. Budapest : Osiris, 2017. Pp. 125–160.
31. Verebélyi, I. (ed.) *Az önkormányzati rendszer magyarázata*. Budapest : KJK-Kerszöv, 1999.
32. Waltermann, R. *Sozialrecht*. Heidelberg : C. F. Müller, 2009.
33. Wilson, D., Game, C. *Local Government in the United Kingdom*. Basingstoke & New York : Palgrave Macmillan, 2011.
34. Wollmann, H., Lankina, T. Local Government in Poland and Hungary: from post-communist reforms towards EU-accession // In Baldersheim H. et al. (eds.), *Local Democracy in Post-Communist Europe*. Opladen : Leske + Budrich, 2003. Pp. 91–122.

Пандемия коронавируса (COVID-19) как вызов системе здравоохранения Нигерии: роль государственно-частного партнерства?

Августин Эдобор Ариморо

преподаватель Юридического института Св. Марии, Университета Твикехэм Св. Марии, Великобритания, Лондон, исследователь Центра корпоративного права в Африке, Университет Кейптауна, ЮАР; PhD, LLB, LLM; Augustine.Arimoro@outlook.com

АННОТАЦИЯ

Несмотря на то, что в Нигерии существует огромный инфраструктурный дефицит, пандемия COVID-19 усугубила проблемы, существующие в организации системы здравоохранения в стране. Учитывая сокращающиеся доходы страны, огромный объем задолженности и неспособность государственного сектора эффективно управлять государственными объектами в стране, в статье рассматривается вопрос о том, как модель государственно-частного партнерства в области закупок инфраструктуры может быть использована в качестве решения для преодоления кризиса здравоохранения в Нигерии. Также в настоящей статье рассматривается вопрос о том, как партнерские отношения с частным капиталом могут помочь Нигерии достичь целей устойчивого развития в области здравоохранения. В работе рассмотрены в качестве примеров два проекта в области здравоохранения, которые могут использоваться как модели для будущих проектов в стране. Автор в работе предлагает целостное решение, в долгосрочной перспективе позволяющее удовлетворить нужды системы здравоохранения Нигерии.

Ключевые слова: COVID-19, государственно-частное партнерство, здравоохранение, Нигерия

The Corona Virus (COVID-19) Pandemic and the Challenge of Healthcare Infrastructure in Nigeria: What Role for Public-private Partnerships?

Augustine Edobor Arimoro

Associate Lecturer in Law at St. Mary's Law School, St. Mary's University Twickenham London, affiliate Researcher Centre for Comparative Law in Africa, University of Cape Town; PhD, LLB, LLM; Augustine.Arimoro@outlook.com

ABSTRACT

While it is not new that Nigeria is challenged by a huge infrastructure deficit, the COVID-19 pandemic has exposed the country's comatose healthcare system. Given the country's dwindling revenue, massive debt profile and the inability of the public-sector to efficiently manage public facilities in the country, this paper examines how the public-private partnership model of infrastructure procurement can be deployed as a solution for Nigeria's healthcare crisis. In addition to the above, this paper takes a look at how a partnership with the private sector can aid Nigeria's quest towards achieving healthcare-related Sustainable Development Goals. The paper also considers two healthcare-based projects as case studies to serve as lessons for future projects in the country. Among others, the paper recommends a holistic long-term solution for the country's healthcare needs.

Keywords: COVID-19, public-private partnership, healthcare, Nigeria

После вспышки пандемии коронавируса (COVID-19) и фиксации индекса заболеваемости в Нигерии обеспокоенность состоянием сектора здравоохранения в стране существенно выросла¹. Интересно, что секретарь при правительстве Федеративной Республики Нигерии г-н Босс Мустафа, который также

¹ Paul Adepoju. Nigeria Responds to COVID-19; First Case Detected in Sub-Saharan Africa // *Nature Medicine*, 2020. No. 26 (4). Pp. 444–448.

является председателем Рабочей группы при Президенте по COVID-19, говорил, что он никогда не знал, что «вся инфраструктура здравоохранения находится в таком состоянии, до тех пор, пока не был назначен на эту должность»². Система здравоохранения в Нигерии слабо развита³, в том числе из-за того, что в течение нескольких лет к ней демонстрировалось пренебрежительное отношение со стороны политической элиты страны. Опять же, даже если бюджетные ассигнования выделяются на развитие сектора здравоохранения, фактическая ситуация на местах не улучшается и незаметно, что средства были выделены для этой цели. Например, первая леди Нигерии, г-жа Аиша Бухари, говорила, что клиника Асо Рок (Aso Rock) не могла провести ее лечение от незначительной болезни, поскольку в клинике не было работающих рентгеновских аппаратов и даже шприцев, несмотря на ежегодно выделяемые бюджетные ассигнования клинике⁴. Смерть бывшего руководителя аппарата президента Маллама Абба Кяри, который стал жертвой пандемии COVID-19, вновь подтвердила необходимость повышения внимания к инфраструктуре здравоохранения страны⁵. К сожалению, система здравоохранения Нигерии по сравнению с другими странами оценивается в рейтингах лучше только Демократической Республики Конго, Центральноафриканской Республики и Мьянмы⁶.

Очевидно, что развитие сферы здравоохранения в Нигерии требует значительных инвестиций, учитывая текущее состояние системы здравоохранения в стране. Кроме того, в условиях сокращения иностранных инвестиций, конкурирующий спрос на скудные ресурсы и высокий уровень долга, для правительства практически невозможно собственными силами улучшить состояние здравоохранения в Нигерии. Еще одна проблема, связанная с тем, что система здравоохранения полностью финансируется исключительно за счет бюджетных средств, состоит в коррупции, процветающей в этом секторе. Как еще можно объяснить, что, несмотря на отчисления в клинику, предназначенную для обслуживания президента и главнокомандующего, она остается просто консультационным учреждением без необходимого оборудования, несмотря на то что его приобретение заложено в бюджет и оплачено? В этой ситуации особенно важной для государства становится необходимость иметь партнера из частного сектора для финансирования, проектирования, строительства, восстановления, управления и эксплуатации медицинских учреждений. В результате пандемии COVID-19⁷ политическому классу и гражданам стало ясно, что переориентация политики на улучшение сектора здравоохранения в Нигерии давно назрела.

Целью настоящей работы является попытка предложить варианты того, как правительство Нигерии может улучшить состояние сферы здравоохранения, используя партнерство с частными инвесторами. Преимущество такого подхода состоит в том, что правительство сможет использовать опыт инвесторов и частное финансирование. Опять же правительство может сконцентрироваться на выработке политики и позволить частным организациям эффективно управлять сектором здравоохранения и в то же время бороться с коррупцией, от которой страдает сектор. В связи с этим слова Лоуренса Картера, бывшего директора Консультативного комитета по транзакциям ГЧП в Международной финансовой корпорации (IFC), остаются актуальными: «Невозможно переоценить важность здравоохранения — в конце концов, от этого зависят экономический рост и развитие во всем мире, — но способность правительств предоставлять доступное и качественное здравоохранение с каждым годом уменьшается. В настоящее время задача состоит в том, чтобы привлечь частных партнеров в сферу, важную для предоставления общественных выгод. Инновационные, ориентированные на будущее государственно-частные партнерства в сфере здравоохранения могут предоставить предприятиям беспрецедентную возможность преуспевать, достигая общественно значимого результата»⁸.

Что такое государственно-частное партнерство?

Огромные затраты, связанные с финансированием инфраструктуры, бюджетным дефицитом, конкурирующими потребностями в государственных ресурсах и необходимостью эффективного управления государственными объектами, означают, что один государственный орган не может справиться с современными проблемами⁹. Хотя не существует универсального определения термина «государственно-частное пар-

² Nike Adebawale, My Statement on Nigeria's Poor Health Infrastructure Misinterpreted — SGF // *Premium Times* от 10 апреля 2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.premiumtimesng.com/news/top-news/387249-my-statement-on-nigerias-poor-health-infrastructure-misinterpreted-sgf-mustapha.html> (дата обращения: 26.06.2020).

³ Menizibeya Osain. Welcome, the Nigerian Healthcare System: Need for Integrating Adequate Medical Intelligence and Surveillance Systems // *Journal of Pharmacy and BioAllied Sciences*, 2011. No. 3 (4). Pp. 470–480.

⁴ Samson Toromade. No 'Single Syringe' in Aso Clinic, Says First Lady // *Pulse*. 10 сентября 2017. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.pulse.ng/news/local/aisha-buhari-no-single-syringe-in-aso-rock-clinic-says-first-lady/p4lr417> (дата обращения: 26.06.2020).

⁵ Olu Fasan, Abba Kyari. The High-Profile Casualty of Nigeria's Theatre of Misrule // *Business Day* от 27 апреля 2020 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://businessday.ng/columnist/article/abba-kyari-the-high-profile-casualty-of-nigerias-theatre-of-misrule/> (дата обращения: 26.06.2020).

⁶ Anthonia Obokoh. How PPP Works and Why it Matters in Nigeria's Health Sector // *Business Day* от 11 октября 2019 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://businessday.ng/health/article/how-ppp-works-and-why-it-matters-in-nigerias-health-sector/> (дата обращения: 10.08.2020).

⁷ David Baxter, Carter B. Casady. Proactive Strategic Healthcare Public-Private Partnerships (PPPs) in the Coronavirus (Covid-19) Epoch // *Sustainability*, 2020. No. 12, 5097 [Электронный ресурс]. URL: <https://doi.org/10.3390/su12125097> (дата обращения: 26.06.2020).

⁸ International Finance Corporation (IFC), Health PPPs // *Handshake IFC's Q. J. Public-Private Partnership*, 2011. P. 3.

⁹ Augustine Arimoro. Public Private Partnership and the Right to Property in Nigeria // *African Human Rights Law Journal*, 2019. No. 19 (2). Pp. 763–778.

терство (ГЧП)», авторы, рассматривающие данный вопрос в своих работах, согласны с тем, что это сотрудничество между государственным сектором и частным сектором для целей предоставления, использования объектов инфраструктуры¹⁰. Следует также отметить, что авторы и учреждения часто определяют ГЧП с различных точек зрения¹¹.

Исходя из вышесказанного, уместно проводить различие между ГЧП и другими формами закупок, определение содержания которых иногда выглядит размытым. В контексте темы, рассматриваемой в настоящей статье, ГЧП может быть определено как «любые договорные или юридические отношения между государственными и частными организациями, направленные на улучшение и (или) расширение инфраструктурных услуг, но исключая государственные контракты по инфраструктурным проектам»¹². Для ясности необходимо уточнить, что для целей настоящей работы понятие ГЧП должно отвечать по крайней мере четырем критериям. Эти критерии включают в себя: долгосрочность заключаемого контракта; привлечение проектной компании, ответственной за разработку проекта учреждения, погашение финансовых инвестиций частного сектора за счет доходов, полученных от актива, и передача объекта обратно правительству по окончании действия контракта по ГЧП¹³.

Возможно ли при помощи ГЧП решить проблемы сферы здравоохранения в Нигерии?

Первый доступный вариант для взаимодействия государственного сектора в партнерстве с частным сектором при реновации медицинских объектов в Нигерии — это приватизация, то есть передача прав собственности на государственное предприятие частному сектору¹⁴. К сожалению, в Нигерии приватизация маловероятно позволит достичь решения проблем, существующих в системе здравоохранения. Например, приватизация бывшей Нигерийской телекоммуникационной компании (NITEL) и то, что произошло с энергетическим сектором в Нигерии, являются очевидными случаями неудачного примера реализации в стране вариантов приватизации.

В современную эпоху во всем мире ГЧП широко используются для реализации инфраструктурных проектов¹⁵. Нет сомнений в том, что Нигерия сталкивается с серьезными трудностями в связи с сокращением финансовых доходов и огромного бремени долговой нагрузки. По состоянию на март 2020 г. Сенат оценил общую структуру долга Нигерии в 33 трлн нигерийских найр после того, как одобрил сумму внешнего долга бюджета в размере 22,7 млрд долларов¹⁶. При таком растущем объеме долга и бремени обслуживания займов федеральному правительству Нигерии недостаточно средств для того, чтобы изменить состояние ветхого сектора здравоохранения страны в лучшую сторону. Дополнительно в Нигерии растет количество населения¹⁷, численность которого по оценкам будет составлять около 800 млн чел. к 2050 г., что требует принятия незамедлительных мер со стороны политиков¹⁸. Важно уже сейчас разрабатывать долгосрочные планы развития. При этом действующие в стране медицинские учреждения, несмотря на свое ухудшающееся состояние, работают в условиях перегруженности.

ГЧП могут оказать поддержку государственным органам в Нигерии, предоставляя столь необходимые средства, опыт и эффективное управление больницами или медицинскими учреждениями в стране¹⁹. Целостная стратегия использования ГЧП для страны может привлечь внешнее и внутреннее финансирование для долгосрочных целей Нигерии в сфере здравоохранения. Используя модели ГЧП, правительство Нигерии может достичь следующих целей²⁰:

- финансирование проектов, касающихся учреждений здравоохранения;
- проектирование современных объектов здравоохранения и моделей оказания медицинской помощи;
- строительство новых объектов (проекты Greenfield)²¹ или реконструкция существующих объектов (проекты Brownfield)²²;

¹⁰ Ibid.

¹¹ George Nwangwu, *Public-Private Partnerships in Nigeria*. Springer nature, 2016. P. 3.

¹² Jeffrey Delmon, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers*. Cambridge University Press, 2011. P. 3.

¹³ ER Yescombe. *Public-Private Partnerships in Sub-Saharan Africa*. UONGOZI Institute, 2017. P. 7.

¹⁴ Augustine Arimoro. An Appraisal of the Framework for Public Private Partnership in South Africa // *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*. 2018. No. 13 (3). P. 214.

¹⁵ Caiyun Cui, Yong Liu, Alex Hope, Jianping Wang. Review of Studies on the Public-Private Partnerships for Infrastructure Projects // (2018) 36 *International Journal of Project Management*. 2018. Vol. 36. Issue 5. P. 773. DOI: 10.1016/j.ijproman.2018.03.004

¹⁶ Deji Elumoye. Nigeria's Debt Profile Now N33tn- Senate // *This Day* от 17 марта 2020 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://allafrica.com/stories/202003170021.html> (дата обращения: 26.06.2020).

¹⁷ В настоящее время население Нигерии составляет около 200 млн чел.

¹⁸ IARAN, Nigeria: Now and in 2030. 12 августа 2016 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.accioncontraelhambre.org/en/nigeria-now-and-2030> (дата обращения: 24.06.2020).

¹⁹ Robert Osei-Kyei, Albert PC Chan. Comparative Study of Government's Reasons/Motivations for Adopting Public-Private Partnership Policy in Developing and Developed Economies / Countries // *International Journal of Strategic Property Management*. 2018. No. 22 (5). Pp. 403-414.

²⁰ PWC, PPPs in Healthcare: Models, Lessons and Trends for the Future. 2017 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.pwc.com/gx/en/industries/healthcare/publications/trends-for-the-future.html> (дата обращения: 26.06.2020).

²¹ Проекты Greenfield — это проекты по созданию новых объектов, которые не существовали до момента заключения соглашения о ГЧП.

²² Проекты Brownfield представляют собой проекты по реконструкции, восстановлению существующих объектов с использованием ГЧП.

- обслуживание учреждений и оборудования; это один из секторов, в котором государственное управление оказалось неуспешным в Нигерии;
- эксплуатация, поставка соответствующего оборудования, использование информационных технологий, управление / предоставление неклинических услуг.

Как работает ГЧП?

Государственный орган (действующий через министерство, департамент или агентство) определяет необходимость реализации проекта, а затем объявляет об этом общественности. Впоследствии проводятся конкурентные торги, в рамках которых организации частного сектора будут претендовать на получение права на реализацию проекта. Затем победившему участнику тендера предоставляется концессия на внедрение решения²³. Частный инвестор заключает договор с государственным органом и привлекает средства инвесторов и кредиторов для реализации проекта. На практике проектная компания создает специально предназначенную для реализации проекта компанию (SPV), чтобы оградить инвесторов проекта от риска несостоятельности в случае провала проекта.

Инвестор осуществляет управление деятельностью специально созданной для целей реализации проекта ГЧП компанией (SPV). Обычно SPV создается в качестве дочерней компании частного инвестора. Инвесторами на практике часто выступают акционерные компании, принадлежащие крупным инвестиционным фирмам или управляющим активами компаниям. Условия сотрудничества обычно фиксируются в соглашении акционеров. В результате специально созданная проектная организация заключает контракт с государственным партнером, в котором содержатся условия реализации проекта. Данное соглашение называется концессионным соглашением. SPV обеспечивает привлечение финансирования, условия которого описываются в финансовом соглашении с кредиторами. Могут быть заключены иные прямые соглашения. Кредиторами могут выступать коммерческие банки, экспортно-кредитные агентства (ECAs), многосторонние агентства (MLAs) и финансовые институты развития (DFIs). Экспортно-кредитными агентствами могут быть правительственные или квазиправительственные учреждения. Они обеспечивают финансирование развития национального экспорта. Экспортно-кредитное агентство может выступать гарантом, страховщиком или кредитором²⁴. Многосторонние агентства представляют собой правительственные учреждения, созданные несколькими правительствами. В то время как основной целью экспортно-кредитного агентства является поддержка интересов национальной экономики, задача многостороннего агентства состоит в развитии экономики развивающихся стран. Основные многосторонние агентства включают Азиатский банк развития (ADB) и Африканский банк развития (AfDB)²⁵. Финансовые институты развития предоставляют долгосрочное финансирование для частных инвесторов, реализующих проекты в развивающихся странах, например, Агентство США по международному развитию (USAid).

В рамках ГЧП государственный орган власти выигрывает, выполняя свою роль по предоставлению инфраструктуры через частных партнеров. Со своей стороны, частный партнер выигрывает, поскольку ГЧП предоставляет возможность для инвесторов / кредиторов получить прибыль от инвестиций (RoI). Широкая общественность также выигрывает от использования улучшенных и современных объектов, которые обычно управляются и обслуживаются экспертами. Когда объект готовится к использованию, в зависимости от типа заключенного ГЧП, правительство платит оператору за использование объекта государственными организациями или государственные организации платят взносы или сборы оператору — частному инвестору, который обеспечивает эксплуатацию объекта. В первом случае ГЧП рассматривается как программа частного финансирования (PFI), а во втором случае ГЧП называется концессией. Стоит отметить, что в основном законе, регулирующем ГЧП в Нигерии, т. е. в Законе 2005 г. о концессионных и регулирующих комиссиях по инфраструктуре, предусмотрены положения о ГЧП в форме концессионных соглашений. Однако, например, положения закона о государственно-частном партнерстве штата Риверс (Нигерия) предполагают, что правительство штата Риверс может организовывать проекты ГЧП в форме программ частного финансирования (PFI).

Модель ГЧП в Нигерии для инфраструктурных проектов

Рост любой экономики невозможен в отсутствие адекватной государственной инфраструктуры и услуг. ГЧП предоставляют правительствам всего мира возможность реализовывать другие, помимо инфраструктурных, важные социальные и экономические программы, опираясь на структурированное партнерство с частным сектором для удовлетворения потребностей населения в инфраструктуре. Что касается стран

²³ Virginia Tan, Allen & Overy. Public-Private Partnership. 2012 [Электронный ресурс]. URL: <https://frederickafri.files.wordpress.com/2014/06/public-private-partnership.pdf> (дата обращения: 26.06.2020).

²⁴ Ibid.

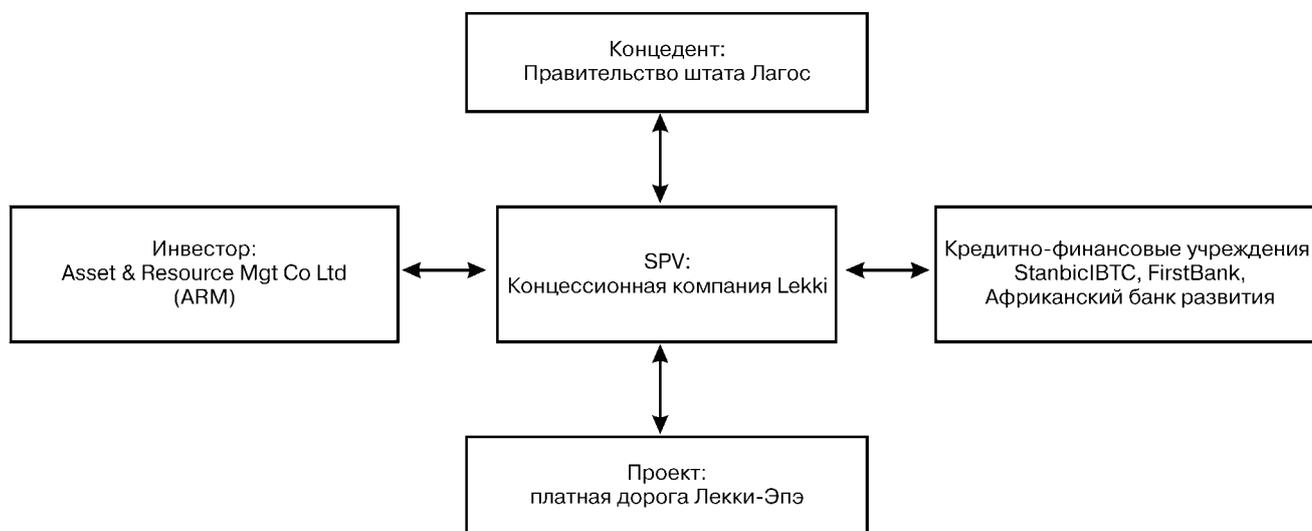
²⁵ Ibid.

с развивающейся экономикой, то влияние и потенциал ГЧП на их развитие нельзя переоценить. Например, результатом финансового кризиса 2007–2010 гг. стал дефицит притока капиталов в страны с развивающимися экономиками²⁶. Несмотря на общее экономическое восстановление, которое происходило в последние несколько лет до нынешней глобальной пандемии COVID-19, стоимость иностранных займов и влияние займов на экономику делают ГЧП предпочтительным вариантом.

Чтобы сократить инфраструктурный дефицит в Нигерии, администрация Народной демократической партии президента Олусегуна Арему Обасаньо²⁷ пыталась заключить бартерную сделку с азиатскими нефтяными компаниями «инфраструктура в обмен на нефть». Эта сделка по обмену нефти на инфраструктуру оказалась полным провалом, о чем свидетельствует аудит, проведенный впоследствии президентом и главнокомандующим вооруженными силами Федеративной Республики Нигерия Альхаджи Муса Яр-Адуа, также являющимся членом Народной демократической партии Нигерии²⁸.

Схема 1: Концессионный проект по строительству платной дороги Лекки-Эпэ

Стороны флагманского проекта ГЧП в Нигерии:
концессионный проект по строительству платной дороги Лекки-Эпэ



Источник: составлено с использованием данных автора

Следует отметить, что высокий уровень коррупции в государственном секторе страны сделал выбор ГЧП неизбежным. До того как Нигерия вступила в режим приватизации и коммерциализации в период нахождения у власти администрации президента Олусегуна Обасаньо Народной демократической партии, почти все государственные коммунальные предприятия работали с убытками, даже несмотря на то, что налогоплательщики платили за использование таких объектов. Плохое управление и откровенное воровство продолжали истощать нигерийскую экономику и тем самым причинять огромные убытки стране. Например, внутрисистемная коррупционная практика должностных лиц государственного сектора негативно повлияла на судьбу Национального управления электроэнергетики (NEPA)²⁹, Нигерийской телекоммуникационной компании (NITEL)³⁰ и многих других корпораций государственного сектора, что привело к хаосу и отчаянию³¹. Нет сомнений в том, что, когда возникает необходимость решения коммерческих вопросов, особенно в развивающихся странах, частный сектор имеет больше возможностей для их успешного решения. Частный сектор, помимо других качеств, может предложить лучшее управление ресурсами, обеспечить производительность,

²⁶ Tony Dolphin, Laura Chappell. The Effect of the Global Financial Crisis on Emerging and Developing Economies // *Report of the Institute for Public Policy and Research*. 2010. P. 8 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.ippr.org/publications/the-effect-of-the-global-financial-crisis-on-emerging-and-developing-economies> (дата обращения: 10.08.2020).

²⁷ Г-н Олусегун Обасаньо был президентом Нигерии в период с 29 мая 1999 г. по 29 мая 2007 г.

²⁸ Copyright Oxford Analytics Ltd, Nigeria: PPPs May Drive Infrastructure Rehabilitation. *Oxford Analytics Daily Brief*. 2010. P. 18 [Электронный ресурс]. URL: <https://dailybrief.oxan.com/Analysis/DB158981/NIGERIA-PPPs-may-drive-infrastructure-rehabilitation> (дата обращения: 10.08.2020).

²⁹ NEPA была единственной корпорацией по производству и распределению электроэнергии в Нигерии. Она была переименована в Power Holding Corporation Nigeria (PHCN), прежде чем была разделена, чтобы обеспечить создание многочисленных генерирующих и распределительных компаний с участием частного сектора.

³⁰ Раньше NITEL была единственной телекоммуникационной фирмой в Нигерии, обладающей монополией на услуги фиксированной связи.

³¹ Asaju Kayode, Sunday O Adagba, Felix Anyio, Corruption and Service Delivery: The Case of Nigerian Public Service // *Wudpecker Journal of Public Administration*. 2013. No. 1 (1). P. 3.

а также способствовать выявлению пробелов в регулировании, которые создают условия для коррупционных действий со стороны государственных служащих.

Организация предоставления коммунальных услуг под управлением государственного сектора в Нигерии терпела неудачу на протяжении многих лет и была предметом исследования³². Обеспечение бесперебойного снабжения электроэнергией, эффективными услугами телефонии, водоснабжения и водного, воздушного, железнодорожного, а также автомобильного транспорта хорошего качества было трудно достижимым в экономике Нигерии, несмотря на нефтяные богатства страны³³. Очевидная причина заключается в том, что государственный сектор в Нигерии неэффективен в управлении ресурсами, с одной стороны, и коррумпирован, с другой³⁴.

Исследование 179 нигерийских компаний-производителей показало, что 92% опрошенных фирм владеют собственными электростанциями³⁵. Такая же ситуация со многими малыми предприятиями и частными домами в стране. Плохое управление со стороны сменяющегося руководства бывшей единственной энергетической компании страны стало главной причиной нескольких лет упадка в этом секторе. Плохое состояние энергоснабжения в стране является основным источником беспокойства для сменяющих друг друга правительств. Для решения проблем, связанных с постоянным отключением электроэнергии в стране, федеральное правительство Нигерии разделило Энергетическую холдинговую компанию Нигерии (PHCN) и в конечном итоге распродало то, что осталось в качестве генерирующих компаний (GENCOs) и распределительных компаний (DISCOs), инвесторам.

В условиях нестабильных цен на нефть³⁶ и, как следствие, сокращения доходов нереалистично ожидать, что федеральное правительство Нигерии или правительство какого-либо уровня в стране полностью выполнит традиционно государственное обязательство по обеспечению инфраструктурных потребностей страны (или штатов), поскольку другие важные обязательства, такие как предоставление социальных услуг и выплата заработной платы и пособий, также являются проблемами, с которыми правительство должно справиться.

Цели в области устойчивого развития и здравоохранения

Реализация, а также достижение целей Плана устойчивого развития на период до 2030 г. представляют собой серьезную задачу для правительства³⁷. План устойчивого развития — это план достижения лучшего будущего для всех. План был разработан для решения глобальных проблем, с которыми сталкивается человечество, включая бедность, неравенство, изменение климата, ухудшение состояния окружающей среды, установления мира и справедливости³⁸. Все 17 целей плана связаны между собой, и важно обеспечить их достижение к 2030 г.³⁹ Эти цели включают в себя:

- Цель 1: нет бедности.
- Цель 2: нет голодающих.
- Цель 3: здоровье и благополучие.
- Цель 4: качественное образование.
- Цель 5: гендерное равенство.
- Цель 6: чистая вода и гигиенические условия.
- Цель 7: доступная и чистая энергия.
- Цель 8: право на труд и экономический рост.
- Цель 9: промышленность, инновации и инфраструктура.
- Цель 10: сокращение неравенства.
- Цель 11: устойчивое развитие городов и сообществ.
- Цель 12: ответственное потребление и производство.
- Цель 13: борьба с изменением климата.
- Цель 14: защита жизни в океане.
- Цель 15: защита жизни на земле.
- Цель 16: мир, справедливость и сильные общественные институты.
- Цель 17: сотрудничество.

³² Ademola Ariyo, Afeikhena Jerome. Utility Privatisation and the Poor: Nigeria in Focus // *Global Issue Papers*. 2004. No. 12. P. 15.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Сырая нефть является основой экономики Нигерии. По оценкам, на ее долю приходится более 75% поступлений в страну. См.: Gbadebo O Odularu. Crude Oil and the Nigerian Economic Performance // *Oil and Gas Business*. Январь 2008 [Электронный ресурс]. URL: http://www.ogbus.ru/eng/authors/odularo/odularo_1.pdf (дата обращения: 23.11.2015).

³⁷ Krishnan Sharma/ Public-Private Partnerships and the 2030 Agenda for Sustainable Development. Февраль 2016 [Электронный ресурс]. URL: https://www.un.org/esa/desa/papers/2016/wp148_2016.pdf (дата обращения: 25.06.2020).

³⁸ United Nations, About the Sustainable Development Goals. 2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/> (дата обращения: 25.06.2020).

³⁹ Ibid.

В настоящей работе рассматривается возможность достижения целей 3 и 9 с особым акцентом на сферу здравоохранения. Цели устойчивого развития являются целями, которые должны быть достигнуты государствами — членами ООН к 2030 г. для обеспечения устойчивого развития. Поэтому правительству Нигерии необходимо разработать стратегию использования ГЧП для стимулирования развития системы оказания медицинской помощи в стране и обеспечения реализации Плана устойчивого развития.

Важные моменты, которые необходимо отметить при рассмотрении ГЧП в сфере здравоохранения

Существует несколько основных принципов, которые необходимо создать для структурирования эффективных ГЧП в области сектора здравоохранения. Эти основополагающие факторы или движущие силы также упоминаются экспертами в области ГЧП как критические факторы успеха. Они включают в себя необходимость обеспечения здоровой инвестиционной среды для ГЧП, обеспечение благоприятной правовой базы, прозрачность и противодействие коррупции, создание условий, при которых проекты обеспечивали бы правильное соотношение цены и качества. По словам Бабатунде и др., критические факторы для успешных проектов ГЧП включают в себя конкурентный процесс закупок, тщательную и реалистичную оценку затрат и выгод, благоприятную структуру, надлежащее распределение рисков, участие правительства путем предоставления гарантий, политическую поддержку, стабильную макроэкономическую политику и доступность финансового рынка⁴⁰.

Здоровая инвестиционная среда

Если обеспечен здоровый инвестиционный климат и внедрена надлежащая практика для облегчения ведения бизнеса в любой конкретной экономике, инвестиции в инфраструктуру могут стать альтернативным классом активов для частных инвесторов при условии приемлемого профиля риска и доходности⁴¹. Крайне важно, чтобы у государственной власти была политическая воля к реализации ГЧП и, чтобы достигнуть успеха в реализации проектов ГЧП, должно быть обеспечено соответствующее нормативно-правовое регулирование. Указанные выше элементы являются жизненно важными, и отсутствие какого-либо из них, безусловно, отпугнет потенциальных инвесторов.

Благоприятная основа для реализации ГЧП

Прежде чем инициировать ГЧП, необходимо создать благоприятную структуру. Такая благоприятная структура должна включать в себя правовое регулирование, которое будет состоять из закона или группы законов, создающих благоприятные условия для заключения ГЧП. При этом некоторые другие законы должны быть изменены и отменены, чтобы сделать ГЧП практически осуществимым. В некоторых случаях это даже может потребовать конституционных поправок. Например, в Нигерии есть некоторые области в Исключительном законодательном списке во Втором приложении к Конституции Федеративной Республики Нигерии 1999 г. (с поправками), которые входят в компетенцию федерального правительства, что означает, что правительство штата не может инициировать проект ГЧП, если область его реализации входит в перечень областей в этом списке, несмотря на необходимость или важность проекта для региона.

Также должна существовать нормативная база для мониторинга проектов ГЧП. Например, Закон 2005 г. о Комиссии по регулированию концессий в сфере инфраструктурных проектов (ICRCA 2005) учредил регулирующую комиссию для надзора за реализацией проектов ГЧП, а также установил порядок хранения всех подписанных соглашений о ГЧП и служит основным законом для проектов ГЧП с участием федерального правительства Нигерии и любого из его министерств, департаментов или агентств. Учитывая вышесказанное, крайне важно, чтобы порядок регулирования ГЧП был прозрачным и не имел внутренних противоречий. Существенное значение имеет тот факт, чтобы стороны ГЧП, публичный и частный партнер, понимали, в чем состоит роль каждого и какова роль другой стороны.

Прозрачность и отсутствие коррупции

Одной из проблем развития в странах с развивающейся экономикой является проблема коррупции. Принципиально важно, чтобы, если правительство планирует реализовывать ГЧП, сделки были свободны от коррупции. В рамках хороших практик управления обеспечивается прозрачность, равное отношение и открытая конкуренция. Отсутствие таких условий станет источником опасений потенциальных инвесторов, как местных, так и иностранных. Ни у кого нет сомнений, что коррупция повышает стоимость ведения бизнеса и уменьшает производительность. В целях борьбы с коррупцией Делмон рекомендует следующие меры:

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ OECD, *Private Financing and Government Support to Promote Long-Term Investments in Infrastructure*. 2014. P. 5 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/Private-financing-and-government-support-to-promote-LTI-in-infrastructure.pdf> (дата обращения: 10.08.2020).

- Использование финансового и фидуциарного управления, защита активов и субсидий, получаемых от правительства, чтобы продемонстрировать жизнеспособность проекта и обеспечить привлечение инвестиций⁴².
- Улучшенный доступ к информации о проекте и процессе закупок — например, через специальный веб-сайт проекта со всей соответствующей информацией для проведения торгов и заключения контрактов с победителями. Это привлечет более компетентных участников⁴³.
- Проведение процесса закупок для заключения соглашения ГЧП должно быть прозрачным и на конкурентной основе⁴⁴.

Поэтому для успешного развития ГЧП в странах с развивающейся экономикой необходимо, чтобы правительство предпринимало активные меры по борьбе с коррупцией. В этом отношении усилия нигерийского правительства по борьбе с коррупцией заметны, особенно с принятием закона о коррупции и другого связанного с ним закона № 6 2003 г., направленным на противодействие преступлениям, которые подчеркивают принятое правительством на себя обязательство по борьбе с коррупцией. В частности, указанный закон в ст. 14 содержит следующие положения.

Каждый, кто:

- (a) запрашивает, получает или приобретает имущество или выгоды любого рода для себя или любого другого лица; или соглашается или пытается получить или приобрести какое-либо имущество или выгоду любого рода для себя или любого другого лица, в связи с
 - (i) действием или бездействием, или любой услугой или отказом от действия, уже предоставленным любому лицу государственным должностным лицом в рамках своих служебных обязанностей или в связи с любым вопросом, связанным с функциями, делами или деятельностью правительственного департамента, государственного органа или другой организации или учреждения, в котором государственный служащий выступает в качестве такового, или
 - (ii) каким-либо иным последующим действием или бездействием, предоставлением или отказом от такового в пользу какого-либо лица государственным служащим в рамках выполнения своих служебных обязанностей или в отношении любого такого вопроса, указанного выше,
 - виновен в совершении преступления, связанного с должностной коррупцией, и на основании судебного приговора может быть приговорен к лишению свободы на срок семь лет.

Рентабельность затрат

Рентабельность затрат (VfM) является важным элементом ГЧП. Речь идет о максимизации получаемого результата вложения каждой нигерийской найры, потраченной на улучшение жизни простых граждан. Достижение результатов рентабельности затрат в использовании государственных средств считается жизненно важным для закупок и реализации каждого государственного инвестиционного проекта. Рентабельность затрат анализируется в ходе реализации всего жизненного цикла проекта. Казначейство Великобритании определяет рентабельность затрат как «...оптимальное сочетание затрат в течение срока службы и сохранения качества (или соответствия цели) товара или услуги для удовлетворения требований пользователя»⁴⁵.

Правительства по всему миру постепенно переходят на ГЧП для предоставления инфраструктуры в целях обеспечения рентабельности затрат. Рентабельность затрат это не обязательно выбор товаров или услуг по самой низкой цене предложения, а выбор, основанный на стоимости всего жизненного цикла проекта или услуги⁴⁶. Оценка рентабельности затрат является обязательным этапом оценки возможности реализации проекта в рамках ГЧП. По сути, ГЧП может обеспечить рентабельность затрат по сравнению с традиционными закупками, если преимущества передачи риска в сочетании со стимулами, опытом и инновациями частного инвестора в повышении качества услуг или эффективности в течение срока службы проекта перевешивают возросшие затраты на контракт и финансирование⁴⁷. Из этого следует, что соответствующий государственный орган (публичный партнер) должен определить рентабельность затрат для обоих видов реализации проекта — традиционной закупки и в отношении ГЧП — до того, как будет принято решение о возможности реализации проекта в рамках ГЧП. Проще говоря, целью анализа рентабельности затрат является необходимость определить, какой способ реализации проекта предпочтительней, с использованием ГЧП или иных традиционных видов государственных закупок.

⁴² Jeffrey Delmon, *supra* note 12. P. 16.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ World Bank Institute; Public-Private Infrastructure Advisory Facility. 2013. Value-for-Money Analysis — Practices and Challenges: How Governments Choose When to Use PPP to Deliver Public Infrastructure and Services. World Bank, Washington, DC. World Bank. P. 10 [Электронный ресурс]. URL: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17622> License: CC BY 3.0 IGO (дата обращения: 10.08.2020).

⁴⁶ D. Morrallos, A. Amekudz. The State of the Practice of Value for Money Analysis in Comparing Public Private Partnerships to Traditional Procurements // *Public Works Management and Policy*. 2008. No. 13 (2). P. 114.

⁴⁷ The World Bank, *supra* note 46. P. 10.

Распределение рисков и смягчение их последствий

В связи с комплексным характером механизмов ГЧП необходимо создать инструменты для устранения связанных рисков. Чтобы сделать проект приемлемым для бюджета, SPV необходимо будет заключить договоры субподряда со специализированными контрагентами, которые будут лучше управлять рисками проекта и сами нести эти риски. Также важно обеспечить страхование по ключевым рискам⁴⁸.

Управление рисками и их снижение должны быть приоритетом на каждом этапе проекта. Государственный сектор может предоставлять определенные гарантии или субсидировать негативные последствия наступления конкретных рисков. Те же многосторонние агентства, банковские учреждения, экспортно-кредитные агентства могут предоставить обеспечение задолженности, капитала, страхование и гарантии в отношении определенных рисков⁴⁹.

Некоторые из рисков, которые необходимо учитывать во всех механизмах ГЧП, включают политический риск, риск исполнения, риск изменения курса валюты, экологический риск, риск спроса, финансовый риск и нормативно-правовой риск.

Например, при приобретении земли для строительства больницы могут возникнуть определенные препятствия. В соответствии с Законом Нигерии о землепользовании № 6 1978 г. возможно изъятие земельного участка в собственность губернатора штата, который может требовать ее изъятия в общественных целях при условии выплаты компенсации владельцу(ам) земли. Случай с землей общего пользования вызвал много споров о том, является ли этот закон драконовским в том смысле, что правительство может приобретать землю ради интереса общественности. Этот спор был разрешен при рассмотрении дела *Adole v. Gwar*⁵⁰, в котором было принято решение, что земельный участок может быть в обязательном порядке изъят в собственность правительства только в соответствии со ст. 44 (1) Конституции 1999 г. Федеральной Республики Нигерия (с учетом изменений). Совокупный эффект положений Конституции и Закона о землепользовании 1978 г. заключается в том, что земля не может быть в обязательном порядке изъята в Нигерии властями, если не соблюдается установленная надлежащая процедура. Так, при рассмотрении дела *Olaturunji v. Military Governor of Oyo State (Олатуньи v. Военного губернатора штата Ойо)*⁵¹ суд постановил следующее:

«...Если имущество якобы приобретено в общественных целях и впоследствии выясняется, что оно прямо или косвенно было использовано в частных интересах, приобретение может быть признано утратившим законную силу». Приобретающая власть не может облагодетельствовать одного за счет другого, ограничивая одного гражданина в праве собственности, передавая это право другому.

Аналогично, в деле *Ibafon Co. Ltd v. Nigeria Ports Plc*⁵², суд поддержал данную позицию: «...Если бы правительство не приобрело землю, то у первого ответчика не возникло бы оснований для получения права на землю для последующей ее передачи в пользование правительству. И если приобретение земли произошло на основании незаконной сделки, любое последующее действие, основанное на незаконно приобретенном праве, является недействительным. Поскольку никто не может передать то, чем не обладает, согласно принципу *nemo dat quod non habet*».

Другие правовые и нормативные вопросы, которые необходимо учитывать, включают трудовые отношения, налоги и бухгалтерский учет, затраты, амортизацию, возмещение НДС, а также механизмы нормативного регулирования⁵³. Изменения в законодательстве и (или) структуре нормативного регулирования в отношении объекта в течение его эксплуатации могут влиять на операционные расходы и прибыль. Таким образом, в этом случае риск лежит в области публичного партнера, поскольку частный партнер не может контролировать данный тип риска⁵⁴.

Финансирование ГЧП в Нигерии

Один из первых шагов, которые должен сделать победитель тендера в рамках договора ГЧП, — это обеспечить финансирование проекта. Обычно привлекается финансовый консультант, имеющий опыт реализации проектов ГЧП⁵⁵. Роль финансового консультанта включает помощь в подготовке финансовой модели проекта; консультирование по источникам финансирования; помощь в подготовке заявок; помощь в переговорах с концедентом; консультирование по вопросам выбора коммерческих банков в качестве кредиторов или размещения облигаций и оказание помощи в согласовании финансовой документации.

⁴⁸ Jeffrey Delmon, supra note 12. P. 114.

⁴⁹ Ibid. P. 115.

⁵⁰ (2008) 4 SCNJ 1 at 6.

⁵¹ (1995) 5 NWLR (pt. 397) at 586.

⁵² (2000) 8 NWLR (pt. 667) 86 at 100.

⁵³ Jeffrey Delmon, supra note 12. P. 101.

⁵⁴ Elisabetta Iossa, Gianarlo Spagnolo, Mercedes Vellez. The Risk and Tricks in Public-Private Partnerships // *IEFE The Centre for Research on Energy and Environmental Economics and Policy*. 2013. Working Paper 64. IEFE, Center for Research on Energy and Environmental Economics and Policy, Università Bocconi, Milano, Italy. P. 18 [Электронный ресурс]. URL: <https://ideas.repec.org/p/bcu/iefewp/iefewp64.html> (дата обращения: 10.08.2020).

⁵⁵ Yescombe E. R. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Elsevier. 2007. P. 124.

Основными источниками финансирования ГЧП являются срочные кредиты, облигации и инфраструктурные фонды, а также вклад в акционерный капитал. Коммерческие банки в настоящее время являются крупнейшими участниками рынка финансирования в части предоставления заемного капитала для инфраструктурных проектов в Нигерии⁵⁶. Проблема заключается в том, что кредиты нигерийских коммерческих банков не подходят для нужд реализации инфраструктурных проектов из-за их короткого срока предоставления (от 3 до 7 лет), высоких процентных ставок (до 25% в год) и требования предоставления имущественного обеспечения кредитов⁵⁷.

Выпуск облигаций также может использоваться в качестве источника финансирования ГЧП в Нигерии. Облигации, выпущенные проектной компанией, формируют финансовые обязательства со стороны этой компании. Покупатели облигаций проектного финансирования — это инвесторы, которым требуется рентабельность инвестиций без риска для акций, например, пенсионные фонды⁵⁸.

Некоторые инфраструктурные фонды теперь доступны для привлечения инвестиций в проекты ГЧП в Нигерии, например, Инфраструктурный фонд ARM — закрытый фонд на 250 млн долл. США⁵⁹. Также возможно привлечение грантов от иностранных правительств или финансовых институтов развития, таких как Африканский банк развития и Всемирный банк.

Частный капитал использовался для финансирования значительного процента проектов ГЧП, реализованных к настоящему времени в стране. Это особенно актуально, так как проектные компании, претендующие на заключение соглашения ГЧП, должны продемонстрировать, что у них есть прочная финансовая база до их вовлечения в проект. Однако утверждается, что в стране должна быть структурированная модель для финансирования проектов ГЧП. Такая структура даст Пенсионной комиссии, администраторам пенсионных фондов, а также вкладчикам пенсионных фондов гарантии того, что активы будут эффективно управляться.

Источники финансирования проектов ГЧП в Нигерии в области здравоохранения

Хотя признается, что будущее общественного здравоохранения в Нигерии может быть улучшено с помощью модели ГЧП, необходимо рассмотреть вопрос о жизнеспособности, а также о возможности финансирования проектов, которые будут организованы. Проекты ГЧП известны своей высокой долей заемных средств и проблемами, связанными с долгом и финансированием⁶⁰. Поэтому федеральное правительство и правительство штатов должны предоставить гарантии для проектов ГЧП в сфере здравоохранения, чтобы проектные компании могли обеспечить финансирование будущих проектов. Например, в турецком законодательстве указано, что «министерство здравоохранения гарантирует арендные платежи в течение срока действия договора»⁶¹. Более того, пенсионные активы в стране, которыми управляют несколько администраторов пенсионных фондов, могут стать источником внутреннего финансирования для ГЧП. По состоянию на октябрь 2019 г. пенсионные активы Нигерии выросли на 228 млрд нигерийских найр и к концу месяца составили 9,81 трлн нигерийских найр⁶².

Правовое регулирование ГЧП в Нигерии

Одним из важнейших факторов успешного вовлечения частных инвесторов в реализацию государственных инфраструктурных проектов в любой отдельно взятой юрисдикции является обеспечение правовой, нормативной и административной структуры для управления проектами ГЧП. Во-первых, независимо от того, насколько хорошо разработано соглашение о ГЧП, оно может быть недействительным или неисполнимым, если оно не соответствует законодательству страны. Во-вторых, закон может запрещать реализацию определенных видов проектов в границах населенного пункта и, в-третьих, в такой конституционной федерации, как Нигерия, акт Национального собрания⁶³ или закон Государственного собрания⁶⁴ требуется для создания любого регулирующего органа, а также для обеспечения законности любой сделки

⁵⁶ Detail Solicitors, Infrastructure Financing: Options for Nigeria // *Nigeria Public Private Partnership Review*, 2013. Vol. 2. Issue 1. P. 1 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.detailsolicitors.com/images/content/NigeriaPPPReviewVolume2Issue1.pdf> (дата обращения: 10.08.2020).

⁵⁷ Обычно в качестве обеспечения кредитов, полученных для проектов ГЧП, предоставляются права в отношении самого проекта (его результата), а не другие активы инвесторов проекта.

⁵⁸ Yescombe E. R., *supra* note 56. P. 136.

⁵⁹ Detail Solicitors, *supra* note 57. P. 2.

⁶⁰ Lei Zhu, David Kim Huat Chua. Identifying Critical Bankability Criteria for PPP Projects: The Case of China // *Advances in Civil Engineering*, 2018. No. 3. P. 1. DOI: <https://doi.org/10.1155/2018/7860717>.

⁶¹ Magnus Rodrigues *et al.* Healthcare PPPs in Turkey // *Infrastructure Journal*, 2013. P. 3 [Электронный ресурс]. URL: https://www.inalkama.com/wp-content/uploads/Healthcare_PPPs_in_Turkey.pdf#:~:text=The%20project%20company%20has%20to%20procure%20the%20financing,of%20the%20agreement.%20In%20addition%2C%20it%20has%20been (дата обращения: 10.08.2020).

⁶² Uche Ndimiele. Nigeria's Pension Asset Increased by N 228 Billion in October // *Nairametrics* 18 декабря 2019 [Электронный ресурс]. URL: <https://nairametrics.com/2019/12/18/nigerias-pension-asset-increased-by-n228-billion-in-october/#:~:text=Nigeria%E2%80%99s%20pension%20asset%20grew%20by%20N228%20billion%20in,latest%20data%20from%20the%20Pension%20Commission%20of%20Nigeria> (дата обращения: 10.08.2020).

⁶³ В тех случаях, когда это касается непосредственно федерации.

⁶⁴ Если это относится к одному из штатов федерации.

с участием частной и государственной сторон. В целях обеспечения правовой поддержки политике реализации ГЧП в стране федеральное правительство Нигерии, а также несколько штатов в федерации приняли законы, регулирующие определенные формы ГЧП. Нормативные акты также издают государственные органы, регулирующие ГЧП на государственном и локальном уровнях.

Для потенциального инвестора в инфраструктурные проекты в Нигерии важно представлять, как устроена федеральная структура, действующая в стране. Действующая структура разграничивает, какие проекты могут быть реализованы федеральными органами власти и какие органами власти штатов в рамках их полномочий, независимо от того, осуществляются ли они на исключительной основе или совместно. Поэтому необходимо проанализировать законы, чтобы не заключать соглашение, которое является *ipso facto* недействительным.

Алкали *и др.* отмечали, что Нигерия стала федерацией в 1954 г., после принятия федеральной Конституции Нигерийским (Конституционным) указом Совета 1954 г.⁶⁵ Федерация в настоящее время состоит из 36 штатов и федеральной столичной территории (Абуджа)⁶⁶. Хотя Нигерия считается федерацией, структура управления страной чрезмерно централизована⁶⁷. Из-за длительных периодов военного вторжения в политику в стране нигерийское государство действует, скорее, как унитарное государство, чем федеральное. Большое количество полномочий сконцентрировано на федеральном уровне. Федеративные штаты во многом зависят от ежемесячных бюджетных ассигнований федерального правительства, и в результате штаты остаются подчиненными федеральной власти. Хотя губернатор штата является руководителем службы безопасности этого штата, он не контролирует полицию. Были случаи, когда полномочия губернатора штата по обеспечению безопасности отзывались на основании приказа «сверху» (термин, используемый в Нигерии для описания директив, изданных федеральным органом власти). Например, из-за конфликта между администрацией д-ра Гудлака Джонатана и губернатором штата Риверс Ривоти Амаечи генеральный инспектор полиции отозвал полномочия губернатора штата Риверс по обеспечению безопасности⁶⁸. В отличие от ситуации в федерации Соединенных Штатов в штатах Нигерии нет своих апелляционных или верховных судов. Апелляции из государственных судов штата направляются в центральный апелляционный суд⁶⁹, а дальнейшие апелляции — в Верховный суд, расположенный на территории федеральной столицы⁷⁰. Нынешняя федеральная система в Нигерии описывается как «плохой брак, который всем не нравится, но супруги не решаются расстаться»⁷¹.

Штаты, которые заинтересованы в реализации ГЧП, такие как Лагос, Риверс, Кросс Риверс и Экити, создали свои собственные структуры ГЧП в соответствии с федеральной системой страны.

Основные элементы структуры ГЧП

Нельзя переоценить необходимость «четкой и стабильной правовой среды, необходимой для реализации проектов ГЧП, чтобы снизить влияние рисков, повысить конкуренцию в отношении проектов, привлечь больше кредитов и, следовательно, снизить стоимость проекта»⁷². Государственное агентство должно иметь необходимые полномочия, установленные законом, чтобы заключить соглашение с частным консорциумом для выполнения обязательств по такому соглашению. Важно, чтобы механизмы ГЧП были ясными, предсказуемыми и стабильными так же, как и коммерчески ориентированными. Тем не менее следует отметить, что в Великобритании и некоторых других странах общего права модели ГЧП по программам частного финансирования (PFI) рассматриваются как разновидность государственных закупок, для которых не требуется никаких специальных правовых механизмов⁷³. Данный подход рассматривается как, главным образом, контрактный подход. Йескомб утверждает, что преимущество контрактного подхода заключается в большей гибкости для внесения изменений в программу ГЧП⁷⁴. Важно отметить, что для реализации такого подхода создана система нормативного регулирования, так как это позволяет правительству⁷⁵:

⁶⁵ Alhaji Umar Alkali, US Abbo Jimeta, Awwal Ilyas Magashi and Tijanni. Nature and Sources of Nigerian Legal System: An Exorcism of a Wrong Notion // *International Journal of Business, Economics and Law*. 2014. Vol. 5 (4). P. 3.

⁶⁶ Конституция Федеративной Республики Нигерия 1999 г. (с поправками), с. 3.

⁶⁷ Aderonke Majekodunmi, Federalism in Nigeria: The Past, Current Peril and Future Hopes // *Journal of Policy and Development Studies*. 2015. Vol. 9 (2). P. 112. DOI:10.12816/0011210.

⁶⁸ Stanley Azuakola. Just in: Police IG Withdraws Security Details of Gov. Amaechi, Sen. Saraki and Alhaji Baraje // *The Scoop* от 7 сентября 2013 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://thescoopng.com/2013/09/07/just-in-police-ig-withdraws-security-details-of-gov-amaechi-sen-saraki-and-alhaji-baraje/> (дата обращения: 08.05.2018).

⁶⁹ Апелляционный суд делится на подразделения, которые расположены в разных штатах в Нигерии. См. ст. 237 Конституции Федеративной Республики Нигерии 1999 г. (с поправками).

⁷⁰ Ст. 230 Конституции Федеративной Республики Нигерии 1999 г. (с поправками).

⁷¹ Aderonke Majekodunmi, *supra* note 68. P. 114.

⁷² Jeffrey Delmon, *supra* note 12. P. 5.

⁷³ Yescombe E. R., *supra* note 56. P. 31.

⁷⁴ *Ibid.* 32.

⁷⁵ *Ibid.*

- подтвердить свои политические обязательства через установление четкого нормативного регулирования;
- определить роли различных ветвей власти, включая контроль и утверждение отдельных проектов ГЧП;
- определить основания, на которых государственный орган может принимать на себя различные риски, например, обеспечение доходности;
- определить процедуру внесения государственным органом изменений в спецификации проекта и метод компенсации компании, реализующей проект ГЧП, возникающих дополнительных расходов;
- обеспечить ясность в отношении прав инвесторов в случае досрочного расторжения соглашения ГЧП, будь то из-за дефолта проектной компании или из-за того, что государственный орган хочет вернуть объект под контроль государственного сектора;
- предоставить кредиторам возможность контролировать реализацию соглашения ГЧП;
- при необходимости ввести возможность предоставления инвестиционных стимулов, таких как специальный налоговый режим и т. д.

Без сомнения, принятие закона 2005 г. о Комиссии по регулированию концессий в сфере инфраструктурных проектов (ICRCA 2005), создание Комиссии по регулированию концессий по инфраструктурным проектам для управления федеральными соглашениями ГЧП по всей стране, а также аналогичные законы, принятые в некоторых штатах федерации, призваны служить ощутимой политической поддержкой в целях успешной реализации ГЧП в стране, основными целями которого, *среди прочего*, являются:

- устранение инфраструктурных проблем;
- создание рабочих мест;
- привлечение прямых иностранных инвестиций в экономику;
- обеспечение экономического роста и развития;
- создание условий, при которых правительство сможет направить основные усилия на формирование программ политического и социального развития;
- обеспечить сохранность небогатых государственных ресурсов.

В контексте данного исследования правовое регулирование рассматривается как инструмент в условиях «когда законы и регулирующие структуры могут использоваться для стимулирования ГЧП, поддержки учреждений, реализующих ГЧП, и их регулирования»⁷⁶. С другой стороны, действующая институциональная структура касается вовлеченных лиц, полномочий, которыми они обладают для принятия решений, и функций, разрешенных законом. Отсутствие правовой базы ведет к неопределенности и хаосу. Инвесторы, как правило, рассматривают качество правового регулирования как важный фактор для принятия решения о заключении соглашения ГЧП, так же, как и процесс предоставления помощи в случае возникновения спора или отмены проекта. В случае, когда правовое регулирование не определено, это всегда служит причиной отказа от ведения бизнеса, вне зависимости от перспектив инвестиций и их предполагаемой доходности. Таким образом, именно закон должен использоваться в качестве инструмента для развития инфраструктурных проектов в стране в свете вышесказанного. Это означает, что правовое регулирование должно быть определенным, целостным и понятным. Ситуация, когда существуют различные законы, регулирующие один и тот же процесс, и положения различных законов накладываются друг на друга, порождает путаницу и может привести к спорам, которые могут помешать успешной реализации ГЧП.

Как ГЧП регулируется в Нигерии

Основным законом, регулирующим ГЧП в Нигерии, является Закон 2005 г. о Комиссии по регулированию концессий в сфере инфраструктурных проектов (ICRCA 2005). Этот закон создает правовую основу для участия частных инвесторов в развитии инфраструктуры Нигерии в рамках ГЧП⁷⁷. На основании этого закона была создана Комиссия по регулированию концессионных соглашений в области инфраструктурных проектов (ICRC), которая⁷⁸:

- принимает на себя ответственность за каждое концессионное соглашение, заключенное в соответствии с Законом, и контролирует соблюдение условий такого соглашения;
- обеспечивает эффективное выполнение любого концессионного соглашения или контракта, заключенного правительством;
- обеспечивает соблюдение положений указанного закона;
- выполняет другие обязанности, которые могут быть ей поручены Президентом и которые необходимы или целесообразны для обеспечения эффективного выполнения функций Комиссии в соответствии с Законом.

⁷⁶ Jeffery Delmon, *supra* note 12. P. 3.

⁷⁷ Закон был подписан и вступил в силу 10 ноября 2005 г.

⁷⁸ Ст. 14 и ст. 20 ICRCA 2005.

Регулирование в соответствии с Законом 2005 г. о Комиссии по регулированию концессий на инфраструктуру (ICRCA 2005)

В соответствии с Законом консорциум частных инвесторов может заключить концессионное соглашение в рамках ГЧП с федеральным правительством Нигерии или с каким-либо министерством, департаментом или агентством только при условии наличия достаточного финансирования, релевантного опыта и экспертизы в реализации или сопровождении инфраструктурных проектов⁷⁹. Учитывая, что ГЧП является относительно новым институтом в Нигерии, возникает вопрос, могут ли местные консорциумы оказаться в невыгодном положении при проведении торгов по проектам ГЧП по сравнению с более опытными зарубежными консорциумами? Опять же закон требует, чтобы консорциум, выигравший торги на заключение соглашения по реализации проекта, был одним из тех, кто подал наиболее технически и экономически приемлемую заявку⁸⁰.

Чтобы предложить частным инвесторам некоторые гарантии стабильности, Закон предусматривает, что никакое соглашение, заключенное в соответствии с Законом, не может быть произвольно приостановлено, прекращено, отменено или изменено, за исключением случаев, предусмотренных положениями Закона⁸¹.

Ст. 14 и ст. 15 Закона учреждают Комиссию по регулированию концессионных соглашений в области инфраструктурных проектов (ICRC) и создание ее Управляющих органов соответственно. Однако Закон не содержит никаких положений относительно порядка финансирования ГЧП проектов⁸². Нвангву также отмечает, и совершенно справедливо, что «закон не содержит подробных правил о порядке проведения закупочных процедур по контрактам ГЧП»⁸³. Этот пробел предоставляет достаточно широкие полномочия Комиссии для регулирования данных вопросов путем издания соответствующих решений.

В своем анализе положений Закона 2005 г. Сойеджу отмечает, что закон содержит неопределенные положения в следующих областях⁸⁴:

- процесс одобрения проектов ГЧП, заключение концессионного соглашения;
- масштаб проектов, в которых возможно участие частных инвесторов, и механизм работы с предложениями о заключении ГЧП по инициативе инвесторов;
- процесс разрешения споров, возникающих при реализации ГЧП;
- судьба проекта ГЧП в случае, если он не соответствует положениям Закона.

Также хочется отметить, что пробелов в отношении вопросов финансирования проектов ГЧП в законе больше, чем хотелось бы. Данный пробел в регулировании, вероятно, послужил причиной неудачи в реализации концессионного соглашения по строительству автомагистрали Лагос-Ибадан, заключенного с Vi-Courtney Ltd⁸⁵.

Анализ примеров проектов ГЧП в секторе здравоохранения

В настоящем разделе статьи рассматриваются два проекта ГЧП в сфере здравоохранения, которые могут быть примерами для реализации ГЧП по созданию медицинской инфраструктуры в Нигерии. Первый рассматриваемый проект — государственная больница Кросс-Ривер, второй пример — проекты совместного использования больниц Пелоними и Университас в Южной Африке.

Государственная больница Кросс-Ривер

Учитывая ухудшение состояния больничной инфраструктуры в штате Кросс-Ривер, а также нехватку персонала, жители штата начали терять доверие к возможностям медицинских учреждений помочь им справиться с заболеваниями, что, в свою очередь, привело к увеличению случаев самолечения и необходимости экстренной медицинской эвакуации больных. Ситуация вызвала обеспокоенность властей, поскольку из всех медицинских учреждений штата работало только 36 больниц и 938 врачей, таким образом, на 10 000 пациентов приходилось 0,21 врача, то есть одна пятая среднего показателя по странам Африки к югу от Сахары (SSA)⁸⁶.

⁷⁹ Ст. 2 (3) of the ICRCA 2005.

⁸⁰ Ст. 2 (2) of the ICRCA 2005.

⁸¹ Ст. 11 of the ICRCA 2005.

⁸² Augustine Edobor Arimoro. Funding of Public-Private Partnership Projects under the Nigerian ICRC Act of 005: Why is the Act Silent? // *Journal of Law, Policy and Globalization*. 2015. Vol. 40. Pp. 69–72.

⁸³ George Nwangwu. Does Nigeria Really Need a Regulator for Public-Private Partnerships // *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*. 2016. Vol. 11. No. 4. P. 320.

⁸⁴ Olufemi Soyaju. Legal Framework for Public Private Partnership in Nigeria // *De Jure*. 2013. Vol. 46. No. 3 P. 826.

⁸⁵ Концессионное соглашение не содержало положений о порядке и условиях финансирования. В то время как федеральное правительство рассматривало, что концессионер профинансирует проект собственными силами, последний считал, что его задача заключается в посредничестве и в его обязанности входит только поиск инвестора.

⁸⁶ International Finance Corporation, 'Cross River State Hospital PPP Project, Presentation delivered by Bayo Oyewole at the Corporate Council for Africa Health and Infrastructure Working Group Breakfast Meeting, April 2014 [Международная финансовая корпорация, «Проект ГЧП Государственной больницы Кросс-Ривер», презентация Байо Ойволе на заседании Рабочей группы Корпоративного совета по здравоохранению и инфраструктуре в Африке, апрель 2014 г.].

Штат, в котором всего 0,5 больничной койки приходилось на тысячу человек, имел самую низкую плотность больниц на всем юге Нигерии⁸⁷.

В рамках стратегии правительства штата Кросс-Ривер, направленной на реформирование сектора здравоохранения с целью предоставления эффективных, действенных, качественных и доступных медицинских услуг, была привлечена Международная финансовая корпорация для оказания консультативной поддержки в целях создания больницы в Калабаре с использованием модели ГЧП.

Пятнадцать международных фирм выразили заинтересованность в реализации проекта в ответ на приглашение правительства штата Кросс-Ривер в апреле 2012 г. Четверо из участников торгов прошли предварительную квалификацию. Концессионное соглашение сроком на 10 лет было заключено с UCL Healthcare Services Ltd⁸⁸ — международным консорциумом, в состав которого входят Utopian Healthcare Consulting (США), Cure Hospital Management Services (США), Cuningham Group (США), Consultants Collaborative Partnership (Нигерия), ITB Nigeria Limited (Нигерия), Healthfore Technologies (Индия), Simed International (Нидерланды) и Cure Hospital Management Services (фирма, зарегистрированная в США, которая предоставляет медицинские услуги). Консорциум должен был нести определенные расходы по разработке проекта, построить больницу «под ключ» и управлять больницей в соответствии с условиями, определенными в соглашении о ГЧП⁸⁹.

Структура сделки строилась по принципу «проектирование — строительство — эксплуатация — передача» в рамках ГЧП модели сроком на 10 лет. Затраты на строительство на общую сумму около 37 млн долл. брало на себя правительство штата Кросс-Ривер, консорциум должен был покрыть некоторые расходы на проектирование, организовать строительство больницы «под ключ», а затем осуществлять текущую эксплуатацию и управление больницей. Проект представляет собой больницу на 105 коек для обслуживания населения столицы Калабар и ее окрестностей (80 коек, зарезервированных для государственных пациентов; 20 коек для частного VIP-лечения по коммерческим тарифам и 5 коек для отделения интенсивной терапии). Предполагалось, что больница будет рассчитана на 6000 стационарных больных и 60 000 амбулаторных посещений в год⁹⁰. Проект был рассчитан на 10 лет с вводом объекта в эксплуатацию в 2015 г. Частный партнер нес ответственность за эксплуатацию объекта. Финансовая структура (CAPEX) сделки составляла приблизительно 37 млн долл. США; операционные расходы — около 2,4 млн долл. Сроки реализации этапов проекта были определены следующим образом: строительство — два года, эксплуатация — восемь лет, включая возможность использования дополнительных двух лет. В рамках объема капитальных вложений (CAPEX) правительство штата Кросс-Ривер должно было профинансировать 49%, а частный консорциум — 51%.

Вот некоторые из уроков, извлеченных из реализации проекта: важны политические факторы, такие как график выборов, поддержка правительства на высоком уровне и активное взаимодействие и поддержка губернатора; недостаток опыта ГЧП в сфере здравоохранения может стать препятствием для заключения таких соглашений. Проблемой оказалось то, что только у нескольких участников торгов был релевантный опыт реализации таких проектов.

Проекты совместного использования больниц Пелонми и Университас, Бумфонтейн

Этот проект был структурирован как ГЧП совместного использования. Этот тип ГЧП возникает, когда государственный и частный партнеры используют аналогичные услуги и сотрудничают, а не конкурируют, что приводит к тому, что государственный партнер получает доходы, а частный партнер генерирует прибыль⁹¹.

Проект был организован в 2000 г. на местном уровне с целью обеспечения улучшения уровня здравоохранения для жителей Южной Африки, особенно тех, кто живет в провинции Фри-Стейт (одна из провинций ЮАР — прим. ред.). Соглашение о реализации проекта было заключено 25 ноября 2002 г. сроком на 16,5 лет. В проекте реализации ГЧП по совместному использованию больниц участвовало три партнера. Государственное агентство выступало одним из партнеров в лице Департамента здравоохранения провинции Фри-Стейт⁹². Департамент здравоохранения организовал проведение тендера: получив необходимое разрешение от казначейства для продолжения процедур. Заинтересованным сторонам было предложено подать заявки на регистрацию участников тендера, и были проведены информационные встречи

⁸⁷ International Finance Corporation, 'Nigeria: Cross River State Hospital,' (2013) [Международная финансовая корпорация, 'Нигерия: Государственная больница Кросс-Ривер,' (2013)] [Электронный ресурс]. URL: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/5668b20040c913338d3b9d5d948a4a50/PPPStories_Nigeria_CrossRiverHospital.pdf?MOD=AJPERES (дата обращения: 01.09.2016).

⁸⁸ Кстати, UCL Healthcare Services Ltd заявило самую низкую финансовую ставку.

⁸⁹ World Finance, Bridging the Healthcare Gap: The Calabar Specialist Hospital Aims to Improve national Access to Quality Healthcare in Nigeria. 2014 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.worldfinance.com/infrastructure-investment/project-finance/the-calabar-specialist-hospital> (дата обращения: 01.09.2016).

⁹⁰ Utopian, 'Calabar Specialist Hospital. 2014 [Электронный ресурс]. URL: <https://estateintel.com/app/uploads/2014/10/Calabar-Specialist-Hospital-Intro.pdf> (дата обращения: 02.09.2016).

⁹¹ Shadrack Shuping, Siphon Kabane. Public-Private Partnerships: A case study of the Pelonomi and Universitas Hospital Co-location Project. Pp. 151–158 [Электронный ресурс]. URL: https://www.hst.org.za/publications/South%20African%20Health%20Reviews/3_S_AHR_2006-2007_Content.pdf (дата обращения: 24.05.2017).

⁹² Департамент здравоохранения — это структурное подразделение правительства провинции Фри-Стейт в ЮАР, которое курирует вопросы, связанные со здоровьем, и все учреждения общественного здравоохранения, включая больницы.

с 30 потенциальными частными партнерами, которые проявили интерес к проекту. По результатам анализа проекта, предложенного из Австралии, департамент здравоохранения подтвердил три заявки на участие в тендере, но в итоге ответ на запрос предложений прислали только два участника. Был выбран консорциум, состоящий из двух медицинских компаний: первая — Южноафриканская компания по расширению прав и возможностей чернокожих⁹³, а другая — медицинская компания⁹⁴ с филиалами в Южной Африке и Великобритании. Консорциум владел 65-процентной долей в концессии, а оставшиеся 35% предлагались инвесторам, врачам, а затем и государству.

В соответствии с соглашением департамент здравоохранения получал ежемесячные концессионные сборы от частного партнера за использование коек и операционного зала, которые последний использует в обеих больницах. Кроме того, частный партнер обязан был вносить переменную плату в размере 2% от дохода от оборота пациентов⁹⁵. Включение переменных платежей в соглашение означает, что некоторый операционный риск переносится на департамент здравоохранения, поскольку часть полученного дохода зависит от успешности работы частного партнера. При этом частный партнер также несет риски, поскольку он несет ответственность за все строительство, ремонт и модернизацию объекта⁹⁶.

Хотя роль департамента здравоохранения заключается в обеспечении ухода за пациентами в обеих больницах, частный партнер несет ответственность за все ремонтные работы и модернизацию объекта⁹⁷. Модернизация больниц Пелономи и Университас была выполнена как модернизация объектов совместного использования, включая их параллельную эксплуатацию в качестве государственных больниц⁹⁸.

Помимо этого, частный партнер модернизировал помещения, предназначенные для обслуживания своих частных пациентов, и для этих целей частный партнер нанял местные строительные компании. Таким образом, 26 компаний города Блюфонтейн были задействованы на проекте в течение 8 месяцев. В результате в местную экономику было вложено более 10 южноафриканских рэндов⁹⁹.

ГЧП по проекту совместного использования больниц Пелономи и Университас считается «крайне успешным»¹⁰⁰. Обе больницы имеют учреждения, которые в настоящее время функционируют и обеспечивают ежедневные медицинские потребности населения (как в рамках системы страхования, так и вне ее). Реализация проекта с использованием ГЧП позволила снизить эксплуатационные расходы, а качество медицинской помощи повысить. Кроме того, ГЧП обеспечило снижение затрат как для департамента здравоохранения, так и для частного партнера, тем более что не было необходимости строить новую больницу¹⁰¹. Опять же поддержка заинтересованных сторон внесла огромный вклад в успешность проекта ГЧП¹⁰².

Заключение

В настоящей статье поднимается вопрос о необходимости разработки стратегии для вовлечения в сотрудничество с государственными органами частного сектора в целях улучшения состояния инфраструктуры здравоохранения в Нигерии. Основную обеспокоенность вызывает тот факт, что, несмотря на сокращающиеся доходы, средства, выделенные для сектора здравоохранения, по-видимому, выделяются не для этой цели в конечном итоге, еще одна проблема заключается в том, что государственный сектор в Нигерии является неэффективным управляющим государственными учреждениями. Кроме того, Нигерия может полагаться на опыт частных партнеров в развитии сферы оказания медицинской помощи в стране, а также на финансирование проектов частным сектором. Интересно отметить, что, например, бюджет здравоохранения Нигерии в 2018 г. составлял 340,56 млрд нигерийских найр, то есть 10% национального бюджета или по 1832,62 найры на гражданина¹⁰³. Этот факт дает более веские аргументы в пользу участия государственного сектора в проектах. Опять же если Нигерия планирует достичь целей устойчивого развития к 2030 г. в том, что касается сектора здравоохранения, сейчас настало время серьезно заняться его модернизацией.

Пандемия COVID-19 выявила тот факт, что состояние здоровья населения в Нигерии находится в ужасном состоянии, и, если не будут предприняты срочные шаги, чтобы побороть тенденцию ухудшения здоро-

⁹³ Эта компания имела 40% акций в консорциуме.

⁹⁴ Эта компания получала 25% акций в консорциуме.

⁹⁵ В соответствии с контрактом частные партнеры должны будут платить фиксированную ежемесячную арендную плату в размере 40 000 южноафриканских рэндов в месяц за использование обоих объектов (больниц) в течение первых пяти лет и 60 000 южноафриканских рэндов в месяц впоследствии. Кроме того, 1,32% годового оборота до получения прибыли должно быть перечислено государственному партнеру.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Shadrack Shuping, Siphon Kabane, *supra* note 92.

⁹⁸ Управление Организации Объединенных Наций по сотрудничеству по линии Юг — Юг.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Важно, что обе больницы могут обслуживать всех граждан без какой-либо дискриминации по признаку расы.

¹⁰² National Treasury PPP Unit. Case Studies on the Public Private Partnerships at Humansdorp District Hospital, Universitas and Pelonomi Hospitals and Inkosi Albert Luthuli Central Hospital: Overall Findings and Recommendations. 2007 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.ppp.gov.za/Legal%20Aspects/Case%20Studies/Humansdorp%20Overall%20findings.pdf> (дата обращения: 29.05.2017).

¹⁰³ Healthwise, COVID-19 Exposes Nigeria's Wobbling Healthcare System // *Healthwise*. 10 мая 2020 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://healthwise.punchng.com/covid-19-exposes-nigerias-wobbling-healthcare-system/> (дата обращения: 25.06.2020).

вья нации, страна будет в худшем положении в ближайшие несколько лет, учитывая предполагаемый потенциальный рост населения. Похоже, что политическая элита не была сильно обеспокоена состоянием системы здравоохранения, поскольку ее представители могли легко путешествовать в Европу, Индию, Соединенные Штаты, а также Объединенные Арабские Эмираты в рамках медицинского туризма. Пандемия COVID-19 и закрытие границ привели к тому, что теперь каждому потребовалось медицинское обслуживание внутри страны.

Возможность реализации проектов ГЧП в Нигерии была создана при принятии Закона 2005 г. о Комиссии по регулированию концессий в сфере инфраструктурных проектов. Следует отметить, что в рамках действующего нормативного регулирования ГЧП было организовано и реализовано несколько проектов, однако необходимо активное расширение использования ГЧП в качестве стратегического долгосрочного инструмента для решения проблемы дефицита инфраструктуры здравоохранения в Нигерии. Рекомендуется ввести стимулирующие меры для привлечения участия частного сектора в оказание медицинской помощи в стране.

Федеральное правительство и правительства других штатов могут достигнуть значительных успехов, применив структуру ГЧП в сфере здравоохранения, аналогичную модели штата Кросс-Ривер. Для этого требуется внести поправки в законодательство Нигерии о ГЧП, чтобы включить предоставление гарантий для поддержки проектных компаний с целью обеспечения необходимого финансирования для критически важных инфраструктурных проектов, таких как ГЧП в сфере здравоохранения. Пенсионные активы, которыми управляют несколько администраторов пенсионных фондов в стране, могут быть источником внутреннего финансирования для проектов ГЧП. Органы государственной власти на федеральном уровне также должны применять меры стимулирования инвестиций в инфраструктурные фонды. Необходимость таких мер связана с тем, что получение иностранных займов для проектов ГЧП в Нигерии затруднено, учитывая сокращающиеся доходы страны и валютные риски. И наконец, в Закон 2005 г. о Комиссии по регулированию концессий в сфере инфраструктурных проектов (ICRCA 2005) следует внести поправки, чтобы разрешить ГЧП в виде программ частного финансирования проектов, при которых государство оплачивает проектной организации использование объекта гражданами, чтобы сделать инвестиции в проекты ГЧП в определенных районах страны привлекательными.

Литература / References

1. *Adebowale, N.* My Statement on Nigeria's Poor Health Infrastructure Misinterpreted — SGF // Premium Times от 10 апреля 2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.premiumtimesng.com/news/top-news/387249-my-statement-on-nigerias-poor-health-infrastructure-misinterpreted-sgf-mustapha.html> (дата обращения: 26.06.2020).
2. *Adepoju, P.* Nigeria Responds to COVID-19; First Case Detected in Sub-Saharan Africa // Nature Medicine, 2020. No. 26 (4). Pp. 444–448.
3. *Alkali, A. U., Abbo-Jimeta, U. S., Magashi, I., Tijanni* (n.d.). Nature and Sources of Nigerian Legal System: An Exorcism of a Wrong Notion // International Journal of Business, Economics and Law. 2014. Vol. 5 (4). Pp. 1–10.
4. *Arimoro, A.* An Appraisal of the Framework for Public Private Partnership in South Africa // European Procurement and Public Private Partnership Law Review. 2018. No. 13 (3). Pp. 214–228.
5. *Arimoro, A.* Public-private Partnership and the Right to Property in Nigeria // African Human Rights Law Journal, 2019. No. 19 (2). Pp. 763–778. DOI:10.17159/1996-2096/2019/v19n2a10.
6. *Arimoro, A. E.* Funding of Public-Private Partnership Projects under the Nigerian ICRC Act of 2005: Why is the Act Silent? // Journal of Law, Policy and Globalization. 2015. Vol. 40. Pp. 69–72.
7. *Ariyo, A., Jerome, A.* Utility Privatisation and the Poor: Nigeria in Focus // Global Issue Papers. 2004. No. 12. Pp. 1–24.
8. *Azuakola, S.* Just in: Police IG withdraws security details of Gov. Amaechi, sen. Saraki and Alhaji Baraje // The Scoop. 7.09.2013 [Электронный ресурс]. URL: <https://thescoopng.com/2013/09/07/just-in-police-ig-withdraws-security-details-of-gov-amaechi-sen-saraki-and-alhaji-baraje/> (дата обращения: 08.05.2018).
9. *Baxter, D., Casady, C. B.* Proactive and Strategic Healthcare Public-private partnerships (PPPs) in the Coronavirus (COVID-19) Epoch // Sustainability, 2020. No. 12, 5097 [Электронный ресурс]. URL: <https://doi.org/10.3390/su12125097> (дата обращения: 26.06.2020).
10. Copyright Oxford Analytics Ltd. Nigeria: PPPs May Drive Infrastructure Rehabilitation. Oxford Analytics Daily Brief. 2010 [Электронный ресурс]. URL: <https://dailybrief.oxan.com/Analysis/DB158981/NIGERIA-PPPs-may-drive-infrastructure-rehabilitation> (дата обращения: 26.06.2020).
11. *Delmon, J.* Public-private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers. Cambridge: Cambridge University Press. 2011.
12. *Dolphin, T., Chappel, L.* The Effect of the Global Financial Crisis on Emerging and Developing Economies // Report of the Institute for Public Policy and Research. 2010.

13. *Elumoye, D.* Nigeria's Debt Profile now N 33tn — Senate // This Day. 17.03.2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://allafrica.com/stories/202003170021.html> (дата обращения: 26.06.2020).
14. *Fasan, O.* (2020, April 25). Abba Kyari: The High-profile Casualty of Nigeria's Theatre of Misrule // Business Day. 27.04.2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://businessday.ng/columnist/article/abba-kyari-the-high-profile-casualty-of-nigerias-theatre-of-misrule/> (дата обращения: 26.06.2020).
15. *Isossa, E., Spagnolo, G., Vellez, M.* The Risk and Tricks in Public-Private Partnerships // IEFE the Centre for Research on Energy and Environmental Economics and Policy. 2013. Working Paper 64. IEFE, Center for Research on Energy and Environmental Economics and Policy, Universita' Bocconi, Milano, Italy [Электронный ресурс]. URL: <https://ideas.repec.org/p/bcu/iefewp/iefewp64.html> (дата обращения: 26.06.2020).
16. *Kayode, A., Adagba, S. O., Anyio, F.* Corruption and Service Delivery: The Case of Nigerian Public Service // Wudpecker Journal of Public Administration. 2013. No. 1 (1). Pp. 1–6.
17. *Majekodunmi, A.* Federalism in Nigeria: The Past, Current Peril and Future Hopes // Journal of Policy and Development Studies. 2015. Vol. 9 (2). Pp. 107–120. DOI:10.12816/0011210.
18. *Morallos, D., Amekudzi, A.* The State of the Practice of Value for Money Analysis in Comparing Public Private Partnerships to Traditional Procurements // Public Works Management and Policy. 2008. No. 13 (2). Pp. 114–125. DOI:10.1177/1087724x08326176.
19. *Nwangwu, G.* Public Private Partnerships in Nigeria (1st ed.). London : Springer. 2016.
20. *Nwangwu, G.* Does Nigeria Really Need a Regulator for Public-Private Partnerships // European Procurement and Public Private Partnership Law Review. 2016. Vol. 11. Issue 4. Pp. 320–326.
21. *Odularu, G. O.* Crude Oil and the Nigerian Economic Performance // Oil and Gas Business. Январь 2008 [Электронный ресурс]. URL: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.531.822&rep=rep1&type=pdf> (дата обращения: 23.11.2015).
22. *Osei-Kyei, R., Chan, A. P.* Comparative Study of Government's Reasons / Motivations for Adopting Public-Private Partnership Policy in Developing and Developed Economies / Countries // International Journal of Strategic Property Management. 2018. No. 22 (5). Pp. 403–414. DOI:10.3846/ijspm.2018.5223.
23. *Caiyun Cui, Yong Liu, Alex Hope, Jianping Wang.* Review of Studies on the Public-Private Partnerships for Infrastructure Projects // International Journal of Project Management. 2018. Vol. 36. Issue 5. Pp. 773–794. DOI: 10.1016/j.ijproman.2018.03.004.
24. *Rodrigues Magnus et al.* Healthcare PPPs in Turkey // Infrastructure Journal, 2013. P. 3 [Электронный ресурс]. URL: https://www.inalkama.com/wp-content/uploads/Healthcare_PPPs_in_Turkey.pdf#:~:text=The%20project%20company%20has%20to%20procure%20the%20financing,of%20the%20agreement.%20In%20addition%2C%20it%20has%20been (дата обращения: 10.08.2020).
25. *Sharma, K.* Public-Private Partnerships and the 2030 Agenda for Sustainable Development. Working paper No. 148. February 2016 [Электронный ресурс]. URL: https://www.un.org/esa/desa/papers/2016/wp148_2016.pdf (дата обращения: 25.06.2020).
26. *Shuping, S., Kabane, S.* Public-Private Partnerships: A case Study of the Pelonomi and Universitas Hospital Co-location Project. Pp. 151–158 [Электронный ресурс]. URL: https://www.hst.org.za/publications/South%20African%20Health%20Reviews/3_SAHK_2006-2007_Content.pdf (дата обращения: 24.05.2017).
27. *Soyeju, O.* Legal Framework for Public Private Partnership in Nigeria // De Jure. 2013. Vol. 46. No. 3. Pp. 814–832.
28. *Toromade, S.* No 'Single Syringe' in Aso Clinic, Says First Lady' // Pulse. 10.09.2017 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.pulse.ng/news/local/aisha-buhari-no-single-syringe-in-aso-rock-clinic-says-first-lady/r4lr4l7> (дата обращения: 26.06.2020).
29. *Yescombe, E. R.* Public-private Partnerships: Principles of Policy and Finance. London : Elsevier. 2007.
30. *Yescombe, E. R.* Public-Private Partnerships in Sub-Saharan Africa. Dar es Salam: UONGOZI Institute. 2017.
31. *Zhu Lei, David Kim Huat Chua.* Identifying Critical Bankability Criteria for PPP Projects: The Case of China // Advances in Civil Engineering, 2018. No. 3. Pp. 1–11. DOI: <https://doi.org/10.1155/2018/7860717>.

Кризис легитимности государственной власти в эпоху глобализации

Осветимская Ия Ильинична

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

АННОТАЦИЯ

Одной из актуальных проблем, требующих особого исследования, является кризис легитимности государственной власти, причиной которого могут выступать политико-коммуникативные основания, такие как: постановка под вопрос существования государственного суверенитета и государственной власти; «усиление воли к власти» политических и неполитических субъектов; частичное или полное отсутствие политической воли у граждан, которое, в свою очередь, вызывается низким уровнем вовлеченности населения в политику. В условиях глобализации правила языковых игр (политических, правовых, культурных) создаются не самими участниками в результате консенсусно-коммуникативного дискурса, а задаются извне и перестают разделяться всеми членами конкретного коммуникативного сообщества. Наблюдается расшатывание привычных традиций и норм поведения, которое находит свое выражение в той или иной мере сознательно или бессознательно происходящем неприятии навязываемых правил, нарушении функционирования механизмов консенсусно-коммуникативного общественного дискурса. Данные обстоятельства требуют как переосмысления самого феномена власти, так и разработки стратегий выхода из кризиса. С точки зрения делиберативной стратегии (Дж. Ролз, Дж. Коэн, Ю. Хабермас, С. Бенхабиб) выходом из кризиса будет конституирование коммуникативной власти, для которого необходимо обеспечение выражения консенсуса всех сторон, заинтересованных в принимаемом решении. Согласно агонистической стратегии (Ш. Муфф), власть интерпретируется не как чисто внешнее отношение, складывающееся между двумя заданными идентичностями, а как нечто, устанавливающее сами эти идентичности. Если для Дж. Ролза и Ю. Хабермаса важно найти способ упразднения власти, потому что более демократическое общество нуждается в меньшем охвате властью, то для Ш. Муфф основной тезис звучит как необходимость поиска таких форм проявления власти, которые бы были самым наилучшим образом совместимы с демократическими ценностями, потому что в основе любых социальных отношений лежат отношения власти, и их невозможно и не нужно устранять. Оба подхода обладают способностью вывести легитимность власти из кризиса при условии проявления властью ее «креативного потенциала», заключающегося в защите неотъемлемых, неотчуждаемых прав граждан; гармоничном сочетании публичной и частной сфер; реализации феномена свободы.

Ключевые слова: политическая коммуникация, утрата легитимности, власть, делиберативная демократия, коммуникативный консенсус, агонистический плюрализм, креативный потенциал власти, Ю. Хабермас, Ш. Муфф

State Power Legitimacy Crisis in the Era of Globalization

Iya I. Osvetinskaya

Associate Professor of the Department of Theory and History of Law and State, School of Law, Higher School of Economics National Research University (Campus in St. Petersburg); Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law, St. Petersburg State University, Saint Petersburg, Russian Federation, Candidate of Legal Sciences; osv.iya@gmail.com

ABSTRACT

One of the urgent problems requiring special research is the comprehensive crisis of legitimacy that accompanies globalization, and one of the manifestations of which is the fragmentation of the phenomenon of legitimacy due to the fragmentation of the mechanisms of legitimation associated with different aspects of legitimacy being: power legitimacy, religion legitimacy, moral legitimacy, etc. State power legitimacy crisis has political and communicative grounds, such as: problematization of state sovereignty existence and state power existence; expanding political and non-political actors will to power; partial or complete lack of political will among citizens, which in turn is caused by a low level of public involvement in politics, which in turn is due to the usual functioning of political communication. The rules of language games (political, legal, cultural) are not created by the participants themselves in the result of a consensus-communicative discourse, but are set from the outside and are no longer shared by all members of a particular communicative community. The shaking of habitual traditions and norms of behavior leads to the imposed rules rejection and disruption of the consensus-communicative public discourse mechanisms functioning. These circumstances require a rethinking of the very phenomenon of power and the development of strategies for overcoming the crisis. From the point of view of a deliberative strategy (J. Rawls, J. Cohen, J. Habermas, S. Benhabib), the organization of a communicative power could become a way out of the crisis. This process requires all interested in the decision parties consensus expression. According to the agonistic strategy (C. Mouff), power is not interpreted as a purely external relation that develops between two given identities, but as something that establishes these identities themselves. According to J. Rawls and J. Habermas, it is necessary to find a way to eliminate power, because the more democratic a society is, the less power is present in its social relations. But according to C. Mouff, power relations are the basis of social relations, and the main issue of democratic politics is not how to eliminate power, but how to create such forms of power that could be more compatible with democratic values. Both approaches have the ability to bring the legitimacy of power out of the crisis, as long as the authorities will demonstrate its creative potential, which consists in protecting the fundamental rights of citizens; harmonious combination of public and private spheres; freedom realization.

Keywords: Political Communication, Legitimacy Loss, Power, Deliberative Democracy, Communicative Consensus, Agonistic Pluralism, Power Creative Potential, J. Habermas, C. Mouffe

1. Введение

Глобализация, затрагивающая без исключения все сферы жизни общества, сопровождается стремительными трансформациями общепринятых правовых и ценностных идеалов. В результате этого возникает огромное количество неизвестных ранее, нетрадиционных воззрений, которые приводят к восприятию ранее сформировавшихся и переживаемых как легитимные феноменов в качестве незнакомых и нелегитимных (это может происходить как на национальном уровне, так и на международном). В частности, в эпоху глобализации трансформируется понятие государственного суверенитета. Многие ученые опасаются, не изживает ли себя это понятие вообще¹. Понятие демократии также проблематизируется². Появление на международной арене новых политических и экономических субъектов формирует вызов устоявшимся представлениям, что является демократией, а что ее противоположностью. Для глобализации характерны такие черты, как интересубъективность, амбивалентность и асимметричность³. Интересубъективность проявляется в том, что, с одной стороны, глобализация зарождается благодаря субъектам, действующим при помощи имеющихся у них ресурсов и инструментов коммуникации, с другой стороны, глобализация подвергается процессу реификации и начинает переживаться субъектом как нечто объективное. Глобализация амбивалентна потому, что она способна принести как позитивные, так и негативные последствия. Саму по себе ее нельзя оценить положительно или отрицательно. Во многом ее результат индивидуален для каждого конкретного государства и зависит от того, насколько это государство сможет извлечь плоды из глобализации или потерпит крах от ее влияния. Асимметричность глобализации заключается в неравной степени интегрированности в ее процессы различных стран. Глобализации также сопутствуют дезинтеграция и фрагментация, регионализация и локализация. Данные изменения непосредственно затрагивают и понятие легитимности, содержание которого в условиях глобализации проблематизируется. В условиях современности политической власти особенно необходима легитимность, но ее очень легко утратить и трудно вернуть. Глобализация способствует высокой степени либерализации мышления, которое начинает остро воспринимать любые бюрократические препятствия, которые воздвигает государственная власть

¹ См., напр.: *Guehenno J.* The End of the Nation State. University of Minnesota Press, 2000; *Ohmae K.* The End of the Nation State. New York, 1996; *Held D., McGrew A., Goldblatt D., Perraton J.* Global Transformations: Politics, Economics and Culture. New York, 1999.

² См., напр.: *Дзоло Д.* Демократия и сложность: реалистический подход. М., 2010.

³ Подробнее об этом: *Осветимская И. И.* Государство в условиях глобализации: теоретико-правовое исследование. Дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2017. С. 44–54.

в экономической сфере. К этому добавляется существенное усложнение системы ценностных предпочтений, а также ценностный релятивизм. Конструкция легитимности распадается во всех сферах бытия легитимности: легитимности власти, легитимности права, легитимности религии, легитимности морали, нравственности и т. д. Это означает, что основной проблемой выступает уже даже не потеря доверия к различным социальным институтам, в том числе к институту государственной власти. Основной проблемой является оспаривание необходимости существования данных институтов как таковых, неприятие самой идеи государственно-организованного общества. Существуют различные стратегии решения проблем легитимности власти (агрегативная, делиберативная, агонистическая), о которых и пойдет речь в данной статье применительно к проблеме разрешения кризиса легитимности государственной власти.

2. Политико-коммуникативные основания кризиса легитимности государственной власти в эпоху глобализации

Понятие государственной власти и государственного суверенитета оспариваются в эпоху глобализации, лояльность граждан к транснациональным корпорациям, международным организациям и «сообществам идентичностей»⁴ перевешивает по сравнению с удовлетворением от политики государства. Понятие суверенитета критикуется учеными различных направлений. Например, Ю. Хабермас в своих рассуждениях о том, как возникло понятие суверенитета, обращает внимание на то, что оно закрепилось в сознании субъекта в результате «узурпации осуществления принуждения, в качестве сосредоточения власти, способного преодолеть любую иную власть»⁵. Ученый полагает, что данная монополия будет сохраняться независимо от того, будет суверенитет отождествляться с конкретным народом или он будет соотноситься с компетенцией институтов, формируемых народом в соответствии с конституцией. Ю. Хабермас считает необходимым поднять способности к политическому действию на более высокий уровень, простирающийся за пределы национальных государств. «Мир, контролируемый национальными государствами, сегодня находится в состоянии перехода к постнациональной констелляции мирового общества. Государства теряют свою автономию в той мере, в какой они вовлекаются в горизонтальные сетевые связи этого глобального общества»⁶.

В научном сообществе широко распространены взгляды о том, что глобализация подвергает суверенитет государства значительной «эрозии»⁷, унификация всех сфер жизни общества препятствует национальному государству реализовывать свой суверенитет, он «размывается»⁸, и этот процесс неизбежен и объективен. Такие опасения ученых обусловлены представлением о том, что силами глобализации осуществляется переход от вестфальской системы взаимодействия национальных государств, через ступень «объединенных наций», далее к глобальному мироустройству, формы реализации которого могут быть представлены как полнейшим отмиранием государства, так и новой миро-системой, космополитической демократией или транснациональными государствами. Территориальные границы государства, являющиеся одним из основных признаков государства, становятся более прозрачными в результате усиления возможностей межсубъектной экстерриториальной коммуникации, утрачивают свое традиционное значение. Лояльность индивидуально действующих субъектов переносится с государства, организованного по территориальному принципу, на всевозможные межтерриториальные организации. Кроме того, либертаризация (от англ. *liberty*) личности (тяготение к идее свободы) во всех направлениях, будь то политическая свобода, культурная, экономическая, свобода выражения, также вносит свою лепту в размывание легитимности государственной власти. Ведь одним из следствий глобальных перемен является приобретение обществом небывалой гибкости и динамизма. Согласно справедливому утверждению Д. Дзоло, «повышение дифференциации и колоссальное распространение мобильности, знаний и возможностей для нового опыта, происходящее благодаря технологическим новшествам, резко обостряет потребность в функциональной свободе и личной независимости»⁹, что, в свою очередь, влечет делигитимацию любых институтов, препятствующих реализации этой свободы. Глобализация характеризуется ускорением распространения информации, знаний, возможностей приобретения нового опыта, повышением мобильности, в результате чего потребность в свободе и независимости возрастает. И это стремление к свободе (именно негативной свободе, т. е. «свободе от» излишнего вмешательства государства) приводит к разрушению политического консенсуса, существовавшего ранее, на котором базировалось функционирование всех социальных институтов.

⁴ Малахов В. С. Государство в условиях глобализации. М., 2007. С. 187.

⁵ Habermas J. Faktizität und Geltung. Frankfurt a. M., 1998. Pp. 364–365.

⁶ Хабермас Ю. Расколотый Запад. М., 2008. С. 119.

⁷ Западные исследователи называют данный процесс именно «эрозией суверенитета» (erosion of sovereignty). См., напр.: Goodwin G. L. The Erosion of External Sovereignty? // Government and Opposition. Vol. 9. No. 1 (WINTER 1974). Pp. 61–78; Loughlin M. The Erosion of Sovereignty // Netherlands Journal of Legal Philosophy. 2016 (2). Pp. 57–81; Raz J. The Future of State Sovereignty // Oxford Legal Studies Research Paper No. 61/2017 [Электронный ресурс]. URL: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2069 (дата обращения: 01.07.2020).

⁸ Или «размягчается». Использование данных терминов характерно для отечественных исследователей государственного суверенитета. См. напр.: Богатуров А. Д. Понятие мировой политики в теоретическом дискурсе // Международные процессы. 2004. № 1. С. 19; Лебедева М. М. Мировая политика. М.: Аспект Пресс, 2006. С. 66; Цыганков П. А. Мировая политика и ее содержание // Международные процессы. 2005. № 1. С. 58–59.

⁹ Дзоло Д. Демократия и сложность: реалистический подход. М., 2010. С. 311–312.

Глобализация решительным образом влияет на территориальную организацию социальных и политических институтов, создавая все новые формы и методы реализации власти на надгосударственном уровне. Постоянное возрастание потоков социальной активности на всех континентах приводит к неспособности данных взаимодействий организовываться лишь в пределах суверенных государств. В результате формируются институты глобального надгосударственного управления (система специализированных учреждений ООН, органы Европейского союза и др.)¹⁰.

Глобализации сопутствует такая тенденция, как «усиление воли к власти» политических и неполитических субъектов. Появление на международной арене таких сильных субъектов, как наднациональные институты власти, международные организации, транснациональные корпорации, которые преследуют свои экономические и политические цели, вынуждают государства действовать не всегда по своему усмотрению, в результате чего зарождаются особые конфигурации властеотношений, сопровождающиеся ценностной дезинтеграцией общества. «Власть попадает в некий круг кризиса легитимности социального порядка в целом, она “расползается” и приобретает новые, более сложные формы»¹¹. По данной причине сам феномен власти требует тщательного переосмысления.

Кризис легитимности государственной власти связан с частичным или полным отсутствием политической воли у граждан (при усилении воли к власти у политических и экономических субъектов), которое, в свою очередь, вызывается низким уровнем вовлеченности населения в политику, что, обусловлено привычным функционированием политической коммуникации. Политические элиты формируют необходимые политические представления с помощью средств массовой информации, применяя при этом технологии «манипуляции сознанием» граждан, навязывая им удобные картины мира, «символического» значения действительности. В результате граждане не в состоянии оценить реальную политическую картину, вникнуть в правила политической игры, принимать ответственные политические решения и совершать ответственные политические действия. Для того чтобы «заполучить» легитимность, власть прибегает к манипуляциям, к конструированию общественного мнения. Убеждение аудитории основывается не на аргументации, а на эмоциональном внушении. Диалогическая коммуникация, опосредующая отношения между государством и обществом, подменяется коммуникацией монологической. Но по своему содержанию это приводит к обратному процессу — к потере легитимности вообще. Однако глобализация, либертаризируя мышление, выводит сознание личности на новый уровень, требующий расширения границ политического действия.

3. Проявления кризиса легитимности государственной власти

Легитимность — это феномен представлений социальных субъектов, формирующийся в процессе их коммуникации друг с другом и предполагающий доверие, одобрение и признание социальных институтов, в том числе институтов власти. При этом критериями легитимности того или иного института социального порядка выступают не правовые смыслы или не столько правовые, сколько ценностно-целевые установки. Собранность феномена легитимности заключается в консенсусе по поводу обоснованности социальных институтов со стороны ценностно-целевых установок. Глобализация приводит к неустойчивости, к неопределенности путей развития общества, к деформации ценностного наполнения как частной, так и общественной жизни, в итоге — к дисбалансу и к глобальной переоценке ценностей. То есть основные критерии процесса легитимации социальных институтов в процессе глобализации подрываются, трансформируются, в результате чего феномен легитимности распадается и вступает в фазу кризиса.

В демократических государствах легитимность государственной власти опирается на принцип большинства, осуществляющийся в пределах конкретного политического сообщества. При этом для существования легитимности необходимо условие наличия «мы-идентичности», объединяющего самостоятельные решения членов данного политического союза. Глобализация, имея своим последствием правовую стандартизацию, подрывает национальную и культурную идентичность национальных обществ, понижает уровень легитимности внутри этих обществ. В такой ситуации два уровня легитимности вступают в конфликт между собой: легитимность демократического принципа большинства и легитимность международного принципа исполнения обязательств. Указанный конфликт состоит в том, что авторами международных договоров выступают не народ национального государства, а профессиональные эксперты, мнение которых может идти вразрез с мнением большинства населения конкретного государства. Даже не представители народа вырабатывают эти решения, так как в парламенте они лишь ратифицируются. Часто эти решения не соответствуют уровню развития конкретного общества, но, будучи имплементированными в национальную правовую систему, способствуют установлению разрыва между правом и демократическими процедурами правовой легитимации. Демократические процедуры основываются на консенсусе между участвующими в процессах

¹⁰ Подробнее о глобализации, ее влиянии на государственный суверенитет и о надгосударственных институтах власти: *Осветимская И. И.* Государственный суверенитет: содержание и преобразование в условиях глобализации // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2017. № 2. С. 150–168.

¹¹ Там же.

демократической легитимации и теми, кого таким образом легитимированные решения касаются. По причине того, что феномен «мы-идентичности» не позволяет расширять круг демократических процедур до бесконечности, принцип консенсуса нарушается. С одной стороны — демократическому обществу навязываются решения извне, с другой — легитимированные самим этим обществом решения. Вступая в конфликт, эти два уровня бытия легитимности увеличивают отчужденность данного общества от власти и от других обществ. Власть с точки зрения идеи верховенства права¹² является неким «инструментом», проводящим право через законодательство как позитивную форму права, не сводимую к праву в целом. Доверие к позитивному праву, таким образом, определяет доверие к действиям всех ветвей власти. Если позитивное право перестает отображать общие принципы и идеи права, если оно начинает восприниматься как инструмент, ограничивающий свободу, возникает новая фаза отчуждения человека и от права, и от государственной власти.

Таким образом, усиление взаимодействия национальных государств с другими международными субъектами способствует блокированию принципов, на основе которых до этого организовывалась вся жизнь внутри демократического общества. В результате этого подрывается нормативное основание языковых игр в национальном обществе, конституирование которого возможно только при условии наличия национальной (политической, экономической, правовой, культурной, социальной) «мы-идентичности». Я использую здесь понятие Л. Витгенштейна «языковые игры», потому что языковые игры отражают определенную форму языковой коммуникации, которая функционирует в соответствии с определенными правилами. И если эти правила нарушаются, то разрушению подвергается вся дискурсивная практика, вся языковая игра. Так как языковая игра осуществляется лишь в процессе коммуникации, то она является специфическим способом коммуникативного взаимодействия субъекта с окружающей средой. Для того чтобы понимать сущность языковой игры, ее смысл, необходимо находиться в данном игровом пространстве, быть «игроком». Этим самым Л. Витгенштейн подчеркивает связь текста и способа его интерпретации¹³. По причине того, что в эпоху глобализации созданием правил языковых игр занимаются не сами члены конкретного политического сообщества в ходе реализации коммуникативных согласительных процедур, а внешние акторы, эти правила не легитимируются частью членов данного политического сообщества. Наблюдается расшатывание привычных традиций и норм поведения, которое находит свое выражение в той или иной мере сознательно или бессознательно происходящем неприятии навязываемых правил, нарушении функционирования механизмов консенсусно-коммуникативного общественного дискурса. Бурные изменения в организации жизни общества, которыми сопровождается глобализация и которые отчетливо наблюдаются на примере формирования глобальных сетевых отношений, вызывают появление гетерономных (чужеродных) правил поведения и в правовой сфере. Основным критерием легитимности права, представляется, выступает его совместимость с субстанциональными ценностями. Не вызывает сомнения тот факт, что несвобода и несправедливость не являются фундаментальными ценностями, лежащими в основе социального порядка. Свобода, равенство и справедливость являются неким ориентиром как для личности, так и для общества, несмотря на то, что нуждаются в гармонизации в силу разночтений по поводу их значения. Так или иначе, эти ценности в той или иной степени воплощаются в праве. Этот априорный фундамент, представляющий собою квинтэссенцию естественного права, создает образец, которому должно следовать право позитивное. И в случае возникновения пауз в таком следовании возникает кризис легитимности права, а вместе с ним и кризис правовой легитимности иных социальных институтов и явлений.

Глобализация сопровождается унификацией национальных правовых систем. Национальное право встраивается в международную правовую систему, в глобальное право. В итоге возникают иные представления о том, что такое право и что такое легитимность. Национальное право признается легитимным, если оно соответствует стандартам, признанным международным правом. Таким образом, то обоснование легитимности, к которому мы привыкли в рамках национального права, стремительно перемещается в новую среду. Возникает необходимость в обосновании легитимности международного права как меры легитимности права национального. Кроме этого, глобальные тенденции, проблематизирующие государственный суверенитет, подрывают веру в суверенитет национального права, легитимность которого продолжает осмысливаться в качестве легитимности национального права.

Указанный эффект «расшатывания» нормативного фундамента общества легко обнаружить в развивающихся странах, на которые оказывается чрезмерное влияние более сильных государств, в том числе в виде правовой интервенции. В связи с тем, что чуждые нормы невозможно гармонично внедрить в автохтонные нормативные миры, они не могут обрести легитимность, а лишь приводят к релятивизму в отношении действующих норм. Если критика фундаментальных оснований в научном мышлении может привести через на-

¹² Верховенство права я понимаю вслед за профессором А. В. Поляковым как «установление такого правопорядка, который действует на основе общих норм, обеспечивает основные права человека и их гарантированную судебную защиту, направлен на реализацию в праве идеи справедливости» (Поляков А. В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. № 4. 2013. С. 20).

¹³ Витгенштейн Л. Философские исследования // Л. Витгенштейн. Философские работы. М., 1994. С. 90–91.

учные революции к смене всей научной картины мира, то какие-либо манипуляции с «жизненным миром» могут привести к непредвиденным результатам. Столкновение базиса «жизненного мира» конкретного общества с чуждыми ему нормативными мирами вызывает агрессию, страх и отчуждение. Вероятно, имеется некоторый шанс окончания такого сценария положительно, в случае если подвергающийся критике «жизненный мир» претерпит собственные внутренние изменения. Тогда произойдет «просеивание» конфликтующих представлений, принятие некоторых из них в ходе общественной рефлексии и, как результат, возникновение правового плюрализма. Но если сценарий сложится по-другому, а именно, вторжение чуждых нормативных миров будет слишком интенсивным, они не смогут дополнить имеющуюся картину мира конкретного общества, а будут восприняты как нечто способствующее гибели всей устоявшейся нормативной основы.

4. Переосмысление феномена власти

На сегодняшний день существует множество подходов к осмыслению сущности феномена власти. Остановимся на наиболее актуальных для постклассической науки, таких как: коммуникативная, представленная Х. Арендт и Ю. Хабермасом, а также постструктуралистская, представленная М. Фуко и П. Бурдьё. Согласно данным концепциям, власть — это находящийся в социальном поле и сфере коммуникации неоднократно опосредованный инструмент интерессубъективного взаимодействия. Х. Арендт характеризует власть как «многоуровневую институциональную коммуникацию»¹⁴. Возникновение феномена власти вызвано необходимостью в согласовании интерессубъективного взаимодействия в процессе реализации членами общества своих частных интересов с целью соотнесения их с интересом совместным. Согласно Ю. Хабермасу, власть — это некий макроинструмент, позволяющий решать проблемы, возникающие в результате соотнесения частной и публичной сфер общественной жизни, назначение которого заключается в сохранении и преумножении коммуникативного дискурса между политическими акторами¹⁵. Для М. Фуко и П. Бурдьё власть также представляет собой некое отношение, коммуникацию. М. Фуко, разрабатывая свое понятие власти, подчеркивал, что власть не должна отождествляться с властью государственной, потому что последняя зиждется на целой системе микровласти («сетке отношений власти»), в которую входит множество учреждений воспитания, образования, медицинских, психиатрических, тюрьмы. Формируется «целый пучок властных отношений»¹⁶, который опутывает индивида и с помощью которого власть становится вездесущей, воспроизводящей саму себя в любой точке. Кроме того, «отношения власти являются отношениями силы, противостояниями»¹⁷. Это отношения, которые складываются между двумя полюсами: один из которых — полюс приложения силы, а второй — полюс противодействия силе.

Можно сказать, что П. Бурдьё развивает далее эту концепцию и предлагает свое понятие «символической власти как некой совокупности различного рода капиталов, распределяющихся между субъектами согласно занимаемым ими позициям в политическом поле»¹⁸. Капитал может быть различным: экономическим, культурным и др. Под «политическим полем» он понимает социальную сферу, конструируемую непосредственно взаимоотношением отношений власти. Понятие символического капитала у П. Бурдьё представляет интерес для решения проблемы легитимации власти в связи с тем, что, по мнению ученого, в ходе установления власти наблюдается переход отдельных разновидностей капитала власти в символический капитал. Символический капитал включает в себя репутацию, доброе имя, авторитет. Именно благодаря символическому капиталу власти в нее начинают верить, ей начинают следовать, т. е. легитимация власти по своей природе символична. Подтверждение этому можно найти и у Т. Лукмана и П. Бергера, полагающих легитимацию обязательным условием для конструирования общества в качестве объективной реальности. По их мнению, легитимация является смысловой объективацией «второго порядка». Объективация (или сигнификация) означает наделение значением каких-либо феноменов, событий, процессов. Легитимация в таком случае образует свои миры посредством создания новых символов и знаков. Такие миры Т. Лукман и П. Бергер называют «символическими универсумами»¹⁹. В итоге получается, что в процессе символизации капитала, т. е. «перемещения» его в символические миры, его обладатель наделяется «совершенным» значением в представлении остальных, и это позволяет его власти не зависеть ни от кого и ни от чего. Таким образом, символический капитал у П. Бурдьё и харизма у М. Вебера — это практически одно и то же²⁰. Личный

¹⁴ См.: *Арендт Х.* Истоки тоталитаризма. М., 1996.

¹⁵ См.: *Хабермас Ю.* The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society. Massachusetts. 1991.

¹⁶ См.: *Фуко М.* Власть и знание // М. Фуко. Интеллектуалы и власть. М., 2002.

¹⁷ Там же. С. 290.

¹⁸ См.: *Бурдьё П.* Социальное пространство и символическая власть / Бурдьё П. Начала / пер. с фр. М. А. Шматко. М., 1994.

¹⁹ См.: *Бергер П., Лукман Т.* Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995.

²⁰ Об этом говорит сам П. Бурдьё: «Символический капитал был бы просто другим обозначением того, что Макс Вебер называл харизмой, если бы этот ученый (пожалуй, лучше всех понявший, что социология религии составляет главу, притом важнейшую, социологии власти), находясь в плену у логики реалистических типологий, не сделал из харизмы частную форму власти, вместо того чтобы усмотреть в ней особое измерение всякой власти, т. е. синоним легитимности, происходящей из признания-неузнавания, из веры, «благодаря которой люди, отправляющие власть, наделены престижем» (Бурдьё П. Практический смысл. СПб.: Алетей, 2001. С. 280).

капитал у П. Бурдьё, который является разновидностью капитала политического, основывается на известности и признанности, на обладании такими качествами, которые формируют определенную репутацию и вызывают поддержку со стороны других субъектов. У М. Вебера харизма также представляет собой такое качество личности, благодаря которому она признается всеми как одаренная личность. Завладение символическим капиталом или символизация уже имеющегося капитала обеспечивает власти ее легитимность. И что весьма важно, со стороны субъектов легитимации этот процесс легитимации далеко не всегда будет сознательным.

5. Возможные выходы из ситуации кризиса легитимности государственной власти

В целях поиска выхода из ситуации кризиса легитимности может оказаться полезным переосмыслить основные модели разрешения конфликтов, возникающих в процессе легитимации власти, таких как: агрегативная, делиберативная и агонистическая.

Родоначальником **агрегативной стратегии** можно считать Й. Шумпетера²¹. Он считал, что сущность демократии заключается в агрегировании предпочтений граждан и принятии решения в ходе открытой конкурентной избирательной борьбы большинством голосующих. В целом агрегативная модель является чересчур процедуралистской, сводящей феномен демократии к одним лишь процедурам по достижению уравнивания разрозненных интересов посредством взаимодействия различных групп. Так, Э. Доунс убежден, что плюрализм интересов и ценностей намного важнее общего интереса и общего блага, поэтому от последних понятий следует вообще отказаться²². Недостаток стратегии, как представляется, заключается в формировании с ее помощью однонаправленной модели политической коммуникации. Коммуникация в данном русле понимается «как формальный, технический процесс передачи точной, абстрактной информации от источника-субъекта к адресату-объекту. Подобная односторонне направленная, линейная, субъект-объектная политическая коммуникация служит достижению власти политического лидера или государственного аппарата, создающего, регулирующего информацию и являющегося ее основным источником»²³. Такая модель не способна помочь найти выход из сложившегося кризиса, так как она отрицает способность человека к собственному восприятию и толкованию политической информации, поступающей извне, согласно своим ценностным установкам.

Делиберативная стратегия или демократия обсуждения представлена двумя подходами. Представители первого — Дж. Ролз²⁴ и Дж. Коэн²⁵, второго — Ю. Хабермас²⁶ и С. Бенхабиб²⁷. Данные ученые убеждены, делиберативные процедуры способствуют достижению согласия, соответствующего и принципам нормативной рациональности, и принципам демократической легитимности. Первые выражаются в защите основных прав и свобод, вторые — в народном суверенитете. С точки зрения данного подхода легитимность основывается на всеобщем рациональном согласии (консенсусе). Если делиберативные процедуры создают возможность для реализации таких принципов, как равенство, непредвзятость, отсутствие насилия, честность, то их результатом будет нахождение совместных интересов, устраивающих всех участников обсуждения, а принятое таким образом решение будет легитимным.

И наконец, **агонистическая стратегия**, представленная Ш. Муфф, призывает понимать власть не как общение, навязанное одним субъектом другому извне, а как общение, формирующее самих этих субъектов²⁸. Рассмотрим две последние стратегии подробнее.

Пытаясь найти выход из ситуации кризиса демократической легитимности, отрицания суверенитета, кризиса доверия к демократическим и властным институтам, которые явились характерными чертами эпохи глобализации, Ю. Хабермас предлагает новую интерпретацию сущности демократической легитимности, а именно через определение суверенитета интерсубъективно как «власти, порождаемой коммуникативными средствами»²⁹. И Дж. Ролз, и Ю. Хабермас стремятся соединить демократию и либеральные ценности. Согласно ученым, власть должна подвергаться всеобщему обоснованию в определенных формах. Фундамент легитимности демократических механизмов строится на том, что институты, имеющие стремление к власти, объясняют свое стремление тем, что результатом их деятельности будут решения, выражающие интересы всех членов общества.

Однако, если рассуждать в таком ключе, то для обеспечения демократичности процедуры принятия решения недостаточно брать в расчет интересы всех участвующих вместе, а также каждого в отдельности.

²¹ См.: Шумпетер Й. А. Капитализм, социализм и демократия. М., 1995.

²² См.: Downs A. An Economic Theory of Democracy. New York, 1957.

²³ Линде А. Н. Значение концепции делиберативной демократии Ю. Хабермаса для теории политической коммуникации // Русская политология — Russian Political Science. № 2, 2017. С. 75.

²⁴ См.: Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск, 1995.

²⁵ См.: Cohen J. Democracy and Liberty / J. Elster (ed.), Deliberation Democracy, Cambridge, 1988.

²⁶ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. СПб., 2001. С. 385.

²⁷ См.: Benhabib S. Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy / S. Benhabib (ed.), Democracy and Difference, Princeton, N. J., 1996.

²⁸ Муфф Ш. К агонистической модели демократии // Логос. 2004. № 2 (12). С. 188.

²⁹ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. С. 385.

Необходимо обеспечить консенсус всех заинтересованных в принимаемом решении сторон. В таком случае будет сформирована «коммуникативная власть», которая «предполагает отсутствие постоянной иерархии, вынесение в область дискуссий как обоснования, так и применения предписаний, широкое использование переговорных и согласительных процедур, обратную связь корректирующего типа и т. п.»³⁰. Если обратиться к С. Бенхабиб, то она по этому поводу пишет следующее: «В соответствии с делиберативной моделью, в целях достижения рациональности и легитимности процессов совместного принятия решений в государстве, необходимо, чтобы властные институты обеспечивали возможность формирования общего интереса в ходе совещательных процедур, открыто и честно организуемых между равными и свободными гражданами»³¹.

Для Дж. Ролза и для Ю. Хабермаса характерно стремление к достижению не простого согласия, а рационального консенсуса, именно он выступает основанием либеральной демократии, гарантирует соответствие властных механизмов демократическим ценностям. Для Дж. Ролза основной демократической ценностью является справедливость. Согласно Дж. Ролзу, демократическим возможно считать только такое общество, в фундамент которого заложены принципы, соответствующие такому пониманию справедливости, которое свойственно наибольшему количеству граждан. Только в данном случае возможно эффективное и легитимное функционирование государственных институтов. Ю. Хабермас главной демократической ценностью считает легитимность. Согласно Ю. Хабермасу и С. Бенхабиб, для эффективного и легитимного функционирования государственных институтов необходимо создание такого политического сообщества, которое бы придерживалось рациональных взглядов на легитимность. По этой причине главная проблема — это поиск такого инструмента, при использовании которого стало бы возможным гарантированно принимать непредвзятые решения, отражающие позицию всех граждан в равной степени. Таким инструментом являются совещательные процедуры, результатом которых становится достижение рационального консенсуса. «Легитимность, отвечающая демократическим принципам, появляется в результате открытого совместного обсуждения вопросов, относящихся к общему интересу»³², — пишет С. Бенхабиб.

Однако при такой постановке вопроса важно вспомнить слова Л. Витгенштейна, который считал, что недостаточно достичь консенсуса в определении какого-либо понятия. Необходимо достичь консенсуса по поводу использования данного понятия. Преломляя данные слова на вышеуказанные рассуждения представителей делиберативной демократии, можно сказать, что тяготение к ценностям демократии и либерализма, скорее, основывается не на рациональной аргументации, а на «страстном выборе системы ориентации»³³. Следование выбранной системе ценностей становится верой и *modus vivendi* каждого члена политического сообщества.

Ш. Муфф, критикуя делиберативную стратегию, подчеркивает, что политика не свободна от ценностей, особенно если дело касается наиболее важных проблем, связанных со справедливостью. В связи с этим невозможно прийти к универсальному устраивающему всех решению. Она выдвигает главный аргумент, согласно которому действия и решения власти конституируют социальную реальность. Иными словами, всякая социальная реальность — это реальность политическая и сконструированная. В данном ракурсе власть интерпретируется не как навязанное извне отношение, складывающееся между субъектами, а как **нечто, формирующее самих этих субъектов**³⁴.

В итоге, если следовать стратегии делиберативной демократии, то необходимо найти способ устранения «страстей из публичной сферы»³⁵ в целях достижения рационального консенсуса. Если же следовать агонистической модели демократии, то мы ищем не способ для устранения страстей за счет исчезновения плюрализма интересов, а способ для существования плюрализма интересов как единства в конфликтном контексте.

Согласно агонистической модели, то, что необходимо демократии, это дополнение сконструированного феномена социальной сферы утилитарным базисом стремления власти к легитимности. Власть и легитимность не находятся в состоянии непреодолимого разделения, с одной стороны. Но никакая власть не является априори легитимной — с другой. Если какая-либо власть устанавливается, значит, кем-то она признается легитимной. Но остается она таковой только в случае, если выполняет свое назначение эффективно. Эта взаимообусловленность двух феноменов, согласно Ш. Муфф, не принимается в расчет делиберативной демократией, придерживающейся идеи о реальности построения рациональной аргументации для устранения власти и формирования легитимности на базисе чистой рациональности.

Развивая данный тезис, Ш. Муфф предлагает свой подход, который она называет «агонистический плюрализм». При этом она показывает разницу между двумя проявлениями плюрализма, такими как антагонизм и агонизм. Если антагонизм можно описать как противостояние врагов, то агонизм — это противостояние

³⁰ Беляев М. А. Делиберативная модель демократии: базовые принципы и проблемы реализации // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 3. С. 86.

³¹ Benhabib S. Supra note 27. P. 69.

³² Ibid. P. 68.

³³ Витгенштейн Л. Философские работы. Ч. I. М., 1994. С. 470.

³⁴ Муфф Ш. К агонистической модели демократии. С. 188.

³⁵ Там же. С. 195.

соперников. Главной целью политики в демократическом обществе выступает трансформация антагонизма в агонизм. Отличие соперника от врага состоит в его легитимности. Мы вступаем в борьбу с соперником, разделяя с ним общие политические и этические принципы свободы и справедливости. Наше противостояние состоит в существовании некоторых различий в интерпретации значения этих принципов и способов их реализации. И такие различия не могут быть упразднены с помощью рационального обсуждения по той причине, что консенсуса в сфере публичных интересов достичь невозможно. «Для благополучного и эффективного функционирования демократии необходимо живое столкновение политических позиций. В связи с этим идеал плюралистической демократии недостижим путем публичного консенсуса. Консенсус в публичной сфере невозможен»³⁶.

Представляется, что модель агонистического плюрализма, несмотря на то, что более чутко воспринимает разнообразные импульсы, посылаемые из общества, тем не менее таит в себе некую опасность. Опасность эта заключается в отождествлении социальных отношений с отношениями власти. Если принять их тождество, то возникает опасность теоретического обоснования снятия ответственности с публичной власти.

6. Заключение

Оба подхода, и демократия обсуждения, и агонистический плюрализм, имеют в себе потенциал для преодоления кризиса легитимности. Однако не следует забывать, что конституирующим признаком индивида является, скорее, различие, чем консенсус. Поэтому в глазах индивидуалистически устроенного общества легитимной будет считаться власть, поддерживающая индивидуальность, разнообразие форм жизни, диалогов и т. д. Такому обществу в качестве стратегии больше подойдет агонистическая модель демократии. Обществу же, которому свойственен большой уклон в сторону общих интересов по сравнению с частным, следует принять на вооружение делиберативную модель, стремящуюся к однородности посредством коммуникативного консенсуса.

При этом важно понимать, что уровень развития современного общества требует от государственной власти соответствия высоким стандартам: реализации права избирать власть, беспрепятственно влиять на власть и участвовать в процессах принятия ею решений. Соответствие демократическим принципам предполагает налаженное функционирование механизмов двусторонней коммуникации, эффективного диалога, контроля общественностью, обратной связи. Нельзя также забывать предостережение Х. Арендт о том, что на базе консенсуса может быть создана такая политическая однородность, следующим шагом после которой может стать тоталитаризм. Дабы избежать этого, власть не должна забывать о своем **«креативном потенциале»**, который, согласно Х. Арендт, состоит в следующем³⁷:

1. Защита властью неотъемлемых, неотчуждаемых прав и свобод граждан.
2. Обеспечение властью гармоничного взаимодействия публичных и частных интересов. Приоритет публичной сферы над частной, несоизмеримо большая роль властных институтов и бюрократического аппарата в жизни общества влечет искажение жизни общества по причине чрезмерного ущемления личного пространства.
3. Реализация феномена свободы. В области политики свобода может быть реализована как «протест» в значении воздействия на власть и как «собственная позиция» — в значении несогласия с решениями власти. Как внутреннее качество свобода означает способность создавать и воплощать в жизнь нечто новое, подобно тому, как свобода в контексте политической реальности означает наличие некоторого пространства между личностями для их самостоятельной деятельности.

Литература

1. *Арендт Х.* Истоки тоталитаризма. М. : ЦентрКом, 1996.
2. *Беляев М. А.* Делиберативная модель демократии: базовые принципы и проблемы реализации // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 3. С. 79–95. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-3-bel-yaev.
3. *Бергер П., Лукман Т.* Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М. : Медиум, 1995.
4. *Богатуров А. Д.* Понятие мировой политики в теоретическом дискурсе // Международные процессы. 2004. Т. 2. № 1 (4). С. 16–33.
5. *Бурдые П.* Социальное пространство и символическая власть / П. Бурдые. Начала / пер. с фр. М. А. Шматко. М. : Socio-Logos, 1994.

³⁶ Муфф Ш. К агонистической модели демократии. С. 196.

³⁷ Арендт Х. Истоки тоталитаризма. С. 614.

6. *Витгенштейн Л.* Философские работы. Ч. I. М. : Гнозис, 1994.
7. *Дзоло Д.* Демократия и сложность: реалистический подход. М. : Изд. дом Гос. ун-та — Высшей школы экономики, 2010.
8. *Лебедева М. М.* Мировая политика. М. : Аспект Пресс, 2006.
9. *Линде А. Н.* Значение концепции делиберативной демократии Ю. Хабермаса для теории политической коммуникации // Русская политология. № 2, 2017. С. 73–81.
10. *Малахов В. С.* Государство в условиях глобализации. М. : КДУ, 2007.
11. *Муфф Ш.* К агонистической модели демократии // Логос. 2004. № 2 (12). С. 180–197.
12. *Осветимская И. И.* Государственный суверенитет: содержание и преобразование в условиях глобализации // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2017. № 2. С. 150–168.
13. *Осветимская И. И.* Государство в условиях глобализации: теоретико-правовое исследование. Дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2017.
14. *Поляков А. В.* Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. № 4. 2013. С. 18–30.
15. *Ролз Дж.* Теория справедливости. Новосибирск : Изд-во Новосиб. ун-та, 1995.
16. *Фуко М.* Власть и знание // Фуко М. Интеллектуал и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью / Пер. с франц. С. Ч. Офертаса под общей ред. В. П. Визгина и Б. М. Скуратова. М. : Праксис, 2002.
17. *Хабермас Ю.* Вовлечение другого. Очерки политической теории. СПб. : Наука, 2001.
18. *Хабермас Ю.* Расколотый Запад / Пер. с нем. О. М. Величко, Е. Л. Петренко. М. : Весь Мир, 2008.
19. *Цыганков П. А.* Мировая политика и ее содержание // Международные процессы. 2005. № 1. С. 53–65.
20. *Шумпетер Й. А.* Капитализм, социализм и демократия. М. : Экономика, 1995.
21. *Benhabib S.* Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy, in Seyla Benhabib (ed.), Democracy and Difference, Princeton, N. J. : Princeton University Press, 1996.
22. *Cohen J.* Democracy and Liberty / J. Elster (ed.), Deliberation Democracy, Cambridge : Cambridge University Press, 1988.
23. *Downs A.* An Economic Theory of Democracy. New York : The University of Chicago Press, 1957.
24. *Goodwin G. L.* The Erosion of External Sovereignty? // Government and Opposition. Vol. 9. No. 1 (WINTER 1974). Pp. 61–78.
25. *Guehenno J.* The End of the Nation State. University of Minnesota Press, 2000.
26. *Habermas J.* The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry Into a Category of Bourgeois Society. Massachusetts : The MIT Press, 1991.
27. *Habermas J.* Faktizität und Geltung. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1998.
28. *Held D., McGrew A., Goldblatt D., Perraton J.* Global Transformations: Politics, Economics and Culture. New York, 1999.
29. *Laclau E., Mouffe C.* Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics. London : Verso, 1985.
30. *Loughlin M.* The Erosion of Sovereignty // Netherlands Journal of Legal Philosophy. 2016 (2). Pp. 57–81.
31. *Ohmae K.* The End of the Nation State. New York, 1996.
32. *Raz J.* The Future of State Sovereignty // Oxford Legal Studies Research Paper No. 61/2017 [Электронный ресурс]. URL: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2069 (дата обращения: 01.07.2020).

References

1. *Arendt, H.* Origins of totalitarianism [Istoki totalitarizma]. Moscow : CenterCom [TsentrKom], 1996. (transl. from English)
2. *Belyaev, M. A.* Deliberative Model of Democracy: Basic Principles and Practical Difficulties [Deliberativnaya model' demokratii: bazovye printsipy i problemy realizatsii] // Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS [Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN]. 2019. T. 14. No. 3. Pp. 79–95. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-3-belyaev.
3. *Benhabib, S.* Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy, in Seyla Benhabib (ed.), Democracy and Difference, Princeton, N. J. : Princeton University Press, 1996.
4. *Berger, P., Luckmann, T.* The Social Construction of Reality. A Treatise on Sociology of Knowledge [Sotsial'noe konstruirovaniye real'nosti. Traktat po sotsiologii znaniya]. M. : Medium [Medium], 1995. (transl. from English)
5. *Bogaturov, A. D.* The Concept of World Politics in Theoretical Discourse [Ponyatie mirovoi politiki v teoreticheskom diskurse] // International processes [Mezhdunarodnye protsessy]. 2004. Vol. 2 No. 1 (4). Pp. 16–33.

6. *Bourdieu, P.* Social Space and Symbolic Power. [Sotsial'noe prostranstvo i simvolicheskaya vlast'] // Bourdieu P. Beginnings [Nachala] / trans. from fr. M. A. Shmatko. M. : Socio-Logos, 1994. (transl. from French)
7. *Cohen, J.* Democracy and Liberty / J. Elster (ed.), Deliberation Democracy, Cambridge : Cambridge University Press, 1988.
8. *Downs, A.* An Economic Theory of Democracy. New York : The University of Chicago Press, 1957.
9. *Foucault, M.* Power and Knowledge [Vlast' i znanie] // Foucault M. Intellectual and Power: Selected politically articles, speeches and interviews [Intellektual i vlast': Izbrannye politicheski stat'i, vystupleniya i interv'yu] / transl. from French. S. Ch. Ofertas, ed. V. P. Vizgin and B. M. Skuratov. M.: Praxis [Praksis], 2002. (transl. from French)
10. *Goodwin, G. L.* The Erosion of External Sovereignty? // Government and Opposition. Vol. 9. No. 1 (WINTER 1974). Pp. 61–78.
11. *Guehenno, J.* The End of the Nation State. University of Minnesota Press, 2000.
12. *Habermas, J.* Involvement of the Other. Essays on Political Theory. [Vovlechenie drugogo. Ocherki politicheskoi teorii.] SPb. : Nauka, 2001. (transl. from German)
13. *Habermas, J.* The Broken West [Raskoloty Zapad] / Transl. from German O. M. Velichko, E. L. Petrenko. M. : Ves Mir Publishing House [Izdatel'stvo «Ves' MiR»], 2008. (transl. from German)
14. *Habermas, J.* The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society. Massachusetts : The MIT Press, 1991.
15. *Habermas, J.* Faktizität und Geltung. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1998.
16. *Held, D., McGrew, A., Goldblatt, D., Perraton, J.* Global Transformations: Politics, Economics and Culture. New York, 1999.
17. *Laclau, E., Mouffe, C.* Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics. London : Verso, 1985.
18. *Lebedeva, M. M.* Global Politics. [Mirovaya politika] M. : Aspect Press [Aspekt Press], 2006. (in rus.)
19. *Linde, A. N.* The Value of the Concept of Deliberative Democracy by J. Habermas for the Theory of Political Communication [Znachenie kontseptsii deliberativnoi demokratii Yu. Khabermasa dlya teorii politicheskoi kommunikatsii] // Russian Political Science. No. 2, 2017. Pp. 73–81. (in rus.)
20. *Loughlin, M.* The Erosion of Sovereignty // Netherlands Journal of Legal Philosophy. 2016 (2). Pp. 57–81.
21. *Malakhov, V. S.* State in the Context of Globalization [Gosudarstvo v usloviyakh globalizatsii]. M. : KDU, 2007.
22. *Mouffe, Ch.* Towards an Agonistic Model of Democracy [Gosudarstvo v usloviyakh globalizatsii] // The Logos. 2004. No. 2 (12). Pp. 180–197. (in rus.)
23. *Ohmae, K.* The End of the Nation State. New York, 1996.
24. *Osvetimskaya, I. I.* State Sovereignty: Content and Transformation in the Context of Globalization [Gosudarstvennyi suverenitet: sodержanie i preobrazovanie v usloviyakh globalizatsii] // News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie]. 2017. No. 2. Pp. 150–168.
25. *Osvetimskaya, I. I.* State in the Context of Globalization: Theoretical and Legal Research [Gosudarstvo v usloviyakh globalizatsii: teoretiko-pravovoe issledovanie]. Thesis for a Candidate Degree in Law Sciences [Dissertatsiya kand. jurid. nauk]. St. Petersburg, 2017.
26. *Polyakov, A. V.* Rule of Law, Globalization and Problems of Modernization of Philosophy and Theory of Law [Verkhovenstvo prava, globalizatsiya i problemy modernizatsii filosofii i teorii prava] // News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie]. No. 4. 2013. Pp. 18–30.
27. *Rawls, J.* Theory of Justice [Teoriya spravedlivosti]. Novosibirsk : Novosibirsk Publishing House. University [Novosibirsk : Izd-vo Novosib. un-ta], 1995. (transl. from English)
28. *Raz, J.* The Future of State Sovereignty // Oxford Legal Studies Research Paper No. 61/2017 [Электронный ресурс]. URL: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2069 (дата обращения: 01.07.2020).
29. *Schumpeter, J. A.* Capitalism, Socialism and Democracy [Kapitalizm, sotsializm i demokratiya]. M. : Economics [Ehkonomika], 1995.
30. *Tsygankov, P. A.* World Politics and its Content [Mirovaya politika i ee sodержanie] // International processes [Mezhdunarodnye protsessy]. 2005. No. 1. Pp. 53–65.
31. *Wittgenstein, L.* Philosophical Works. Part I. [Filosofskie raboty. Ch. I.] M. : Gnosis [Gnozis], 1994. (in rus.)
32. *Zolo, D.* Democracy and Complexity: a Realist Approach [Demokratiya i slozhnost': realisticheskii podkhod]. Moscow : Ed. House of the State University Higher School of Economics [M. : Izd. dom Gos. un-ta Vyshei shkoly ehkonomiki], 2010. (transl. from English)

История римского гражданского процесса как универсальная модель эволюции правопорядков Древнего мира

Разуваев Николай Викторович

заведующий кафедрой гражданского и трудового права СЗИУ РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация, доктор юридических наук; nrasuvaev@yandex.ru

АННОТАЦИЯ

В статье рассмотрены основные этапы эволюции гражданского процесса в Древнем Риме. На обширном юридическом и историко-культурологическом материале доказано, что эволюция римского процессуального права отражает общие закономерности развития правопорядков Древнего мира. Автором выделяются три важнейшие тенденции исторической динамики гражданского судопроизводства в Риме: во-первых, усиление роли государства; во-вторых, неодинаковое соотношение формальных и смысловых аспектов гражданского процесса на различных стадиях его эволюции; в-третьих, видоизменение формы исков.

Как показано в работе, форма исков, предусмотренная римским частным правом, эволюционировала от совершения невербальных действий к устным заявлениям и к письменным документам. Рассмотренные тенденции обусловлены общекультурными закономерностями эволюции римского частного права и типологически тождественных правопорядков древности. В работе выделены две такие закономерности. Во-первых, переход от невербальной жестовой коммуникации сначала к устной речи, а затем и к письменной коммуникации в правовой сфере. Во-вторых, поэтапный переход от регулирования, осуществляемого преимущественно на основе субъективных прав и обязанностей участников, к нормативному регулированию.

По мнению автора, наглядное проявление указанных закономерностей в римском гражданском процессе делает его универсальной моделью для изучения эволюции правопорядков Древнего мира.

Ключевые слова: римское частное право, гражданский процесс, правовая коммуникация, судопроизводство, иски

The History of the Roman Civil Process as a Universal Model of the Evolution of the Rules of the Ancient World

Nicolay V. Razuvaev

Head of the Chair of Civil and Labor Law of the North-West Institute of Management of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, St. Petersburg, Russian Federation, Doctor of Jurisprudence; nrasuvaev@yandex.ru

ABSTRACT

The article examines the main stages of the evolution of the civil process in Ancient Rome. On the basis of extensive legal, historical and cultural material, it has been proved that the evolution of Roman procedural law reflects the general laws of the development of the legal order of the Ancient world. The author highlights three major trends in the historical dynamics of civil proceedings in Rome: first, the strengthening of the role of the state; secondly, the unequal ratio of the formal and semantic aspects of the civil process at various stages of its evolution; third, the modification of the form of claims.

As shown in the work, the form of claims provided for by Roman private law has evolved from the commission of non-verbal actions to oral statements and written documents. The trends considered are due to the general cultural patterns of the evolution of Roman private law and typologically identical legal orders of antiquity. The work highlights two such patterns: firstly, the transition from non-verbal gesture communication, first to oral speech, and then to written communication in the legal sphere. Secondly, a phased transition from regulation, carried out mainly based on the subjective rights and obligations of the participants, to normative regulation.

According to the author, the visual manifestation of these patterns in the Roman civil procedure makes it a universal model for studying the evolution of the legal order of the Ancient world.

Keywords: Roman private law, civil process, juridical communication, court proceedings, lawsuits

1. Введение

Настоящая статья посвящена рассмотрению этапов истории римского гражданского процесса с целью выявления универсальных закономерностей, которыми определяется эволюция права. Актуальность данного исследования имеет два аспекта — исторический и общетеоретический. Римское частное право, являясь наиболее известной и хорошо освещенной в источниках системой, ярко отражающей специфику правопорядков Древнего мира, получило всестороннее раскрытие в работах ученых, видящих в нем ключ к познанию процессов, повлиявших на становление правовых систем современности.

Известно, что центральное место в римском частном праве занимали судебные процедуры. Указанное обстоятельство, обусловленное характерными особенностями античного правового менталитета, для которого само существование субъективных прав, как правило, было неотделимо от средств их юридической защиты, делало нерелевантной присущую современным правопорядкам дихотомию материального и процессуального права¹. Представляется, что именно этим обусловлено повышенное внимание к процессуальным формам как римских юристов, так и позднейших авторов, рассматривавших систему римского частного права сквозь призму судебных процедур. Более того, именно особенности судебной защиты субъективных гражданских прав лежали в основе доктринального конструирования системы. Так, одним из критериев дуализма *ius civile* и *ius honorarium* в материально-правовом (субстанциональном) плане выступала предметная градация гражданских и преторских исков, позволившая Джузеппе Гроссо утверждать, что в Древнем Риме «материальное право возникло как проявление процессуальных средств, прямо обещанных и предоставленных претором»². На наш взгляд, процессуальная ориентированность римского частного права не была его уникальной чертой, но характеризовала в той или иной мере все правопорядки Древнего мира.

Всестороннее освещение в источниках этапов развития римского гражданского процесса, с момента зарождения и вплоть до позднейших форм, делает его удобной моделью для выявления общих черт, присущих судебным системам, стоящим на той же ступени эволюции, причем не только в статических проявлениях, но и, что особенно важно, в динамике. Изучение генезиса и основных тенденций развития процессуального права в Риме могут способствовать реконструкции судебных процедур в тех древних обществах, относительно которых имеется недостаточно материальных свидетельств для развернутых и эмпирически обоснованных выводов.

Речь идет, прежде всего, о правопорядках, оказавших, подобно древнегреческому праву, воздействие на формирование римского частного права, в том числе права процессуального, и при этом подвергшихся воздействию с его стороны. Это, разумеется, отнюдь не предполагает нивелирование отмечавшихся в литературе различий древнегреческого и римского права³, чье качественное своеобразие делает невозможными прямые аналогии и параллели. Уместнее постараться с большой, разумеется, долей осторожности выделить универсальные признаки, присущие соответствующим правопорядкам, принадлежавшим, при всей несхожести в конкретных деталях, к одному культурно-историческому типу.

В свою очередь, типологический анализ, проводимый на фактическом материале, предоставляемом римским правом и другими правопорядками Древнего мира, призван служить решению более общей задачи, а именно познанию законов развития права в широкой диахронной ретроспективе, на что в конечном счете направлены усилия юриспруденции, культурной антропологии, исторической науки и других гуманитарных дисциплин, не ограничивающих свое предметное поле фактографическим описанием, но пытающихся прийти к общезначимым выводам. Недаром авторитетный знаток римского права С. А. Муромцев именно в познании универсальных законов усматривал основную цель юридической науки⁴, что получило поддержку и со стороны ряда современных авторов, по крайней мере тех, кто не замыкается в рамках чистой догматики⁵.

Познавательная релевантность и эвристическая ценность генерализующего подхода, оперирующего универсалиями, в той или иной мере присущими различным культурам и соответствующим им правопорядкам, вызывает сомнение лишь на самый поверхностный взгляд, не видящий за деревьями леса.

¹ См. подробнее: *Santucci G.* Die rei vindicatio im klassischen Römischen Recht: ein Überblick // *Fundamina*. 2014. Vol. 20. No. 2. P. 834; *Дождев Д. В.* Римское частное право. Изд. 3-е, испр. и доп. М.: Норма, ИНФРА-М, 2013. С. 197.

² *Grosso G.* Lezioni di storia di diritto romano. 3 ed. Torino: Giappichelli, 1955. P. 286.

³ См. об этом: *Суриков И. Е.* Проблемы раннего афинского законодательства. М.: Языки славянской культуры, 2004. С. 16.

⁴ См.: *Муромцев С. А.* О консерватизме римской юриспруденции // Муромцев С. А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М.: Статут, 2002. С. 211.

⁵ См.: *Белов В. А.* Предметно-методологические проблемы цивилистической науки // *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики* / под общ. ред. В. А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 158–159.

Между тем его значимость не отрицали даже крайне осторожно относящиеся к обобщениям авторы, такие как, например, американский антрополог Ф. Боас, по словам которого, «критическая оценка того, что является общезначимым для всего человечества, и отграничение от того, что специфично для отдельных культурных типов, становится предметом величайшей важности при изучении общества»⁶. Помимо всего прочего, исследование эволюционной динамики права позволяет сформулировать ряд концептуальных положений, касающихся понятия и сущности последнего, делая эволюционный подход продуктивной методологической основой не только в историческом, но и в теоретико-правовом плане.

Будучи компонентом культуры, право, подобно иным культурным феноменам, выполняет коммуникативную функцию, состоящую в обмене информацией, посредством которого конструируются социальные институты. Важнейшая особенность правовой коммуникации состоит в присущем ей регулятивном воздействии на поведение индивидов⁷. При этом средствами передачи информации в праве выступают нормы, имеющие семиотическую природу. Было бы, однако, неверно сводить все многообразие семиотических средств правовой коммуникации, как это иной раз делается, исключительно к нормативной составляющей⁸.

В диахронной ретроспективе не меньшую, если не более важную, роль играли субъективные права и обязанности участников правового общения. В условиях неразвитости нормативного измерения римского права обеспечение беспрепятственной реализации субъективных прав и их судебная защита становились приоритетными задачами правопорядка, от решения которых зависели его устойчивость и жизнеспособность. Представляется, что римское частное право с его синкретизмом материально- и процессуально-правовых элементов служит хорошим примером правопорядка, в котором поведение индивидов эффективно регулировалось с помощью принадлежащих им субъективных прав и обязанностей даже в отсутствие общих норм.

2. Проблема самоуправства в правопорядках Древнего мира

Одной из наиболее примечательных черт римского частного права являлось наличие высокоразвитых форм процессуальной защиты прав, во многом заложивших фундамент современного гражданского процесса. Более того, в ситуации, когда основным, если не единственным, средством конструирования правопорядка выступали субъективные права и обязанности, особую проблему составляло придание им релевантности для участников оборота, исходно не участвовавших в правоотношениях, в рамках которых возникли эти права и обязанности.

Неизбежно проявляющиеся при этом конфликты интерпретаций смыслового контекста обоюдных противоприятий, чреватые отрицанием права как такового, создавали потребность в защите субъективных прав, действенных для всех случаев его потенциального нарушения. В современном правопорядке основной формой защиты прав выступает судебная защита (ст. 11 ГК РФ), наряду с которой применяются защита в административном порядке и самозащита (ст. 14 ГК)⁹. В юридической литературе широко распространено мнение, в соответствии с которым судебная деятельность, не только в наши дни, но и на ранних этапах правовой эволюции, является исключительной прерогативой государства, в связи с чем возникла необходимость рассмотреть способы защиты прав, предшествовавшие их судебной защите. Еще пандектистами была выдвинута гипотеза «самоуправства» как исторически первичной ситуации защиты права¹⁰, в дальнейшем последовательно развивавшаяся Р. Йерингом¹¹. Такая наивно-эволюционистская установка, очевидно, не учитывала сложный характер человеческого поведения как самоорганизующейся системы, содержащей в себе смысловую основу, соотношенную с субъективными смыслами, выражаемыми поведением других индивидов.

В основе согласования смыслов, мотивирующих поведенческие акты субъектов, в том числе и специфически правовых смыслов (свободы, справедливости, формального равенства и т. п.), лежит, говоря словами А. В. Полякова, взаимное признание индивидов в качестве равноценных участников правового общения, юридически релевантные притязания каждого из которых приобретают обязывающую силу для других субъектов¹². Необходимой предпосылкой такого взаимного признания выступает разделяемая всеми участниками правовой коммуникации презумпция разумности поведения других лиц, из которой проистекают аксиологические характеристики последнего.

⁶ Boas F. Some Problems of Methodology in the Social Sciences // Boas F. Race, Language and Culture. New York : The MacMillan Company, 1940. P. 261.

⁷ См.: Krawietz W. Juridische Kommunikation im modernen Rechtssystem in rechtstheoretischer Perspektive // Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert / hrsg. W. Brugger, U. Neumann, S. Kirste. Fr. a. / M. : Suhrkamp, 1998. P. 197–200; Ван Хук М. Право как коммуникация. СПб. : ИД СПбГУ, ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. С. 29–31.

⁸ См.: Поляков А. В. Нормативность правовой коммуникации // Поляков А. В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб. : ИД «Алеф-Пресс», 2014. С. 158.

⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; 2019. № 1. Ч. 1. Ст. 7482.

¹⁰ См., в частности: Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. СПб. : Изд. П. Асланова «Юридический Центр-Пресс», 2005. С. 233–234.

¹¹ См.: Йеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1. СПб. : Тип. В. Безобразова и Ко, 1876. С. 95.

¹² См.: Ковкель Н. Ф. Обзор Международной философско-правовой школы в Республике Беларусь // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 6. С. 198.

В свете подобного допущения всякий конфликт, порожденный столкновением противоположных интересов, подлежит устранению с применением правовых процедур, к числу которых относится судебная (исковая) защита прав. Правовая регуляция человеческого поведения с присущими ей инструментами согласования интересов и разрешения поведенческих конфликтов может рассматриваться в качестве своеобразного продолжения — на более высоком эволюционном уровне — механизмов самоорганизации и достижения динамического гомеостаза, действующих в природных, в том числе биологических, системах¹³.

К сожалению, некоторые современные ученые, в той или иной мере воспринявшие учение о самоуправстве как первичном способе реализации и защиты права, склонны подчас делать на этом основании выводы, не подтвержденные историческим материалом¹⁴. Речь идет, в частности, о неразвитости средств правового регулирования в раннегосударственных сообществах, подобных древнегреческим полисам эпохи «темных веков» (XI–VIII вв. до н. э.) или Риму времен правления первых царей. Между тем кажущаяся примитивность отнюдь не свидетельствовала о неэффективности этих средств, вполне соответствовавших исторической традиции, социальной организации и уровню культурного развития сообщества. Более того, в памятниках сохранились указания на то, что уже архаические правопорядки, в том числе правопорядок Раннего Рима, обладали сформировавшимися судебными процедурами защиты субъективных прав и разрешения возникавших противоречий¹⁵. Это дает основание предположить, что истоки судебных процедур следует искать в догосударственной организации, обладавшей механизмами разрешения конфликтов и достижения социального равновесия, получившими свое развитие в раннегосударственных сообществах Древнего мира¹⁶.

Хрестоматийным примером тому служит описанная Гомером сцена суда, запечатленная на щите Ахилла, где в народном собрании (эклесии) заседатели разбирают гражданскую тяжбу, вынося решение на основе прений сторон (II. XVIII, 497–508)¹⁷. Едва ли имеются достаточные основания видеть в этом красноречивом эпизоде позднейшую вставку, руководствуясь априорными представлениями об отсутствии в гомеровскую эпоху развитой системы судопроизводства. Гораздо уместнее предположить, что такие процедуры спонтанно формировались в раннегосударственных или даже в догосударственных сообществах, являясь элементами системы общественного самоуправления, лишь впоследствии получившими государственно-властное оформление.

Более того, механизмы судебного урегулирования частных споров, сложившиеся в позднеархаической общине, были практически без изменений заимствованы раннегосударственным правопорядком, о чем свидетельствует древнейший процесс *legis actio sacramentum in rem*¹⁸. Не случайно даже те исследователи, которые видят в институтах кровной мести универсальную альтернативу судопроизводства, имевшую место на начальной стадии эволюции правопорядка, не отрицают, что на этой гипотетически реконструируемой стадии кровная месть и самочинная расправа с нарушителем практиковались не в любых случаях, а лишь тогда, когда примирительные процедуры и судебное разбирательство либо не применялись¹⁹, либо не достигали желаемого результата²⁰.

По свидетельствам источников, так обстояло дело в ранней римской общине, где обычай кровной мести сохранял свое значение вплоть до начала Республики. Самыми известными примерами его проявления, описанными античными авторами, было убийство братьев Куриациев в поединке с Публием Горацием, впоследствии переосмысленное как военный подвиг (Liv. I. 24–26; Dionys. III. 2–31; Flor. Epit. I. 1; Lyd. de mens. 4. 1), убийство Ромула (Plut. Rom. 27. 5), смерть Тулла Гостилия при загадочных обстоятельствах (Liv. I. 31), гибель царей Тарквиния Приска и Сервия Туллия (Liv. I. 42; Dionys. IV. 40) и, наконец, изгнание из Рима представителей рода Тарквиниев. Примечательно, однако, что все перечисленные случаи в той или иной мере имели своими причинами борьбу за власть в общине либо военные и социальные конфликты, не затрагивая частную сферу, где достаточно рано рассмотрение споров стало осуществляться в судебном порядке.

Археологическим доказательством сказанному является судопроизводство в Древнем Египте, трансформировавшееся одновременно с процессами исторического развития самой древнеегипетской цивили-

¹³ См. подробнее: *Кнорозов Ю. В.* К вопросу о классификации сигнализации // Основные проблемы африканистики. М.: Наука, 1973. С. 324–334; *Ершова Г. Г.* Антропосистема: коммуникативные модели и регулируемая интеграция // Исторический журнал: научные исследования. 2012. № 4. С. 11–25.

¹⁴ См.: *Синюков В. Н.* Цифровое право и проблемы этапной трансформации российской правовой системы // Lex Russica. 2019. № 9 (154). С. 10.

¹⁵ См.: *Логинов А. В.* Судебная сцена на «щитах Ахилла» в «Илиаде» и процесс *legis actio sacramento* // Судебная реформа в России: прошлое, настоящее, будущее: Сборник докладов VII Международной научно-практической конференции. М.: Изд-во МГЮА им. О. А. Кутафина, 2015. С. 144–147.

¹⁶ См.: *Мальцев Г. В.* Месть и возмездие в Древнем мире. М.: Норма — ИНФРА-М, 2012. С. 101.

¹⁷ См. подробнее: *Bonner R. J., Smith G.* The Administration of Justice from Homer to Aristotle. Vol. 2. Chicago: University of Chicago Press, 1938. P. 117 f.

¹⁸ См.: *Bonner R. J.* Administration of Justice in the Age of Homer // Classical Philology. 1911. Vol. 6. P. 28; *Cantarella E.* Violence privée et le process // La violence dans les mondes grec et romain / Ed. J.-M. Bertrand. Paris: Année d'édition, 2005. P. 345–346.

¹⁹ См.: *Barton R. E.* The Kalingas: Their Institution and Custom Law. Chicago: University of Chicago Press, 1949. P. 221.

²⁰ См., в частности: *Edwards M. W.* The Iliad: a commentary / Ed. G. S. Kirk. Vol. V. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. P. 214–216; *Nagy G.* Homeric Responses. Austin: University of Texas Press, 2003. P. 77; *Бенвенист Э.* Словарь индоевропейских социальных терминов. М.: Прогресс-Универс, 1995. С. 379.

лизации²¹. Как отмечает И. М. Лурье: «Египетский судебный процесс, его обряд, восходит к начальным периодам истории Египта. Возникнув как суд-состязание, следы которого отчетливо сохранились, например, в «Споре Гора и Сета», в котором боги выступают скорее не как судьи, а как арбитры, стремящиеся примирить непримиримые притязания противников»²². Таким образом, при всей скудости и ограниченности информации, имеющейся в распоряжении, есть некоторые основания полагать, что древнеегипетское процессуальное право, зародившись на базе ритуально-мифологической обрядности, первоначально имело прецедентный характер, а вынесенные судебные решения, становясь частью неписаной (а затем и писаной) правовой традиции, служили эталонами для всех конкретных жизненных ситуаций, типологически сходных с той, по поводу которой было принято соответствующее решение.

Типичным примером подобного способа правотворчества является современное англо-саксонское общее право, соответствующее более поздней стадии эволюционного развития. Вместе с тем можно констатировать, что общее право в своей опоре на прецедент не составляет исключения, поскольку всякое правотворчество, равно как и защита прав, на этапе, когда основу правопорядка составляли юридические факты и порожденные ими субъективные права и обязанности, могло иметь лишь прецедентный характер²³. Даже в современных условиях конструирование новых сфер правовой действительности может осуществляться при помощи прецедентов, что, на наш взгляд, имеет место, например, в международном частном праве²⁴. Тем более значимой оказывается роль судебного прецедента в системе координат, задаваемой ассоциативно-образным (допредикативным) юридическим мышлением, учитывая высокую степень ритуализма судебных процедур, обуславливающую их суггестивное воздействие на участников правовой коммуникации.

3. Культурно-антропологические предпосылки возникновения судебных процедур в римском праве

Не станет преувеличением утверждать, что антропологические предпосылки судебных процедур во всех культурах, включая древнеримскую, заложены в природе самого человека как биосоциального существа. Генетически судоговорение, равно как и другие ритуалы, практиковавшиеся на ранней стадии социальной эволюции, восходят к играм, широко распространенным не только в человеческих, но и в животных сообществах²⁵. Игровая природа правовых, в том числе судебных, ритуалов, впервые раскрытая еще Й. Хейзингой²⁶, должна учитываться при рассмотрении как происхождения судебных процедур, применявшихся в римском гражданском процессе, так и эволюции правовой коммуникации в данной сфере. В догосударственном и раннегосударственном правопорядках судебные ритуалы, тесно сближаясь с магическими практиками, имели своей целью установить волю богов и иных сверхъестественных сил. Можно утверждать, что в системе координат, задаваемой ассоциативно-образным юридическим мышлением, судебные процедуры являлись разновидностью обрядов дивинации, имевшей важное значение уже в первобытных культурах.

Определение воли богов происходило путем принесения клятвенной присяги, а в дальнейшем судебных поединков, простейшим видом которых являлось бросание жребия, призванного определить победителя в споре. Не случайно во многих древних языках, в том числе в древнегреческом и латинском, слова «право» и «правосудие», помимо прочего, имели значение судьбы и жребия. Таковы, в частности, древнегреческие *τύχη*, 'случай', 'судьба', 'стечение обстоятельств', *μοῖρα*, 'жребий', 'доля', 'удел', 'судьба', 'участь' и т. п., и семантически связанные между собой *τό μέρος*, 'часть', 'доля', а также *ὁ κλῆρος*, 'жребий', 'удел', 'доля', 'наследство', *κλήρω*, 'определять метанием жребия'²⁷. Отсюда же происходят существительное *ὁ κайρός*, 'надлежащая мера', 'норма', и прилагательное *τό καίριον*, 'надлежащее', 'правильное', 'точное', непосредственно указывающие на правовые аспекты судебной обрядности. С рассмотренными значениями тесно сближается собственно юридическая лексика древнегреческого языка, прежде всего, существительное *δικάζειν*, 'взвешивание на весах', и глагол *δικεῖν*, 'бросать', 'метать жребий', из которого этимологически выводится существительное *δίκη*, ставшее теонимом олицетворенной справедливости. Тождественной семантикой обладает латинское слово *iustitia*, означавшее не только справедливость и правосудие,

²¹ См.: *Chehata Ch.* Le testament dans l'Egypte pharaonique // *Revue historique de droit française et étranger.* 1954. Vol. 31. P. 3 ff.

²² Лурье И. М. Очерки древнеегипетского права XVI–X вв. до н. э. Л.: Изд. Гос. Эрмитажа, 1960. С. 112.

²³ См.: *Архипов В. В., Поляков А. В., Тимошина Е. В.* Адаптация опыта систем прецедентного права к российской правовой системе // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2012. № 3 (302). С. 113–134.

²⁴ См. об этом, в частности: *Голуб К. Ю.* Судебный прецедент в системах европейского и международного и европейского права // *Известия Саратовского университета. Серия: Экономика. Управление. Право.* 2007. Т. 7. № 1. С. 92–96.

²⁵ См.: *Осветимская И. И.* Игра как метод повышения эффективности юридического мышления // *Российский журнал правовых исследований.* 2019. Т. 6. № 3. С. 89.

²⁶ См.: *Хейзинга Й.* *Homo Ludens.* Статьи по истории культуры. М.: Прогресс-Традиция, 1997. С. 85–94.

²⁷ В афинском законодательстве V–IV вв. до н. э. так назывались земельные участки, полученные при распределении общинного аграрного фонда или в награду за несение воинской службы. См. подробнее: *Cargill J.* *Athenian Settlements of the Fourth Century B. C.* Leiden: Brill, 1995. P. 194; *Moreno A.* *The Attic Neighbour. The Cleruchy in the Athenian Empire* // *Interpreting the Athenian Empire* / Ed. by J. Ma. London: Duckworth, 2009. Pp. 211–221.

но также метание жребия, принесение клятвы и т. п. В римских юридических текстах часто встречаются существительные *iuramentum*, 'присяга', 'клятва', *iusiurandum*, 'присяга', глаголы *iurare*, 'клясться', 'присягать', *iurgare*, 'ссориться', 'судиться', прилагательное *iuratorius*, 'клятвенный', наречие *iurato*, 'клятвенно', в соответствующих значениях. Таким образом, обряды правосудия представляли изначально магические ритуалы, заключающиеся в принесении клятвы и последующих судебных поединках.

Естественно, что в этих условиях необходима была процедура, призванная уравнивать силы физически неравных соперников и требовавшая присутствия в состязании «третьей стороны», следящей за справедливостью, т. е. процедурной правильностью, поединка. Этот арбитр изначально мог и не обладать властью над тяжущимися, поскольку в его задачи входило не вынесение или исполнение приговора, а лишь недопущение злоупотреблений, в конечном счете превращавших судебный процесс в торжество «кулачного права». Очевидно, что при наличии процессуальных (исначально ритуально-магических) требований и в присутствии арбитра-судьи ни о каком самоуправстве спорящих сторон не могло быть и речи.

Произнесение клятв и ритуальные поединки в качестве первичных форм судебной процедуры практиковались во многих правовых порядках Древнего мира. Наряду с другими средствами доказывания они применялись в древнеегипетском гражданском и уголовном процессе вплоть до Нового царства (XVI–XI вв. до н. э.)²⁸, аналогичные клятвы предусматривались древневавилонским и ветхозаветным правом²⁹. Примечательно, что в древних языках принесение судебных клятв обозначалось знаком ладони или поднятой руки, в семантику которого, помимо прочего, входили значения совершения религиозных ритуалов, произнесения заклинаний, а также осуществления личного и хозяйственного господства³⁰, как, например, шум. *zi*, 'клятва', др.-аввил. *niš*, 'клятва', 'поднятие (руки)', др.-егип. *ḫ.ḫ.*, 'клясться'.

Тожественное употребление имели др.-греч. *χεῖρς*, 'рука', в устойчивом выражении *ἐμβάλλειν χεῖρὸς πίστιν*, 'давать руку в знак верности [клятве]' (Soph. Philoct. 813), и лат. *manus*, 'рука', являвшееся полисемичным и использовавшимся в различных словосочетаниях для обозначения принесения клятвы, судебной присяги, завладения предметом, господства (в том числе хозяйственного), принадлежности, обладания и т. п. Также в балтийских и славянских языках данное слово выступает элементом сложившейся, видимо, еще в период индогерманского языкового единства этимологической группы, куда наряду с лит. *rankà*, 'рука' и лтш. *gūoka* входят шведск. *vrå* 'угол', древнеисл. *vrangr*, 'кривой', 'косой', средненижненем. *vrange*, 'дуга'³¹, обладавшие общей семантикой со словенск. *kolnem*, *kleti*, 'проклинать', польск. *klne*, *klac̨*, 'проклинать', старолатышск. *klentet*, 'проклинать', и древнепрусск. *klantemmai*, 'мы проклинаем', значение которых, по утверждению М. Фасмера, было связано с тем, «что при произнесении клятв касались земли рукой»³².

Общезначимость рассмотренного лингвистического материала иллюстрируется на примере иероглифической письменности древних майя, где многие иероглифы, в том числе передававшие социально-политическую лексику, обводились овальным контуром. В нем исследователи видят редуцированное изображение ладони³³, отсылающее к так называемой «ручной речи», которая возникла на начальной стадии человеческой коммуникации³⁴, датируемой палеолитом, но была, как доказали исследования супругов А. и Б. Гарднеров, характерна уже для высших приматов, а именно шимпанзе³⁵. Таковы, например, знаки *la*, 'лицо', 'владыка', *chac*, 'большой', *chac*, 'небо', 'высокий', *naab*, 'ладонь', 'пространство'³⁶. Особенно примечателен в данном смысле иероглиф *ez*, 'колдовство', представляющий собой реалистичное изображение раскрытой ладони. Таким образом, жесты линейной ручной речи и развившиеся на их основе слова звукового языка, имевшие рассмотренные выше значения, представляли собой речевые акты, иллюкутивная сила которых состояла в воздействии на поведение коммуникантов³⁷, что сделало их пригодными при совершении ритуалов судоговорения.

Принесение клятв и следовавший за этим поединок сторон являлись важными составными частями судебного процесса у хеттов, причем, как показывают новейшие исследования, хеттские судебные процедуры были в значительном объеме заимствованы древнегреческим правом микенской эпохи³⁸. Возмож-

²⁸ См., например: *Spiegelberg W.* Studien und Materialien zum Rechtswesen des Pharaonenreiches der Dynastien XVIII–XXI (c. 1500–1000 v. Chr.). Hannover : Commissions — Verlag der Hahnischen Buchhandlung, 1892. P. 76 f; *Seidl E.* Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des neuen Reiches. Glückstadt : J. J. Augustin, 1951. S. 38; *Лурье И. М.* Указ. соч. С. 112.

²⁹ См.: *Price J. M.* The Oath in Court Procedure in Early Babylonia and the Old Testament // *Journal of American Oriental Society*. 1929. Vol. 49. P. 23.

³⁰ См. об этом: *Март Н. Я.* Иштарь (от богини матриархальной Афроевразии до героини любви феодальной Европы) // Яфетический сборник. Вып. 5. Л. : Изд-во АН СССР, 1927. С. 110.

³¹ См.: *Streitberg W.* Gotisch frauinond, frauja // *Indogermanische Forschungen. Zeitschrift für Indogermanische Sprach- und Altertumskunde* / hrsg. von K. Brugmann, W. Streitberg. Strassburg : Karl J. Trübner Verlag, 1892. Bd. 23. Pp. 119–121.

³² *Фасмер М.* Этимологический словарь русского языка. В 4 т. Т. II. М. : Прогресс, 1986. С. 259.

³³ См.: *Ершова Г. Г.* Майя: тайны древнего письма. М. : Алетей, 2004. С. 121.

³⁴ См.: *Март Н. Я.* Язык // Н. Я. Март. Избранные работы. Т. II. Основные вопросы языкознания. М. ; Л. : Соцэкгиз, 1936. С. 128.

³⁵ См.: *Gardner R. A., Gardner B. T.* Teaching Sign Language to a Chimpanzee // *Science. New Series*. 1969. Vol. 165. No. 3894. P. 670.

³⁶ См.: *Кнорозов Ю. В.* Письменность индейцев майя. М. ; Л. : Изд-во АН СССР, 1963. С. 158 и след.

³⁷ См.: *Серль Дж. Р.* Классификация иллюкутивных актов // Новое в зарубежной лингвистике. Вып. 17. Теория речевых актов. М. : Наука, 1986. С. 171 и след.

³⁸ См.: *Логинов А. В., Трофимов А. А., Линько А. В.* Возмездие у праиндоевропейцев, микенских и гомеровских греков. М. : Academia, 2017; *Логинов А. В., Шелестин В. Ю.* Суд и наказание в Микенской Греции и Хеттском царстве. М. : Academia, 2019.

но, к числу таких поединков относилась ритуальная погоня, подобная той, что была описана в «Илиаде» (II. XXII. 136 sgg.)³⁹, итогом которой становилось принесение проигравшей стороны в жертву, со временем замененное выплатой победителю имущественной компенсации⁴⁰. Отголоски подобных представлений прослеживаются не только в правовом, но и в палеографическом материале, в частности, в ряде египетских надписей эпохи Древнего Царства, в которых существительное *ma'at*, 'правосудие', 'справедливость', включало в себя графему *m3*⁴¹, использовавшуюся в глагольной форме пассивного залога *m3'*, 'приносить в жертву'⁴².

В римском гражданском процессе, видимо, очень рано жизнь и личная свобода ответчика перестают быть предметом тяжбы, уступая место имуществу, по поводу которого и велся спор. Исключение составляли лишь *legis actiones per manus iniunctionem*, сохранявшие связь с древнейшими формами судопроизводства, уполномочивавшими истца на личную расправу с ответчиком. Первоначально таким имуществом выступали движимые вещи и недвижимость, а впоследствии денежная сумма как универсальный имущественный эквивалент. По мере эволюции правопорядка, стимулировавшейся переходом от образно-ассоциативного мышления к понятийному, ритуальные состязания и клятвы утрачивают свою доказательную силу. На передний план выходит не манифестация воли божественных сил, а эффективная и всесторонняя защита интересов субъектов правового общения, которая ставится в прямую зависимость от разработанности судебной процедуры⁴³.

Значительную роль в этом повороте сыграли правовая наука и деятельность юристов в целом (Rom. 1 enchr., D. 1.2.2.5). В трудах римских юристов конструировался правопорядок путем осмысления и систематизации прав и обязанностей его субъектов в контексте конкретных жизненных ситуаций, в том числе ситуаций, связанных с различного рода юридическими коллизиями. Обобщая множество типологически сходных случаев, *prudentes* формулировали рекомендации, на которых основывались судебные решения⁴⁴. Указанное обстоятельство получило отражение в античной политико-правовой мысли, признававшей доктринальные позиции обязательными для судей. Так, по словам Цицерона: «Если же они [т. е. судьи] признают ответ юриста правильным и заявляют, что следует присудить иначе, то они говорят, что нужно присудить плохо. Ведь не может быть так, чтобы о праве следовало вынести одно решение в суде, другое в ответе на консультации, и так чтобы считался знатоком права тот, кто утверждает, что правом является то, что не должно быть решением суда»⁴⁵. Авторитет знатоков права, таким образом, не только выступал формальным основанием для вынесения решения, но и придавал субъективным правам и закрепленным ими притязаниям обязательную силу для субъектов, не являвшихся участниками конкретного правоотношения⁴⁶.

4. Этапы развития римского гражданского процесса: общая характеристика

Необходимость создания действенных механизмов исполнения судебных решений потребовала участия магистратов, представляющих государство, в деятельности суда. Эволюция гражданского процесса в Риме позволяет усомниться в правильности традиционной точки зрения, в соответствии с которой судопроизводство изначально возникает как одно из направлений публично-властной деятельности государства. Напротив, факты свидетельствуют о том, что государство далеко не сразу стало осуществлять судебную власть, особенно в гражданско-процессуальной сфере, где рассмотрение судебных споров и разрешение конфликтов длительное время производились в порядке частной инициативы при минимальном вмешательстве со стороны государства.

Так, если на ранних этапах развития римского процессуального права участие должностного лица (в частности, претора, отвечавшего за организацию судебных процедур) ограничивалось лишь контролем за соблюдением формальных требований к предъявлению иска, то с развитием правопорядка стало необходимым более активное вмешательство должностного лица как в подачу иска, так и в рассмотрение дела. Хотя деление гражданского процесса на две стадии, преторскую (*in iure*) и судебскую (*in iudicio*), было

³⁹ Представляется отнюдь не случайным присутствие в данном фрагменте еще одного судебного символа, а именно весов, на которых Зевс взвешивает жребии Ахилла и Гектора (II. XXII. 209–213, пер. Н. И. Гнедича): «...Зевс распростер, промыслитель, весы золотые, на них он бросил два жребия Смерти, в сон погружающей долгий: жребий один Ахиллеса, другой — Приамова сына. Взял посредине и поднял: поникнул Гектора жребий, тяжкий к Аиду упал (καὶ τότε δὴ χρῆσιμα λατῆρ ἐτίθεινε τάλαντα, ἐν δ' ἐτίθει δύο κῆρε ταηλεῦρος θανάτοιο, τὴν μὲν Ἀχιλλῆος, τὴν δ' Ἔκτορος ἵπποβάμοιο, ἔλκε δὲ μέσσα λαβῶν: ῥέτε δ' Ἔκτορος αἴσασον ἦμαρ, ψῆχτο δ' εἰς Αἴδαο)», результатом чего становится гибель Гектора в последовавшем поединке.

⁴⁰ См.: Hoffner H. A. The Laws of the Hittites. Waltham : Brandeis University Press, 1963. P. 339–340.

⁴¹ См.: Gardiner A. H. Egyptian Grammar. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 1957. P. 516.

⁴² См.: Жданов В. В. Эволюция категории Маат в древнеегипетской мысли. М. : Современные тетради, 2006. С. 38.

⁴³ См. подробнее: Ando C. Substantive Justice in Provincial and Roman Legal Argument // The Impact of Justice on the Roman Empire. Proceedings of the Thirteenth Workshop of the International Network Impact of Empire (Gent, June 21–24, 2017). Leiden : Brill, 2017. P. 147–148.

⁴⁴ См.: Кофанов Л. Л. Роль *responsa* римских юристов в *disputatio forensis* в римской гражданской общине V–I вв. до н. э. // Вестник древней истории. 2014. № 4 (291). С. 89–90. О том, что в классическую и постклассическую эпохи судьи обязаны были руководствоваться мнениями наиболее авторитетных юристов, свидетельствует, в частности, Закон о цитировании Валентиниана III от 7 ноября 426 г. (CTh. 1.4.3).

⁴⁵ Cic. pro Caec. 24.68: Sin illos recte responderere concedunt et aliter iudicari dicunt oportere, male iudicare oportere dicunt. Neque enim fieri potest, ut aliud iudicari de iure, aliud responderi oporteat, ne cut quisquam iuris numeretur peritus qui id statuat esse ius quod non oporteat iudicari.

⁴⁶ См.: Kaser M. Das Urteil als Rechtsquelle im Römischen Recht // Festschrift für Fritz Schwing / hrsg. von R. Strasser. Wien : Metzger, 1978. P. 126.

характерно уже для легисакционного процесса, сложившегося на основании Законов XII таблиц и являвшегося древнейшим видом гражданского судопроизводства, роль претора сводилась в основном к решению трех задач.

Во-первых, от имени римского народа претор оценивал общественную значимость правовых притязаний частных лиц, принимая решение, надлежит ли дать этим притязаниям правовую (в том числе судебную) защиту и какие конкретно средства защиты должны быть использованы. По-видимому, данная функция преторской юрисдикции была основополагающей, особенно на начальном этапе развития правосудия в условиях процедурной неразвитости последнего. Гражданский коллектив, заинтересованный в поддержании стабильности правопорядка, угрозой которому выступали не только частный произвол, но и неконтролируемые судебные тяжбы по малозначимым поводам (подобным вошедшему в поговорку «спору из-за тени осла»), предоставлял должностному лицу полномочия, позволявшие производить селекцию юридически значимых требований, на что указывает стандартная формулировка *iudicium dabo*, ‘дам защиту’ (D. 4.3.1.1; 39.4.1 pr.), или *actionem dabo*, ‘дам иск’ (D. 42.8.1 pr.), присутствующая во многих положениях преторского эдикта⁴⁷.

Во-вторых, в обязанности претора входило предотвращение возможного самоуправства, внесудебных расправ и прямого насилия, создававших, особенно на фоне до конца не изжитых обычаев кровной мести и коллективной ответственности, предпосылки для неразрешимых социальных конфликтов, влекущих за собой разрушительные последствия для правопорядка. Не случайно положения эдикта содержат прямые указания на недопустимость подобных эксцессов, выраженные словами *vim fieri veto*, ‘запрещаю применять силу’⁴⁸. Следует попутно отметить, что данная формула использовалась в качестве правового основания не только судебной, но и внесудебной защиты, в частности, интердиктной защиты владельческих прав⁴⁹.

Конфликтные ситуации становились особенно опасными, когда спор шел не об индивидуально определенных вещах, обладание которыми исключало их физическую принадлежность другим лицам, а о родовых вещах, характеризующихся количественным признаком⁵⁰, или о вещах, находящихся в общем пользовании, подобных, например, *ager publicus* (D. 1.8.2 pr.) или проточной воде⁵¹. В этом случае предотвращение потенциального насилия становилось особенно актуальным, требуя соответствующих действий со стороны публичной власти.

Наконец, в-третьих, организуя древнейший вид гражданского процесса, суть которого состояла в совершении ритуальных действий и произнесении фраз, предусмотренных буквой закона (в данном случае, Законов XII таблиц), судебный магистрат, вначале консул, а затем, после реформы 367 г. до н. э., городской претор, обеспечивал юридическую правильность процедуры. И поскольку, в отличие от понтификов, гражданский магистрат не наблюдал за точным воспроизведением сторонами религиозно-символического смысла судебного ритуала, его роль в легисакционном процессе ограничивалась в основном выполнением технических функций⁵².

А именно, не входя в рассмотрение дела по существу, он принимал или отклонял иск, руководствуясь исключительно формальными соображениями⁵³. Прекрасной иллюстрацией сказанному служат слова Гая: «...если кто-нибудь отыскивал вознаграждение за поврежденные виноградные лозы, называя их лозами, то отвечали, что он проиграл иск, так как должен был назвать лозы деревьями, на том основании, что Закон XII таблиц, согласно которому давался иск по поводу срезанных лоз, говорит вообще о подрезанных кустах»⁵⁴.

По мере развития правового сознания формализм древнейшего гражданского права, нашедший выражение в легисакционном судопроизводстве, начинает входить в противоречие не только с потребностями хозяйственного оборота, а также имущественными интересами его участников, но и с чувством справедливо-

⁴⁷ См.: *Jolowicz H. F., Nicholas B.* A Historical Introduction to the Study of Roman Law. 3rd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 1972. P. 99 ff., 202; *Schiller A. A.* Roman Law: Mechanisms of Development. The Hague ; Paris ; New York : Mouton Publisher, 1978. P. 412; *Grevesmühl G.* Die Gläubigerangfechtung nach klassischem Römischem Recht. Göttingen : Wallstein Verlag, 2003. P. 59.

⁴⁸ См.: *Rudorff A. F.* Edicti perpetui quae regulae sunt. Lipsiae : Hirzelium, 1869. P. 212; *Lenel O.* Das Edictum perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung. 3. Aufl. Leipzig : B. Tauschnitz Verlag, 1927. P. 461; *Betancourt F.* Derecho romano clásico. 3a ed., rev. y aument. Sevilla : Universidad de Sevilla, 2007. P. 287, 370.

⁴⁹ См.: *Дернбург Г.* Пандекты. Т. I. Ч. 2. Вещное право. СПб. : Университетск. тип., 1905. С. 43 и след.

⁵⁰ Как писал Сальвий Юлиан (Iul. 22 dig., D. 45.1.54 pr.), «когда же нам обещают родовые вещи, то их деление происходит по количеству (*quotiens autem generis stipulamitur, numero fit inter eos divisio*)». Аналогичное определение *res generis* присутствовало и в позднейших законодательствах, например, в ст. 66 ГК РСФСР 1922 г. См. подробнее: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Индивидуальное и родовое в гражданском праве. М. : Статут, 2004. С. 47.

⁵¹ Согласно утверждению Маркиана (Marc. 3 inst., D. 1.8.2.1): «В силу естественного права, конечно, являются общими для всех следующие: воздух, текущая вода и море, а следовательно, и берега моря (*Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*)». Ульпиан (Ulp. 70 ad ed., D. 43.20.1 pr.) в данной связи приводит фрагмент преторского интердикта, гласящий: «Я запрещаю применять силу с целью воспрепятствовать тебе таким образом отводить воду, о которой идет тяжба, как ты отвел ее в прошлом году не силой, не тайно и не прекарно по отношению к такому-то (*uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo dixisti, quo minus ita dicas, vim fieri veto*)». См.: *Labruna L.* Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia. Napoli : Jovene, 1972. P. 247–284.

⁵² См.: *Kocoures A.* The Formula Procedure of Law // *Virginia Law Review*. 1922. Vol. 8. No. 6. P. 439.

⁵³ См.: *Хвостов В. М.* История римского права. Изд. 3-е, испр. и доп. М. : Тип. т-ва Сытина, 1907. С. 142, 146.

⁵⁴ *Gai.* 4.11: *Unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uitibus nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisse arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*

сти, предъявлявшим к правосудию известные требования⁵⁵. В том числе речь идет о необходимости оказания сторонам содействия в юридически грамотном формулировании иска с его материальной и процессуальной сторон. Реализация указанных требований привела к появлению в конце II в. до н. э. нового вида процесса, а именно формулярного процесса (*per formulas*), впервые предусмотренного в 123 г. до н. э. *lex Aebutia*.

В формулярном процессе при сохранении двух стадий *in iure* и *in iudicio* заметно возрастает значение должностного лица, организующего рассмотрение дела на первой стадии. Теперь магистрат не только принимает иски и назначает судью, но и участвует в деле, формулируя позиции сторон и излагая их в виде специального предписания (преторской формулы), которое представляло собой адресованное судье распоряжение решить дело с учетом всех существенных обстоятельств, изложенных в формуле. Участие претора в формулярном процессе сделало последний более гибким в сравнении с архаичным легисакционным процессом, благодаря чему появились возможности для создания новых исковых средств защиты субъективных гражданских прав, отвечающих развивающимся потребностям хозяйственной жизни, а также господствующим в правосознании и правовой культуре представлениям о правосудии и справедливости.

Таким образом, зародившись как один из инструментов саморегуляции, применявшихся в догосударственном сообществе, судебные органы стали «ветвью» государственной власти, при всей условности данного термина, применительно к античному полисному государству, каковым являлась Римская республика последних веков до н. э. Процедурные преимущества формулярного процесса, а также публично-властная институционализация судебной системы обусловили отмену легисакционного процесса в конце I в. до н. э., в результате принятия *lex Iulia iudiciorum privatorum* 17 г. до н. э., обеспечившего более активное участие претора и иных магистратов в организации судопроизводства в рамках формулярного процесса.

Вместе с тем процессуальные полномочия претора имели свои пределы, вытекающие из самой сути преторского империя, являвшегося «меньшим империем» (*imperium minus*)⁵⁶. Речь идет, прежде всего, о независимости судьи от претора при рассмотрении дела по существу на стадии *in iudicio*, что послужило причиной неспособности магистрата влиять на вынесение судебных решений иначе как посредством формулы, описывающей модельные черты юридически значимой ситуации. Кроме того, преторская юрисдикция ограничивалась сроком, на который был избран магистрат. В результате лицо, чей иск был отклонен по формальным основаниям, могло повторно предъявить его лишь через год, после вступления в должность нового претора. Наконец, уже в императорскую эпоху полномочия претора вступают в противоречие с усиливающимися авторитарными тенденциями, в результате чего и сама эта должность, подобно иным республиканским магистратурам, утрачивает свое значение.

Изменения политической структуры при переходе от Республики к Принципату не могли не затронуть сферы процессуального права, где на смену формулярному приходит экстраординарный процесс (*extra ordinem cognitio*), сложившийся в начале I в. н. э. в практике императорских судов⁵⁷. Принципы стремились встроить гражданский процесс в бюрократическую иерархию, ликвидировав разграничение судебных и магистратских полномочий и устранив независимость судьи от магистрата, характеризовавшие более ранние этапы эволюции процессуального права. Указанная тенденция сделалась необратимой после отмены процесса *per formulas* в 342 г., сделавшей экстраординарный процесс единственным видом производства (С. 2.57.1).

В экстраординарном процессе судебные полномочия исполнялись императорскими чиновниками. Как следствие, судебная процедура становится более формализованной, утрачивая связь с запросами и потребностями сторон, которые перестают играть ведущую роль в процессе. Основным средством доказывания в экстраординарном процессе теперь являются письменные документы, тогда как устные показания сторон и свидетелей в значительной мере лишаются доказательной силы. Приоритет письменных документов и свобода должностного лица, исполняющего судебские полномочия, по собственному усмотрению выносить решения создают условия для различного рода судебных ошибок, обсуждавшихся Сенекой Старшим, Квинтилианом, Апулеем и другими авторами риторических сочинений, остро критиковавшими изъяны судебной процедуры с позиций обыденного правосознания (*Apul. apol.* 27). Компенсировать дефекты когниционного судопроизводства был призван впервые появившийся механизм обжалования решений в вышестоящих судах, вплоть до императорского. Тем не менее даже этот механизм оказался не в состоянии оказать противодействие судебскому и бюрократическому произволу.

⁵⁵ См.: *Schulz F.* History of Roman Legal Science. Oxford : Clarendon Press, 1953. P. 24–29.

⁵⁶ См. подробнее: *Martino F. de.* Storia della Costituzione Romana. Vol. I. Napoli : E. Jovene, 1958. P. 189, 230; *Sanctis G. de.* Storia dei Romani. Vol. II. La Conquista del primato in Italia. Firenze : Fb & c Ltd., 2017. P. 407; *Stewart R.* Public Office in Early Rome. Ritual Procedure and Political Practice. Ann Arbor : University of Michigan Press, 1998. P. 95–137; *Bunse R.* Die klassische Prätur und die Kollegialität (par potestas) // Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte. R.A. 2002. Bd. 119. S. 29–43; *Дементьева В. В.* Магистратская власть Римской республики: содержание понятия *imperium* // Вестник древней истории. 2005. № 6. С. 46–75; *Власова О. А.* Империй римского претора: к проблеме интерпретации // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. 2018. Т. 1. № 2. С. 5–12.

⁵⁷ См.: *Kaser M.* Das Römische Zivilprozessrecht. München : C. H. Beckische Verlagbuchhandlung, 1966. P. 418 ff.; *Липшиц Е. Э.* Право и суд в Византии IV–VIII вв. Л. : «Наука», 1976. С. 173.

5. Эволюция римского гражданского процесса и общеисторические закономерности динамики правопорядков

Обзор основных этапов эволюции гражданского процесса в Древнем Риме позволяет наметить три основные тенденции его развития, имевшие взаимосвязанный и взаимно обусловленный характер. Первая тенденция, подробно описанная выше, состояла в постепенном усилении роли государства, превратившего суд из неофициальной процедуры добровольного посредничества в урегулировании конфликтов в структурное звено бюрократического аппарата, реализующее принадлежащие ему властные полномочия⁵⁸. Вторая тенденция заключалась в неравномерности соотношения формальной и содержательной составляющих судопроизводства на разных этапах его эволюции. Так, для легисакционного процесса характерно безусловное доминирование ритуальных форм над содержательными моментами, в результате чего исход дела ставился в прямую зависимость от соблюдения ритуальных предписаний.

Формулярный процесс, в отличие от легисакционного, направлен на выработку максимально гибких и эффективных средств защиты субъективных прав и законных интересов сторон, в чем принимало активное участие должностное лицо, выступавшее от лица гражданского коллектива и руководствовавшееся, прежде всего, идеей справедливости (*aequitas*)⁵⁹, противопоставляемой внешнему ритуализму строгого права, нашедшему свое воплощение в легисакционном процессе. Как известно, это противоречие строгого и «справедливого» права, ярко проявившееся в преторском правотворчестве, по всей видимости, имеет универсальный характер, будучи присуще любым правопорядкам на известном этапе их эволюционного развития. Чтобы убедиться в общезначимости оппозиции *ius strictu* и *bona fides* в римском праве, достаточно вспомнить, что сходная контрверза имела место и в англосаксонском праве⁶⁰, долгое время характеризовавшемся дуализмом общего права и права справедливости, получившим оформление в XV в. благодаря деятельности Суда Лорда-канцлера. Полагаем, что такой дуализм являлся не просто результатом действия социально-исторических факторов, но и представлял собой необходимый атрибут логической структуры англо-саксонского права XV–XIX вв.⁶¹

Важной предпосылкой указанных процессуальных изменений послужил переход от ассоциативно-образного мышления к мышлению понятийному, способствовавший экспликации базовых аксиологических категорий, лежавших в основе юридической коммуникации, в том числе категории доброй совести (*bona fides*)⁶², выступавшей руководящим началом судебной и правоприменительной деятельности. О значении аксиологических оснований для развитого судебного дискурса свидетельствует, в частности, то обстоятельство, что как *aequitas*, так и *bona fides* постоянно находились в центре внимания римских теоретиков ораторского искусства, приложивших наряду с юристами немало усилий для концептуализации указанных понятий⁶³.

В свою очередь, экстраординарный процесс характеризовался известным упадком правового сознания и снижением общего уровня правовой культуры участников, обусловившими бюрократизацию судопроизводства. Поскольку как доктрина, так и деятельность республиканских магистратов утрачивают правотворческое значение, выходят из обращения наработанные способы практического применения принципов справедливости и доброй совести к конкретным фактическим ситуациям, уступая место бездумному, хотя во многих случаях и высокотехничному, следованию букве закона, а именно императорских конституций, чей патетический стиль и многочисленные апелляции к справедливости нередко маскировали утрату данным понятием собственно юридического содержания⁶⁴.

Наконец, третья тенденция с максимальной полнотой и наглядностью проявила себя в плане внешней, знаково-символической формы процессуальных действий, эволюция которой характеризуется феноменом так называемого «семиотического ослабления признака». В общем смысле семиотическое ослабление признака, присущее правовой коммуникации, характеризуется следующим образом: «От полного тождества действия и информационной модели правовые институты, по-видимому, эволюционировали в сторону подобия, когда вместо тождества знака и действия выбирается некий ритуальный процесс, имитирующий преодоленную ценность — действие силой... Такое понимание развития права отвечает общей тенденции семиотического развития — стремлению к семиотически ослабленному действию»⁶⁵.

⁵⁸ См.: *Baty Th.* The Difference between Arbiter in the Roman Sense and Modern Arbitrators // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1917. Vol. 65. No. 8. P. 734.

⁵⁹ См.: *Кипп Т.* История источников римского права. СПб.: Изд. Н. К. Мартынова, 1908. С. 6–11; *Савельев В. А.* Справедливость (*aequitas*) и добросовестность (*bona fides*) в римском праве классического периода // Государство и право. 2014. № 3. С. 67; *Дождев Д. В.* *Ars boni et aequi* в определении Цельса: право между искусством и наукой // Труды ИГПРАН. 2016. № 4. С. 70–71.

⁶⁰ См. подробнее: *Metzger F.* Roman Judges, Case Law and Principles of Procedure // Law and History Review. 2004. Vol. 22. No. 2. P. 273–275.

⁶¹ См.: *Хофельд У. Н.* Дополнительное замечание относительно конфликта общего права и права справедливости // Основные юридические понятия Уэсли Н. Хофельда. СПб.: Алет-Пресс, 2016. С. 160–165.

⁶² См.: *Leesen T. M.* Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies. Leiden; Boston: M. Nijhoff Publishers, 2010. P. 8 ff.

⁶³ См. подробнее: *Pringheim F.* Bonum et aequum // Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1932. Bd. LII. S. 97; *Riccobono S.* Lineamenti della storia delle fonti del diritto romano. Milano: Giuffrè, 1949. P. 108–122; *Gallo F.* Sulla definizione celsina del diritto // Gallo F. *Opuscula selecta*. Padova: CEDAM, 1999. P. 586.

⁶⁴ См.: *Коптев А. В.* Кодификация Феодосия II и ее предпосылки // Древнее право. 1996. № 1. С. 253.

⁶⁵ *Прокурин С. Г.* Эволюция права в свете семиотики // Вопросы филологии. 2010. № 3. С. 108.

Едва ли можно согласиться с конечным выводом, что семиотическое ослабление признака в юридической сфере состояло в переходе от физического насилия к судебному принуждению. Механизмами судебного разрешения споров изначально располагает любой, даже самый неразвитый, правопорядок. Думается, что семиотические последствия ослабления признака следует искать в характере самой знаковой коммуникации, имеющей свои особенности на разных этапах правовой эволюции. Применительно к римскому частному праву это означало переход от совершения ритуальных действий на стадии легисакционного процесса к устному судоговорению, применявшемуся в формулярном процессе, а затем и к письменным формам, ставшим основным средством в рамках экстраординарного процесса. Таким образом, в римском гражданском судопроизводстве, в ходе его эволюции, имеет место семиотическое ослабление признака вещественности совершения процессуальных действий, трансформировавшихся из судебных поединков в устные судебные прения сторон, а затем в письменное судопроизводство.

Отмеченные изменения особенно глубоко повлияли на форму исков в римском праве, что представляется далеко не случайным, учитывая, что всякое субъективное право в представлении римских юристов имело процессуальную форму иска. Так, согласно широко известному определению Цельса: «Иск есть не что иное, как право лица требовать в судебном порядке то, что ему должны»⁶⁶. Соответственно, на стадии легисакционного процесса иск как процедурная форма субъективного права лица представлял собой единство вербальных и невербальных действий, предусмотренных ритуалом и закрепленных буквой закона (прежде всего, Законов XII таблиц). Отличие формулярного судопроизводства состояло в том, что в нем исковое заявление приобрело свободную от ритуализма форму. Обязанность истца состояла в том, чтобы устно или письменно довести до сведения ответчика исковое требование (*editio actionis*)⁶⁷, исходя из которого магистратом составлялось предписание судье рассмотреть дело, руководствуясь фактическими обстоятельствами и правовыми основаниями, изложенными в формуле.

Лишь в экстраординарном процессе исковое заявление приобретает современную форму письменного документа, содержащего в себе требование истца или заявителя (ср. п. 1 ст. 131 ГПК РФ, п. 1 ст. 125 АПК РФ, п. 1 ст. 125 КАС РФ)⁶⁸. Попутно заметим, что в современных условиях цифровизации правопорядка и перехода к электронным технологиям в правоприменительной и судебной деятельности трансформируется исковое заявление, приобретающее форму электронного документа⁶⁹. Виртуализация исковых заявлений представляет собой дальнейшее развитие тенденции к ослаблению семиотического признака вещественности процессуальных действий, наблюдавшейся уже в римском частном праве.

Эволюция форм исков в римском гражданском процессе отражает общие закономерности исторической динамики средств культурной коммуникации, подтверждая правильность выводов Н. Я. Марра о том, что в диахронной ретроспективе коммуникация в целом (и правовая коммуникация, в частности) представляет собой стадийную смену типов семиозиса, приводящую к ослаблению связей знаковых десигнатов с их предметными референтами. Так, на основе невербальной жестовой речи и в дополнение к ней возникает устная вербальная речь, которая в дальнейшем дополняется письменной речью. Переходы на каждую последующую стадию коммуникации имеют революционный характер, обуславливая системную перестройку всех сфер человеческого мышления и культуры, в том числе юридической сферы, частным случаем и моделью эволюции которой служит история процессуального права Древнего Рима.

6. Заключение

В настоящей статье мы не стремились дать подробный исторический обзор, рассмотрев в хронологической последовательности все те изменения, которые претерпел римский гражданский процесс. Наша задача состояла в том, чтобы сформулировать и эмпирически обосновать гипотезу, суть которой состоит в двух допущениях. Во-первых, гражданский процесс является важнейшей составляющей правопорядка Древнего Рима, отражающей особенности не только римского права, но и иных стадийно близких право-

⁶⁶ Cels. 3 dig., D. 44.7.51: Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

⁶⁷ Ульпиан (Ulp. 4 ad ed., D. 2.13.1 pr. — 1) следующим образом раскрывает суть *editio actionis*: «Кто хочет предъявить иск, тот должен предварительно заявить о нем ответчику; ибо справедливейшим представляется такой порядок, при котором намеревающийся предъявить иск обязан заявить о нем ответчику... Сообщить о предъявлении иска ответчику значит также дать возможность снять копию или изложить требование письменно и отдать его или зачитать. Лабейон говорит, что так же сообщает о предъявлении иска тот, кто занесет имя своего противника на доску [с распоряжениями претора] и изложит, о чем он намеревается предъявить иск, либо сообщит о том, чем он желает воспользоваться (Qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam aequissimum videtur eum qui acturus est edere actionem... Edere est etiam copiam describendi facere: vel libello compecti et dare: vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstrat quod dictaturus est vel id dicendo, quo uti velit)». Таким образом, для предъявления иска истцу было достаточно указать его предмет, в том числе в устном заявлении, на что указывают присутствующие в процитированном фрагменте лексические формы глагола dico. Подробнее о порядке заявления искового требования в формулярном процессе см.: Kaufmann H. Zur Geschichte des Aktionenrechtlichen Denkens // Juristen Zeitung. 1964. No. 15/16. Pp. 484–485.

⁶⁸ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532; 2019. № 49. Ч. 5. Ст. 6965; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012; 2019. № 49. Ч. 5. Ст. 6965; Кодекс административного судопроизводства // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391; 2019. № 52. Ч. 1. Ст. 7812.

⁶⁹ См.: Приказ Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 28.12.2016 № 252 «Об утверждении порядка подачи в арбитражные суды Российской Федерации документов в электронном виде, в том числе в форме электронного документа». В ред. от 20.02.2018 // Бюллетень актов по судебной системе. 2018. № 4.

порядков древности. Во-вторых, тенденции развития римского гражданского процесса проливают свет на основные общеисторические закономерности эволюции правовой коммуникации.

Правовую коммуникацию можно определить как передачу информации о возможном, должном и запрещенном поведении, конструирующей в сочетании с иными информационными процессами в обществе социальную реальность. Средствами кодирования информации, специфически присущими праву, являются речевые акты, имеющие семиотическую природу, план содержания которых образуют нормы права, а также субъективные права и обязанности. Имеются основания полагать, что эволюционная динамика правовой коммуникации, в диахронной ретроспективе определяющая эволюцию правопорядков, проявляется как на уровне внешнего знакового выражения, так и в содержательном плане.

Эволюция знаковой коммуникации, рассмотренная на материале римского гражданского процесса, включает в себя три этапа. Первый, древнейший, этап характеризуется преобладанием устной речи, неотделимой от невербальных (жестовых) средств коммуникации, реализуемых в предусмотренной ритуалом форме, несоблюдение которой делает нерелевантной передаваемую информацию. Это неразделимое единство слова и действия, определявшее все аспекты правопорядков, со всей очевидностью проявляло себя в легисакционном процессе, ритуальный характер которого исключал необходимость участия государства в судебной процедуре. Указанная тенденция в числе прочего обусловливается отсутствием устоявшейся и пользующейся официальным признанием документальной фиксации юридически значимой информации. Наконец, на третьем этапе, соответствующем экстраординарному процессу, релевантность правового общения стала определяться его письменным оформлением, что привело к вытеснению устной речи на периферию коммуникативного пространства.

Рассмотренные изменения в сфере правовой коммуникации служат важным показателем формирования нормативного компонента правопорядка. На ранних стадиях правовой эволюции неразвитость юридических норм была обусловлена синкретическим единством религиозных, моральных и собственно правовых императивов, получивших внешнее выражение и закрепление в ритуале. Поскольку ритуал целиком и полностью определял собой поведение индивидов во всех значимых сферах его деятельности, сводя к минимуму проявления автономии воли субъектов в поведенческих актах, отсутствовала потребность в собственно нормативном регулировании поведения, устанавливающем общезначимые пределы индивидуальной свободы. В этих условиях ритуал становится основным регулятором, в том числе правового поведения.

По мере роста свободы, связанного с развитием личностного самосознания и переходом от ассоциативно-образного к понятийному мышлению, ритуал утрачивает способность оказывать регулирующее воздействие на правовое поведение, благодаря чему основными регуляторами становятся субъективные права и обязанности участников конкретных жизненных ситуаций, чаще всего имеющие письменно нефиксированный характер. Одновременно на основе совокупности субъективных прав, образующих основу правопорядка, начинает складываться его нормативное измерение, устанавливающее общезначимую меру возможного и должного поведения обладателей субъективных прав и обязанностей.

Как было отмечено ранее, основными источниками нормотворчества в правопорядках древности (в том числе в правопорядке Древнего Рима) являлись деятельность юристов и неразрывно связанная с ней судебная практика, на развитие которых существенным образом повлияла выработка форм письменной фиксации права. Вместе с тем по мере развития юридической коммуникации нормы права получают закрепление и в официальных текстах, прежде всего, в законах и иных нормативно-правовых актах, со временем занимающих главенствующее положение в системе источников права. Рассмотренные на материале римского частного права тенденции так или иначе проявляют себя во всех правопорядках древности, что позволяет отнести их к числу всеобщих закономерностей правовой эволюции.

Литература

1. *Архипов, В. В., Поляков, А. В., Тимошина, Е. В.* Адаптация опыта систем прецедентного права к российской правовой системе // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 3 (302). С. 113–134.
2. *Барон, Ю.* Система римского гражданского права: в 6 кн. СПб. : Изд. Р. Асланова «Юридический Центр-Пресс», 2005. 1100 с.
3. *Белов, В. А.* Предметно-методологические проблемы цивилистической науки // Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт-Издат, 2007. С. 124–160.
4. *Бенвенист, Э.* Словарь индоевропейских социальных терминов. М. : Прогрес-Универс, 1995. 456 с.
5. *Ван Хук, М.* Право как коммуникация. СПб. : ИД СПбГУ, ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. 288 с.
6. *Власова, О. А.* Империй римского претора: к проблеме интерпретации // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. 2018. Т. 1. № 2. С. 5–12.

7. *Голуб, К. Ю.* Судебный прецедент в системах европейского и международного и европейского права // Известия Саратовского университета. Серия: Экономика. Управление. Право. 2007. Т. 7. № 1. С. 92–96.
8. *Дементьева, В. В.* Магистратская власть Римской республики: содержание понятия imperium // Вестник древней истории. 2005. № 6. С. 46–75.
9. *Дернбург, Г.* Пандекты. Т. I. Ч. 2. Вещное право. СПб. : Университетск. тип., 1905. 363 с.
10. *Дождев, Д. В.* Ars boni et aequi в определении Цельса: право между искусством и наукой // Труды ИГ-ПРАН. 2016. № 4. С. 61–73.
11. *Дождев, Д. В.* Римское частное право. Изд. 3-е, испр. и доп. М. : Норма, ИНФРА-М, 2013. 784 с.
12. *Ершова, Г. Г.* Антропосистема: коммуникативные модели и регулируемая интеграция // Исторический журнал: научные исследования. 2012. № 4. С. 11–25.
13. *Ершова, Г. Г.* Майя: тайны древнего письма. М. : Алетейя, 2004. 296 с.
14. *Жданов, В. В.* Эволюция категории Маат в древнеегипетской мысли. М. : Современные тетради, 2006. 136 с.
15. *Йеринг, Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1. СПб. : Тип. В. Безобразова и Ко, 1876. 321 с.
16. *Кипп, Т.* История источников римского права. СПб. : Изд. Н. К. Мартынова, 1908. 152 с.
17. *Кнорозов, Ю. В.* К вопросу о классификации сигнализации // Основные проблемы африканистики. М. : Наука, 1973. С. 324–334.
18. *Кнорозов, Ю. В.* Письменность индейцев майя. М. ; Л. : Изд-во АН СССР, 1963. 664 с.
19. *Ковкель, Н. Ф.* Обзор Международной философско-правовой школы в Республике Беларусь // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 6. С. 197–218. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-6-kovkel.
20. *Коптев, А. В.* Кодификация Феодосия II и ее предпосылки // Древнее право. 1996. № 1. С. 247–261.
21. *Кофанов, Л. Л.* Роль responsa римских юристов в disputatio forensis в римской гражданской общине V–I вв. до н. э. // Вестник древней истории. 2014. № 4 (291). С. 87–110.
22. *Липшиц, Е. Э.* Право и суд в Византии IV–VIII вв. Л. : Наука, 1976. 230 с.
23. *Логинов, А. В.* Судебная сцена на «щите Ахилла» в «Илиаде» и процесс legis actio sacramento // Судебная реформа в России: прошлое, настоящее, будущее: Сборник докладов VII Международной научно-практической конференции. М. : Изд-во МГЮА им. О. А. Кутафина, 2015. С. 144–147.
24. *Логинов, А. В., Трофимов А. А., Линько А. В.* Возмездие у праиндоевропейцев, микенских и гомеровских греков. М. : Academia, 2017. 390 с.
25. *Логинов, А. В., Шелестин В. Ю.* Суд и наказание в Микенской Греции и Хеттском царстве. М. : Academia, 2019. 288 с.
26. *Лурье, И. М.* Очерки древнеегипетского права XVI–X вв. до н. э. Л. : Изд. Гос. Эрмитажа, 1960. 354 с.
27. *Мальцев, Г. В.* Мечь и возмездие в Древнем мире. М. : Норма — ИНФРА-М, 2012. 736 с.
28. *Марр, Н. Я.* Иштарь (от богини матриархальной Афроевразии до героини любви феодальной Европы) // Яфетический сборник. Вып. 5. Л. : Изд-во АН СССР, 1927. С. 109–178.
29. *Марр, Н. Я.* Язык // Марр Н. Я. Избранные работы. Т. II. Основные вопросы языкознания. М. ; Л. : Соцэкгиз, 1936. С. 128–135.
30. *Муромцев, С. А.* О консерватизме римской юриспруденции // Муромцев С. А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М. : Статут, 2002. С. 59–212.
31. *Осветимская, И. И.* Игра как метод повышения эффективности юридического мышления // Российский журнал правовых исследований. 2019. Т. 6. № 3. С. 87–97.
32. *Поляков, А. В.* Нормативность правовой коммуникации // Поляков А. В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб. : ИД «Алеф-Пресс», 2014. С. 139–155.
33. *Проскурин, С. Г.* Эволюция права в свете семиотики // Вопросы филологии. 2010. № 3. С. 106–111.
34. *Савельев, В. А.* Справедливость (aequitas) и добросовестность (bona fides) в римском праве классического периода // Государство и право. 2014. № 3. С. 63–72.
35. *Серль, Дж. Р.* Классификация иллокутивных актов // Новое в зарубежной лингвистике. Вып. 17. Теория речевых актов. М. : Наука, 1986. С. 170–194.
36. *Синюков, В. Н.* Цифровое право и проблемы этапной трансформации российской правовой системы // Lex Russica. 2019. № 9 (154). С. 9–18.
37. *Суриков, И. Е.* Проблемы раннего афинского законодательства. М. : Языки славянской культуры, 2004. 144 с.
38. *Фасмер, М.* Этимологический словарь русского языка. В 4 т. Т. II. М. : Прогресс, 1986. 671 с.
39. *Хвостов, В. М.* История римского права. Изд. 3-е, испр. и доп. М. : Тип. т-ва Сытина, 1907. 463 с.
40. *Хэйзинга, Й.* Homo Ludens. Статьи по истории культуры. М. : Прогресс-Традиция, 1997. 416 с.
41. *Хофельд, У. Н.* Дополнительное замечание относительно конфликта общего права и права справедливости // Основные юридические понятия Уэсли Н. Хофельда. СПб. : Алеф-Пресс, 2016. С. 160–165.

42. *Ando, C.* Substantive Justice in Provincial and Roman Legal Argument // The Impact of Justice on the Roman Empire. Proceedings of the Thirteenth Workshop of the International Network Impact of Empire (Gent, June 21–24, 2017). Leiden : Brill, 2017. Pp. 138–156.
43. *Barton, R. E.* The Kalingas: Their Institution and Custom Law. Chicago : University of Chicago Press, 1949. 275 p.
44. *Baty, Th.* The Difference between Arbitrator in the Roman Sense and Modern Arbitrators // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1917. Vol. 65. № 8. Pp. 732–736.
45. *Betancourt, F.* Derecho romano clásico. 3a ed., rev. y aument. Sevilla : Universidad de Sevilla, 2007. 672 p.
46. *Boas, F.* Some Problems of Methodology in the Social Sciences // Boas F. Race, Language and Culture. New York : The MacMillan Company, 1940. Pp. 260–269.
47. *Bonner, R. J.* Administration of Justice in the Age of Homer // Classical Philology. 1911. Vol. 6. Pp. 12–36.
48. *Bonner, R. J., Smith G.* The Administration of Justice from Homer to Aristotle. Vol. 2. Chicago : University of Chicago Press, 1938. 320 p.
49. *Bunse, R.* Die klassische Prätur und die Kollegialität (par potestas) // Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte. R. A. 2002. Bd. 119. Pp. 29–43.
50. *Cantarella, E.* Violence privée et le process // La violence dans les mondes grec et romain / Ed. J.-M. Bertrand. Paris : Année d'édition, 2005. Pp. 339–347.
51. *Cargill, J.* Athenian Settlements of the Fourth Century B. C. Leiden : Brill, 1995. 487 p.
52. *Chehata, Ch.* Le testament dans l'Égypte pharaonique // Revue historique de droit française et étranger. 1954. Vol. 31. Pp. 1–21.
53. *Edwards, M. W.* The Iliad: a commentary / Ed. G. S. Kirk. Vol. V: Books 1–20. Cambridge : Cambridge University Press, 1991. 374 p.
54. *Gallo, F.* Sulla definizione celsina del diritto // Gallo F. Opuscula selecta. Padova : CEDAM, 1999. Pp. 551–604.
55. *Gardiner, A. H.* Egyptian Grammar. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 1957. 682 p.
56. *Gardner, R. A., Gardner B. T.* Teaching Sign Language to a Chimpanzee // Science. New Series. 1969. Vol. 165. № 3894. Pp. 664–672.
57. *Grevesmühl, G.* Die Gläubigerangfechtung nach klassischen Römischen Recht. Göttingen : Wallstein Verlag, 2003. 208 p.
58. *Grosso, G.* Lezioni di storia di diritto romano. 3 ed. Torino : Giappichelli, 1955. 548 p.
59. *Hoffner, H. A.* The Laws of the Hittites. Waltham : Brandeis University Press, 1963. 362 p.
60. *Jolowicz, H. F., Nicholas B.* A Historical Introduction to the Study of Roman Law. 3rd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 1972. 528 p.
61. *Kaser, M.* Das Römische Zivilprozessrecht. München : C. H. Beckische Verlagbuchhandlung, 1966. 570 p.
62. *Kaser, M.* Das Urteil als Rechtsquelle im Römischen Recht // Festschrift für Fritz Schwing / hrsg. von R. Strasser. Wien : Metzger, 1978. Pp. 116–130.
63. *Kaufmann, H.* Zur Geschichte des Aktionenrechtlichen Denkens // Juristen Zeitung. 1964. № 15/16. Pp. 482–489.
64. *Kocourec, A.* The Formula Procedure of Law // Virginia Law Review. 1922. Vol. 8. № 6. Pp. 337–355.
65. *Krawietz, W.* Juridische Kommunikation im modernen Rechtssystem in rechtstheoretischer Perspektive // Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert / hrsg. W. Brugger, U. Neumann, S. Kirste. Fr. a. / M. : Suhrkamp, 1998. Pp. 181–206.
66. *Labruna, L.* Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia. Napoli : Jovene, 1972. 319 p.
67. *Leesen, T. M.* Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies. Leiden ; Boston : M. Nijoff Publishers, 2010. 357 p.
68. *Lenel, O.* Das Edictum perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung. 3. Aufl. Leipzig : B. Tauschnitz Verlag, 1927. 574 p.
69. *Martino, F. de.* Storia della Costituzione Romana. Vol. I. Napoli : E. Jovene, 1958. 510 p.
70. *Metzger, F.* Roman Judges, Case Law and Principles of Procedure // Law and History Review. 2004. Vol. 22. № 2. Pp. 243–275.
71. *Moreno, A.* The Attic Neighbour. The Cleruchy in the Athenian Empire // Interpreting the Athenian Empire / Ed. by J. Ma. London : Duckworth, 2009. Pp. 211–221.
72. *Nagy, G.* Homeric Responses. Austin : University of Texas Press, 2003. 100 p.
73. *Price, J. M.* The Oath in Court Procedure in Early Babylonia and the Old Testament // Journal of American Oriental Society. 1929. Vol. 49. Pp. 22–39.
74. *Pringheim, F.* Bonum et aequum // Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1932. Bd. LII. Pp. 78–155.
75. *Riccobono, S.* Lineamenti della storia delle fonti del diritto romano. Milano : Giuffrè, 1949. 247 p.
76. *Rudorff, A. F.* Edicti perpetui quae regulae sunt. Lipsiae : Hirzelium, 1869. 292 p.

77. *Sanctis, G. de.* Storia dei Romani. Vol. II. La Conquista del primato in Italia. Firenze : Fb & c Ltd., 2017. 602 p.
78. *Santucci, G.* Die rei vindicatio im klassischen Römischen Recht: ein Überblick // *Fundamina*. 2014. Vol. 20. № 2. Pp. 833–846.
79. Schiller, A. A. Roman Law: Mechanisms of Development. The Hague ; Paris ; New York : Mouton Publisher, 1978. 606 p.
80. *Schulz, F.* History of Roman Legal Science. Oxford : Clarendon Press, 1953. 358 p.
81. *Seidl, E.* Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des neuen Reiches. Glückstadt : J. J. Augustin, 1951. 69 p.
82. *Spiegelberg, W.* Studien und Materialien zum Rechtswesen des Pharaonenreiches der Dynastien XVIII–XXI (c. 1500–1000 v. Chr). Hannover : Comissions — Werlag der Hahnischen Bucchandlung, 1892. 142 p.
83. *Stewart, R.* Public Office in Early Rome. Ritual Procedure and Political Practice. Ann Arbor : University of Michigan Press, 1998. 255 p.
84. *Streitberg, W.* Gotisch frauinond, frauja // Indogermanische Forschungen. Zeitschrift für Indogermanische Sprach- und Altertumskunde / hrsg. von K. Brugmann, W. Streitberg. Strassburg : Karl J. Trübner Verlag, 1892. Bd. 23. Pp. 117–120.

References

1. *Ando, C.* Substantive Justice in Provincial and Roman Legal Argument // The Impact of Justice on the Roman Empire. Proceedings of the Thirteenth Workshop of the International Network Impact of Empire (Gent, June 21–24, 2017). Leiden : Brill, 2017. Pp. 138–156.
2. *Arkhipov, V. V., Polyakov A. V., Timoshina E. V.* Adaptation of Precedent Legal Systems Experience to The Russian Legal System: a Problem Statement [Adaptatsiya opyta sistem pretsedentnogo prava k rossiiskoi pravovoi sisteme] // News of Higher Educational Institutions. Jurisprudence [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie]. 2012. No. 3 (302). Pp. 113–134. (in rus)
3. *Baron, Y.* The System of Roman Civil Law: In 6 vols. [Sistema rimskogo grazhdanskogo prava: V 6 kn.] SPb. : Ed. R. Aslanov "Legal Center-Press" [Izd. R. Aslanova «Yuridicheskii Tsentri-Press»], 2005. 1100 p. (in rus)
4. *Barton, R. E.* The Kalingas: Their Institution and Custom Law. Chicago : University of Chicago Press, 1949. 275 p.
5. *Baty, Th.* The Difference between Arbiter in the Roman Sense and Modern Arbitrators // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1917. Vol. 65. № 8. Pp. 732–736.
6. *Belov, V. A.* Subject-Methodological Problems of Civil Science [Predmetno-metodologicheskie problemy tsivilisticheskoi nauki] // Civil law: Actual Problems of Theory and Practice [Grazhdanskoe pravo: aktual'nye problemy teorii i praktiki] / under total. ed. V. A. Belova. M. : Yurayt-Izdat [Yurait-Izdat], 2007. Pp. 124–160. (in rus)
7. *Benveniste, E.* Dictionary of Indo-European social terms [Slovar' indoevropeskikh sotsial'nykh terminov]. M. : Progress-Univers [Progres-Univers], 1995. 456 p. (transl. from French)
8. *Betancourt, F.* Derecho romano clásico. 3a ed., rev. y ament. Sevilla : Universidad de Sevilla, 2007. 672 p.
9. *Boas, F.* Some Problems of Methodology in the Social Sciences // Boas F. Race, Language and Culture. New York : The MacMillan Company, 1940. Pp. 260–269.
10. *Bonner, R. J.* Administration of Justice in the Age of Homer // *Classical Philology*. 1911. Vol. 6. Pp. 12–36.
11. *Bonner, R. J., Smith G.* The Administration of Justice from Homer to Aristotle. Vol. 2. Chicago : University of Chicago Press, 1938. 320 p.
12. *Bunse, R.* Die klassische Prätur und die Kollegialität (par potestas) // *Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte*. R. A. 2002. Bd. 119. Pp. 29–43.
13. *Cantarella, E.* Violence privée et le process // La violence dans les mondes grec et romain / Ed. J.-M. Bertrand. Paris : Année d'edition, 2005. Pp. 339–347.
14. *Cargill, J.* Athenian settlements of the fourth century B.C. Leiden : Brill, 1995. 487 p.
15. *Chehata, Ch.* Le testament dans l'Egypte pharaonique // *Revue historique de droit française et étranger*. 1954. Vol. 31. Pp. 1–21.
16. *Dement'eva, Vera V.* Magisterial Power in the Roman Republic: the Meaning of imperium [Magistratskaya vlast' Rimskoi respubliki: sodержanie ponyatiya imperium] // *Journal of Ancient History [Vestnik drevnei istorii]*. 2005. № 4 (254). Pp. 46–75. (in rus)
17. *Dernburg, G.* Pandekty. T. I. Part 2. Property Law [Pandekty. T. I. Ch. 2. Veshchnoe pravo]. SPb. : University. pub. [Universitetsk. tip.], 1905. 363 p. (transl. from German)
18. *Dozhdev, D. V.* Ars boni et aequi in the definition of Celsus: the Right between Art and Science [Ars boni et aequi v opredelenii Tsel'sa: pravo mezhdou iskusstvom i naukoj] // Proceedings of IGPRAN [Trudy IGPRAN]. 2016. No. 4. Pp. 61–73. (in rus)

19. *Dozhdev, D. V.* Roman Private Law. Ed. 3rd, rev. and add. [Rimskoe chastnoe pravo. Izd. 3-e, ispr. i dop.] Moscow : Norma, INFRA-M, 2013. 784 p. (in rus.)
20. *Edwards, M. W.* The Iliad: a commentary / Ed. G. S. Kirk. Vol. V: Books 17–20. Cambridge : Cambridge University Press, 1991. 374 p.
21. *Ershova, G. G.* Anthroposystem: Communicative Models and Regulated Integration [Antroposistema: kommunikativnye modeli i reguliruemaya integratsiya] // Historical Journal: Scientific Research [Istoricheskii zhurnal: nauchnye issledovaniya]. 2012. No. 4. Pp. 11–25. (in rus)
22. *Ershova, G. G.* Maya: Secrets of Ancient Writing [Maiya: tainy drevnogo pis'ma]. M. : Aleteya [Aleteiya], 2004. 296 p. (in rus.)
23. *Fasmer, M.* Etymological Dictionary of the Russian Language. In 4 Volumes. Vol. II [Ehtimologicheskii slovar' russkogo yazyka. V 4 t. T. II]. M. : Progress, 1986. 671 p. (transl. from German)
24. *Gallo, F.* Sulla definizione celsina del diritto // Gallo F. Opuscula selecta. Padova : CEDAM, 1999. Pp. 551–604.
25. *Gardiner, A. H.* Egyptian Grammar. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 1957. 682 p.
26. *Gardner, R. A., Gardner B. T.* Teaching Sign Language to a Chimpanzee // Science. New Series. 1969. Vol. 165. № 3894. Pp. 664–672.
27. *Grevesmühl, G.* Die Gläubigerangfechtung nach klassischen Römischen Recht. Göttingen : Wallstein Verlag, 2003. 208 p.
28. *Golub, K. Y.* Judicial Precedent in the Systems of International and European Law [Sudebnyi pretsedent v sistemakh evropeiskogo i mezhdunarodnogo i evropeiskogo prava] // Izvestiya of Saratov University. Series: Economics. Management. Law. [Izvestiya Saratovskogo universiteta. Seriya: Ehkonomika. Upravlenie. Pravo.] 2007. T. 7. No. 1. Pp. 92–96. (in rus)
29. *Grosso, G.* Lezioni di storia di diritto romano. 3 ed. Torino : Giappichelli, 1955. 548 p.
30. *Hoffner, H. A.* The Laws of the Hittites. Waltham : Brandeis University Press, 1963. 362 p.
31. *Hohfeld, W. N.* An Additional Note on the Conflict between Common Law and the Law of Justice [Dopolnitel'noe zamechanie otnositel'no konflikta obshchego prava i prava spravedlivosti] // Basic Legal Concepts of Wesley N. Hohfeld [Osnovnye yuridicheskie ponyatiya Uehsli N. Khofel'da]. SPb. : Alef-Press, 2016. Pp. 160–165.
32. *Huizinga, J.* Homo Ludens. Articles on the History of Culture [Homo Ludens. Stat'i po istorii kul'tury]. M. : Progress-Tradition [Progress-Traditsiya], 1997. 416 p. (transl. from Dutch)
33. *Jhering, R.* Spirit of Roman Law at Various Stages of Its Development. Part 1 [Dukh rimskogo prava na razlichnykh stupenyakh ego razvitiya. Ch. 1]. SPb. : Pub. V. Bezobrazova and Co. [Tip. V. Bezobrazova i Ko], 1876. 321 p. (in rus)
34. *Jolowicz, H. F., Nicholas B.* A Historical Introduction to the Study of Roman Law. 3rd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 1972. 528 p.
35. *Kaser, M.* Das Römische Zivilprozessrecht. München : C. H. Beckische Verlagbuchhandlung, 1966. 570 p.
36. *Kaser, M.* Das Urteil als Rechtsquelle im Römischen Recht // Festschrift für Fritz Schwing / hrsg. von R. Strasser. Wien : Metzger, 1978. Pp. 116–130.
37. *Kaufmann, H.* Zur Geschichte des Aktionenrechtlichen Denkens // Juristen Zeitung. 1964. № 15/16. Pp. 482–489.
38. *Khvostov, V. M.* History of Roman Law [Istoriya rimskogo prava]. Ed. 3rd, rev. and add. M. : Type. t-va Sytina [Tip. t-va Sytina], 1907. 463 p. (in rus)
39. *Kipp, T.* History of Sources of Roman Law [Istoriya istochnikov rimskogo prava]. SPb. : Ed. N. K. Martynova, 1908. 152 p. (in rus)
40. *Knorozov, Yu. V.* On the Classification of Signaling [K voprosu o klassifikatsii signalizatsii] // Basic Problems of African Studies [Osnovnye problemy afrikanistiki]. Moscow : Nauka, 1973. Pp. 324–334. (in rus)
41. *Knorozov, Yu. V.* Writing of the Maya Indians [Pis'mennost' indeitsev maiya]. M. ; L. : Publishing house of the Academy of Sciences of the USSR [Izd-vo AN SSSR], 1963. 664 p. (in rus)
42. *Kocourec, A.* The Formula Procedure of Law // Virginia Law Review. 1922. Vol. 8. № 6. Pp. 337–355.
43. *Kovkel, N. F.* Review of the First International Legal Philosophy School (Belarus Republic, Minsk, 16–20 August 2019) // Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS [Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN], 2019. No. 14 (6), Pp. 197–218. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-6-kovkel (in rus)
44. *Koptev, A. V.* Codification of Theodosius II and Its Preconditions [Kodifikatsiya Feodosiya II i ee predposylki] // Ancient Law [Drevnee pravo]. 1996. No. 1. Pp. 247–261. (in rus)
45. *Kofanov, L. L.* The Role of the Responsa of the Roman Jurists in Disputatio Forensis in the Roman Civil Community of the 5th–1st Centuries B. C. [Rol' responsa rimskikh yuristov v disputatio forensis v rimskoi grazhdanskoi obshchine V–I vv. do n. eh.] // Journal of Ancient History [Vestnik drevnei istorii]. 2014. No. 4 (291). Pp. 87–110. (in rus)
46. *Krawietz, W.* Juridische Kommunikation im modernen Rechtssystem in rechtstheoretischer Perspektive // Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert / hrsg W. Brügger, U. Neumann, S. Kirste. Fr. a. / M. : Suhrkamp, 1998. Pp. 181–206.

47. *Labruna, L.* Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia. Napoli : Jovene, 1972. 319 p.
48. *Leesen, T. M.* Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies. Leiden ; Boston : M. Nijoff Publishers, 2010. 357 p.
49. *Lenel, O.* Das Edictum perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung. 3. Aufl. Leipzig : B. Tauschnitz Verlag, 1927. 574 p.
50. *Lipshits, E. E.* Law and Court in Byzantium IV–VIII centuries [Pravo i sud v Vizantii IV–VIII vv.]. L. : Science [Nauka], 1976. 230 p. (in rus)
51. *Loginov, A. V.* Judicial Scene on the “Shield of Achilles” in the Iliad and the legislative actio sacramento process [Sudebnaya stsena na «shchite Akhilla» v «Iliade» i protsess legis actio sacramento] // Judicial reform in Russia: past, present, future: Collection of reports of the VII International Scientific and Practical Conference [Sudebnaya reforma v Rossii: proshloe, nastoyashchee, budushchee: Sbornik dokladov VII Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii]. M. : Publishing house of Moscow State Law Academy named after O. A. Kutafin [Izd-vo MGYUA im. O. A. Kutafina], 2015. Pp. 144–147. (in rus) **52. Loginov, A. V., Trofimov A. A., Linko A. V.** Retribution from the Proto-Indo-Europeans, Mycenaean and Homeric Greeks [Vozmezdie u praindoevropeitsev, mikenskikh i gomerovskikh grekov]. M. : Academia, 2017. 390 p. (in rus)
53. *Loginov, A. V., Shelestin V. Yu.* Court and Punishment in Mycenaean Greece and the Hittite Kingdom [Sud i nakazanie v Mikenskoj Gretsii i Khettskom tsarstve]. Moscow : Academia, 2019. 288 p. (in rus)
54. *Lurie, I. M.* Essays on Ancient Egyptian Law of the 16th–10th Centuries B. C. [Ocherki drevneegipetskogo prava XVI–X vv. do n. eh.]. L. : Ed. State Hermitage Museum [Izd. Gos. Ehrmitazha], 1960. 354 p. (in rus)
55. *Maltsev, G. V.* Revenge and Retribution in the Ancient World [Mest' i vozmezdie v Drevnem mire]. Moscow : Norma — INFRA-M, 2012. 736 p. (in rus)
56. *Martino, F. de.* Storia della Costituzione Romana. Vol. I. Napoli : E. Jovene, 1958. 510 p.
57. *Marr, N. Ya.* Ishtar (From the Goddess of Matriarchal Afro-Eurasia to the Heroine of Love in Feudal Europe) [Ishtar' (ot bogini matriarkhal'noi Afroevrazii do geroini lyubvi feodal'noi Evropy)] // Japhetic Collection [Yafeticheskii sbornik]. Issue 5. L. : Publishing House of the Academy of Sciences of the USSR [Izd-vo AN SSSR], 1927. Pp. 109–178. (in rus)
58. *Marr, N. Ya.* Language [Yazyk] // Marr N. Ya. Selected works. T. II. Basic questions of linguistics [Izbrannye raboty. T. II. Osnovnye voprosy yazykoznanija]. M. ; L. : Sotsehgiz, 1936. Pp. 128–135. (in rus)
59. *Metzger, F.* Roman Judges, Case Law and Principles of Procedure // Law and History Review. 2004. Vol. 22. № 2. Pp. 243–275.
60. *Moreno, A.* The Attic Neighbour. The Cleruchy in the Athenian Empire // Interpreting the Athenian Empire / Ed. by J. Ma. London : Duckworth, 2009. Pp. 211–221.
61. *Muromtsev, S. A.* On the Conservatism of Roman Jurisprudence [O konservatizme rimskoi yurisprudentsii] // Muromtsev S. A. Selected Works on Roman and Civil Law [Izbrannye trudy po rimskomu i grazhdanskomu pravu]. M. : Statut, 2002. Pp. 59–212. (in rus)
62. *Nagy, G.* Homeric Responses. Austin : University of Texas Press, 2003. 100 p.
63. *Osvetimskaya, I. I.* Game as a Method for Increasing the Efficiency of Legal Thinking [Igra kak metod povysheniya ehffektivnosti yuridicheskogo myshleniya] // Russian Journal of Legal Studies [Rossiiskii zhurnal pravovykh issledovaniy]. 2019. Vol. 6. No. 3. Pp. 87–97. (in rus)
64. *Polyakov, A. V.* Normativeness of Legal Communication [Normativnost' pravovoi kommunikatsii] // Polyakov A. V. Communicative Legal Understanding: Selected Works [Kommunikativnoe pravoponimanie: Izbrannye trudy]. SPb. : Publishing House “Alef-Press” [ID «Alef-Press»], 2014. Pp. 139–155. (in rus)
65. *Price, J. M.* The Oath in Court Procedure in Early Babylonia and the Old Testament // Journal of American Oriental Society. 1929. Vol. 49. Pp. 22–39.
66. *Pringheim, F.* Bonum et aequum // Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1932. Bd. LII. S. 78–155.
67. *Proskurin, S. G.* Evolution of Law in the Light of Semiotics [Ehvolutsiya prava v svete semiotiki] // Questions of Philology [Voprosy filologii]. 2010. No. 3. Pp. 106–111. (in rus)
68. *Riccobono, S.* Lineamenti della storia delle fonti del diritto romano. Milano : Giuffrè, 1949. 247 p.
69. *Rudorff, A. F.* Edicti perpetui quae regula sunt. Lipsiae : Hirzelium, 1869. 292 p.
70. *Sanctis, G. de.* Storia dei Romani. Vol. II. La Conquista del primato in Italia. Firenze : Fb & c Ltd., 2017. 602 p.
71. *Santucci, G.* Die rei vindicatio im klassischen Römischen Recht: ein Überblick // Fundamina. 2014. Vol. 20. No. 2. Pp. 833–846.
72. *Saveliev, V. A.* Justice (Aequitas) and Good Faith (Bona Fides) in Roman Law of the Classical Period [Spravedlivost' (aequitas) i dobrosovestnost' (bona fides) v rimskom prave klassicheskogo perioda] // State and Law [Gosudarstvo i pravo]. 2014. No. 3. Pp. 63–72. (in rus)
73. *Schiller, A. A.* Roman Law: Mechanisms of Development. The Hague ; Paris ; New York : Mouton Publisher, 1978. 606 p.

74. *Schulz, F.* History of Roman Legal Science. Oxford : Clarendon Press, 1953. 358 p.
75. *Searle, J. R.* Classification of Illocutionary Acts [Klassifikatsiya illokutivnykh aktov] // New in Foreign Linguistics. Issue 17. The Theory of Speech acts [Novoe v zarubezhnoi lingvistike. Vyp. 17. Teoriya rechevykh aktov]. Moscow : Nauka, 1986. Pp. 170–194. (in rus)
76. *Seidl, E.* Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des neuen Reiches. Glückstadt : J. J. Augustin, 1951. 69 p.
77. *Sinyukov, V. N.* Digital Law and Problems of Gradual Transformation of the Russian Legal System // Lex Russica. 2019. No. 9 (154). Pp. 9–18. (in rus)
78. *Spiegelberg, W.* Studien und Materialien zum Rechtswesen des Pharaonenreiches der Dynastien XVIII–XXI (c. 1500–1000 v. Chr). Hannover : Comissions — Werlag der Hahnischen Bucchandlung, 1892. 142 p.
79. *Stewart, R.* Public Office in Early Rome. Ritual Procedure and Political Practice. Ann Arbor : University of Michigan Press, 1998. 255 p.
80. *Streitberg, W.* Gotisch frauinond, frauja // Indogermanische Forschungen. Zeitschrift für Indogermanische Sprach- und Altertumskunde / hrsg. von K. Brugmann, W. Streitberg. Strassburg : Karl J. Trübner Verlag, 1892. Bd. 23. Pp. 117–120.
81. *Surikov, I. E.* Problems of Early Athenian Legislation [Problemy rannego afinskogo zakonodatel'stva]. M. : Languages of Slavic Culture [Yazyki slavyanskoi kul'tury], 2004. 144 p. (in rus)
82. *Van Hook, M. W.* Law as Communication [Pravo kak kommunikatsiya]. SPb. : Publishing House of St. Petersburg State University, LLC "University Publishing Consortium" [ID SPBGU, OOO «Universitetskii izdatel'skii konsortsium»], 2012. 288 p. (transl. from English)
83. *Vlasova, O. A.* The Imperium of the Roman Praetor: The Question of Interpretation [Imperii rimskogo pretora: k probleme interpretatsii] // Bulletin of the Volga University. V. N. Tatishcheva [Vestnik Volzhskogo universiteta im. V. N. Tatishcheva]. 2018. Vol. 1.No. 2. Pp. 5–12. (in rus)
84. *Zhdanov, V. V.* Evolution of the Maat Category in Ancient Egyptian Thought. [Ehvol'yutsiya kategorii Maat v drevneegipetskoi mysli]. Moscow : Modern notebooks [Sovremennye tetradi], 2006. 136 p. (in rus)

История развития антимонопольного законодательства в Японии

Шалаевская В. Н.

студент юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация; miss.veronika171717@yandex.ru

АННОТАЦИЯ

В данной статье рассмотрен процесс развития антимонопольного законодательства в Японии. Изучены характерные черты японского антимонопольного регулирования в исторической перспективе. Проанализирована эффективность положений законодательства и его проблемные вопросы. На основе проведенного исследования автор предлагает меры, направленные на решение одной из проблем реализации антимонопольного права Японии на данном этапе развития, которая заключается в его противоречии с разъяснениями в рамках административного руководства.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство Японии, право Японии, монополия, история права

History of Antitrust Law in Japan

Veronica N. Shalaevskaya

Student of Law Faculty, St. Petersburg State University, Saint Petersburg, Russian Federation; miss.veronika171717@yandex.ru

ABSTRACT

This article describes the process of development of Antitrust Law in Japan. The characteristic features of Japanese antitrust regulation in the historical perspective are presented. The effectiveness of the legislation and its problematic issues are analyzed. On the basis of the study, the author propose measures aimed at solving one of the problems of modern antitrust law in Japan, which is contrary to the administrative guidance.

Keywords: Japanese antitrust law, Japanese law, monopoly, history of law.

Введение

В каждом современном демократическом государстве одной из главных ценностей провозглашается действие рыночной экономики. В рамках такой экономической системы субъекты имеют право свободно заниматься предпринимательской деятельностью, независимо действуют различные рыночные механизмы. Однако практика показывает, что рыночная экономика не может функционировать так, чтобы не ущемлять права той или иной стороны. Препятствием для реализации права на свободную конкуренцию как одного из главных факторов развития экономики является процесс монополизации. Для регулирования этого явления необходимо вмешательство государства.

Особый интерес при рассмотрении данной проблемы вызывает антимонопольное законодательство Японии. Японское общество, которое всегда считало государственное вмешательство в экономику и поддержание монополистических форм предприятий наиболее эффективным методом регулирования экономических отношений, в силу исторических причин в середине XX в. было вынуждено принять демократичное антимонопольное законодательство. Сегодня Япония продолжает изменять и дополнять свое антимонопольное законодательство.

Так, целью данной статьи является исторический сравнительный обзор антимонопольного законодательства в Японии.

Монополия и конкуренция

Прежде чем начать рассмотрение истории становления антимонопольного права Японии, необходимо в первую очередь обратиться к самим понятиям «монополия» и «конкуренция».

Понятие «монополия» не имеет однозначного определения, многие специалисты дают ему различные интерпретации. Например, К. А. Писенко рассматривает монополию с точки зрения двух подходов — экономического и правового¹. Правовое содержание понятия монополии определяется перечислением основных признаков в законодательстве. В экономическом смысле монополия рассматривается как состояние на рынке, при котором действует только один производитель или продавец определенного вида товаров, не имеющих субститутов, а покупатели не обладают возможностью выбора и вынуждены приобретать лишь продукцию монополиста.

Другие исследователи данного явления рассматривают монополию с иных позиций — микроэкономической и макроэкономической². При микроэкономической интерпретации главные признаки монополии — способность диктовать свои цены на рынке и возможность монополии устанавливать ограничения для выхода других предприятий, производящих сходную или аналогичную продукцию на рынок.

Важно отметить, что монополия в ее микроэкономическом понимании достаточно редко встречается в реальной жизни и является абстрактным понятием³. Наиболее актуальным можно считать представление о монополии в макроэкономическом смысле. В данном случае монополия рассматривается как состояние на рынке, при котором субъект экономической деятельности имеет возможность воздействовать и реально влияет на существенные рыночные параметры⁴.

Неоднозначная ситуация возникает и при попытке дать определение понятия «конкуренция». По аналогии с рассмотрением «монополии» термин «конкуренция» может быть рассмотрен с экономической и правовой точек зрения⁵. В экономике конкуренцию понимают как ситуацию на рынке, при которой неограниченное количество производителей или продавцов без каких-либо ограничений осуществляют свою экономическую деятельность.

В нормативно-правовых актах, связанных с регулированием конкуренции, во многих зарубежных государствах не дается конкретного определения используемых понятий, однако, например, японский законодатель дает точную формулировку понятия «конкуренция». Так, ст. 2 действующего в настоящее время в Японии Закона «О запрете частных монополий и обеспечении справедливой торговли» определяет конкуренцию как состояние, при котором два и более экономических субъекта в рамках своей обычной сферы хозяйственной деятельности и без внесения каких-либо значительных изменений в условия или виды такой деятельности осуществляют или имеют возможность осуществлять: продажу идентичных или сходных благ одному и тому же покупателю; покупку идентичных или сходных благ у одного и того же продавца⁶.

Как и монополия, конкуренция редко встречается на рынке в чистом виде (совершенная конкуренция). Гораздо чаще в современном мире можно встретить олигополию и монополистическую конкуренцию. Например, олигополия представляет собой рыночную структуру, при которой ограниченное, небольшое число продавцов, производителей обслуживает большое количество потребителей.

В обыденном сознании монополия предстает всегда как категорически негативное явление. На самом деле, монополизация может иметь как отрицательные, так и положительные стороны. Одним из плюсов монополии является значительное снижение издержек при увеличении объемов производства, так называемый «эффект масштаба». Также при существовании крупных монополий появляется возможность прогнозирования рынка, монополии более устойчивы в случаях банкротства. Стабильное положение предприятия-монополиста вызывает доверие у потребителей, а государству становится гораздо проще контролировать одно предприятие, чем большое количество мелких. Помимо этого, существуют некоторые отрасли, которые действуют наиболее эффективно, если управляются в рамках одного крупного предприятия, либо существование конкуренции в этих отраслях существенно нарушает общественные интересы (государственные монополии, например, в сфере военной безопасности). В данных сферах государство вынуждено устанавливать специальные нормы, которые обеспечивают права участников оборота и компенсируют отсутствие конкуренции.

Несмотря на это, монополии часто склонны к установлению чрезмерно высоких цен и экономии собственных средств для получения максимальной прибыли. При полном отсутствии конкуренции монополист не стремится к внедрению достижений научно-технического прогресса, снижает качество продукции. Ассортимент продукции монополии склонен к сокращению, а у потребителей при отсутствии выбора возникает консерватизм потребностей⁷.

¹ См.: Писенко К. А., Цинделиани И. А., Бадмаев Б. Г. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации : курс лекций. М. : Статут, 2011. С. 43.

² См.: Шишкин М. В., Смирнов А. В. Антимонopolное регулирование: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2019. С. 5–7.

³ См.: Экономика : учебник / под ред. А. С. Булатова. 3-е изд. М. : Экономистъ, 2004. С. 240–241.

⁴ См.: Шишкин М. В., Смирнов А. В. Указ. соч. С. 10–11.

⁵ См.: Писенко К. А., Цинделиани И. А., Бадмаев Б. Г. Указ. соч. С. 35–38.

⁶ Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade [Электронный ресурс] // Japan Fair Trade Commission. URL: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/amended_ama15_01.html (дата обращения: 10.02.2020).

⁷ См.: Князева И. В. Антимонopolная политика государства : учебное пособие. Новосибирск : СибАГС, 2010. С. 32–33.

Существование совершенной конкуренции на рынке также имеет позитивные и негативные последствия. Конкуренция способствует развитию среднего и малого бизнеса, при конкуренции растет количество и качество предоставляемых товаров. На рынке не возникает дефицита, при активной неценовой конкуренции потребителю предоставляется более полная информация о продукции, вследствие этого он имеет возможность полноценно удовлетворять свои потребности и реализовывать свои права⁸. Однако часто формы конкурентной борьбы приобретают жестокий и даже противозаконный характер. Положение участников оборота при совершенной конкуренции нестабильно, изменение цен становится непредсказуемым.

Таким образом, для функционирования рыночной деятельности без существенных нарушений публичных интересов и прав отдельных участников экономических отношений необходимо, чтобы она находилась под контролем со стороны государства.

Антимонопольное законодательство

Антимонопольное (конкурентное) законодательство является одним из основных методов государственного регулирования монополизации и конкуренции. Данная сфера законодательства регулирует особую комплексную отрасль права.

В самом общем виде антимонопольное право можно определить как отрасль права, которая регулирует «экономические отношения в сфере монополии и конкуренции»⁹, участниками которых могут быть государственные органы, должностные лица, физические и юридические лица, их объединения.

Важно отметить, что многие исследователи отождествляют понятия «антимонопольное» и «конкурентное» законодательство¹⁰. Однако существует мнение, что они представляют две различных области законодательства¹¹. Антимонопольное законодательство при таком подходе рассматривается как совокупность строго ограничительных мер, государство имеет право требовать от других субъектов экономических отношений поведения, которое не допускает ограничения конкуренции. Преимущественным методом антимонопольного правового регулирования является императивный метод.

Целью же конкурентного законодательства считается не только контроль за монополиями, но и поддержка и стимулирование конкуренции, развитие конкурентной среды.

Таким образом, содержание антимонопольного законодательства зависит от различных характеристик, но в общем виде, в том числе и в Японии, оно является основным регулятором рыночных отношений по поводу двух взаимосвязанных явлений — монополии и конкуренции.

Первый этап развития антимонопольного законодательства в Японии (с середины XIX в. до Второй мировой войны)

К середине XIX в. в Японии обострились многие социальные, экономические и политические проблемы, с которыми существовавшая в тот исторический период система сегуната не могла справиться. Последний сегун династии Токугава был свергнут, была восстановлена неограниченная власть императора. В новую эпоху истории, называемую по девизу правления императора «Мэйдзи», были проведены важнейшие реформы в различных сферах общественной жизни, в том числе и в экономической.

Важно отметить, что в начале данного исторического промежутка Япония была отсталой и неразвитой страной, но уже к его концу страна модернизировалась и значительно улучшила свои экономические показатели, что было обусловлено стремлением достичь независимости на международной арене и избавиться от влияния западных государств.

Реформы того времени впервые коснулись экономического явления монополии. До реставрации «Мэйдзи» законодательства, касающегося положения монополий, не только не существовало, но и существовавшая система сословного деления «си-но-ко-се» закрепляла пренебрежительное отношение к агентам экономической деятельности и определяла положение торговцев и людей, занимающихся коммерческой деятельностью, как самую низкую ступень в обществе¹².

Основным элементом японской модернизации было создание конкурентоспособной, промышленно развитой экономики, причем в большинстве случаев было безразлично, какими средствами можно достичь поставленной цели. Так, для развития наиболее важных отраслей промышленности правительство Японии посчитало прямое вмешательство государства самым эффективным методом¹³. В течение всего периода модернизации страны японское правительство с помощью предоставления предприятиям льгот

⁸ См.: Писенко К. А., Цинделиани И. А., Бадмаев Б. Г. Указ. соч. С. 40–41.

⁹ Писенко К. А., Цинделиани И. А., Бадмаев Б. Г. Указ. соч. С. 14.

¹⁰ Там же.

¹¹ См.: Тотьев К. Ю. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции) : учебник. М. : РДЛ, 2000. С. 73–74.

¹² History of Law in Japan since 1868 / edited by W. Rohl. Leiden : Brill Academic Publishers, 2005. P. 483.

¹³ Seita A., Tamura J. The Historical Background of Japan's Antimonopoly Law // University of Illinois Law Review, 1994. No. 1. P. 128.

и субсидий играло активную роль в укреплении важных отраслей. Позже к политике меркантилизма добавились высокие таможенные тарифы и осуществление государственных закупок.

Постепенно в Японии сформировался узкий круг крупнейших предприятий «дзайбацу» (яп. «собственность»), концентрировавших большое количество экономических ресурсов в своих руках. Однако большинство «дзайбацу» существовали в форме олигополий, а не монополий. Одной из причин преобладания подобной организации был интерес военной и правительственной бюрократии в поддержании некоторой степени конкуренции в отраслях тяжелой промышленности. Это было необходимо для стимулирования технологического прогресса и ограничения влияния одного предприятия на другие. Позднее вокруг «дзайбацу» появился ряд небольших предприятий, которые выполняли заказы крупного бизнеса.

Во времена правления императора Ёсихито (1912–1926), в годы так называемой «демократии Тайсё», экономический рост в Японии продолжался, но в 1920–1930-е гг. развитие после быстрого подъема резко замедлилось, в первую очередь из-за мирового экономического кризиса. В тот период на экспорт работало около 25% всех промышленных предприятий Японии, и сокращение цен на японские товары на мировом рынке привело к увеличению промышленных запасов и масштабному сокращению производства¹⁴.

Еще в 1920-х гг. японское правительство предприняло ряд мер для того, чтобы преодолеть рецессию. В этот период японский парламент, преследуя цели ограничения конкуренции и стабилизации торговли, издал закон, направленный на стимулирование экспорта для малых и средних предприятий. Данный закон позволил малым предприятиям создавать картели для контроля за ценами на экспортируемые товары.

Некоторое время спустя, в годы Сёва (1926–1989), был принят еще некоторый перечень законодательных актов, которые установили ограниченное количество предприятий, имеющих возможность заниматься бизнесом в конкретной сфере. Среди них можно назвать Закон «О банковской деятельности» 1927 г. и Закон «О черной металлургии» 1933 г.¹⁵ Важнейшим законом, регулирующим конкуренцию в Японии, стал Закон «О контроле над важными отраслями промышленности» 1931 г. По его положениям создание картелей было официально разрешено в случаях, если их деятельность была обоснованно необходима для развития национальной экономики. Для членов картеля все его соглашения становились обязательными к исполнению. В 1933 г. в закон была внесена важная поправка, по которой все картели обязаны были получать одобрение на свои действия у правительства и отчитываться перед ним. Закон стал предшественником современного антимонопольного регулирования, чертой которого является одобрение деятельности предприятий государственными органами.

На конкурентное право Японии оказывало заметное влияние участие в международных соглашениях после Первой мировой войны. Гаагская конференция 1925 г. постановила, что все государства, члены Парижской конвенции, в том числе Япония, должны принять меры по борьбе с недобросовестной конкуренцией до проведения последующей конференции в Лондоне. В 1926 г. появился проект подобного закона, но он не нашел одобрения и не был принят. По мере приближения к конференции в Лондоне японскому правительству пришлось выполнить свои обязательства. В 1934 г., незадолго до конференции, парламент принял Закон «О недобросовестной конкуренции». Сфера применения данного закона была чрезмерно ограниченной, он применялся редко и не оказывал большого влияния на экономическую ситуацию. Так, например, закон предусматривал чисто формальное положение о том, что запрещено наносить ущерб репутации товаров другого производителя.

Таким образом, перед Второй мировой войной в Японии сформировалась система, при которой в доминирующих отраслях всю экономическую власть сконцентрировали «дзайбацу». «Дзайбацу» носили некий гибридный характер, так как содержали и частные, и государственные ресурсы. Все крупнейшие «дзайбацу» представляли собой сеть из холдинговой компании, большинство акций которой принадлежало членам одной семьи, и множества дочерних компаний. Работники подчиненных компаний часто ассоциировали себя с главной компанией, а не с дочерней, их реальным работодателем. Они были готовы трудиться на благо конгломерата, испытывали чувство уважения и покорности старшим по должности. Это стало характерной чертой делового поведения японцев и сохранилось до наших дней. Остальные отрасли (производство хлопчатобумажных и шелковых тканей, обуви, фарфора и другие) японской экономики того периода были представлены малыми и средними предприятиями, часто преобразованными в картели.

Второй этап развития (с конца Второй мировой войны до начала XXI в.)

Антимонопольное законодательство в стандартном его понимании появилось в Японии лишь после Второй мировой войны в ходе деятельности оккупационных сил по демократизации и демилитаризации японского государства. До этого времени в Японии, наоборот, существовали некоторые нормы, которые поощряли монополизацию и картелизацию.

¹⁴ История Японии / Отв. ред. А. Е. Жуков. М.: Институт востоковедения РАН, 1998. Т. 2. 1868–1998. С. 321.

¹⁵ History of Law in Japan since 1868 / edited by W. Rohl. Leiden: Brill Academic Publishers, 2005. P. 527.

В п. 10–11 Потсдамской декларации, которая была подписана некоторыми странами антифашистского блока по японскому вопросу, содержались положения, обязывающие японское правительство провести демократические преобразования, реорганизовать промышленность, ликвидировать ориентированные на военную сферу предприятия¹⁶. Для осуществления перечисленных мер в Японии было создано оккупационное правительство, которое должно было состоять из нескольких стран, но фактически всей оккупационной политикой занимались только США.

Оккупационное правительство приступило к демократизации промышленности через деконцентрацию экономической власти и роспуск «дзайбацу». «Дзайбацу» были восприняты новыми властями как одни из виновников военных преступлений. Были заморожены личные активы членов семей наиболее крупных «дзайбацу», им было запрещено занимать управляющие должности в других компаниях. Некоторые «дзайбацу» были разделены на несколько мелких компаний, на месте других появились новые заменяющие предприятия.

Главнейшим шагом в развитии демократичной японской экономики было принятие самого закона «О запрете частных монополий и обеспечении справедливой торговли», временного, переходного Закона «О деконцентрации» в 1947 г. и пересмотр Коммерческого кодекса. Так, Япония стала первой азиатской страной, заимствовавшей и принявшей закон о монополии и конкуренции. Антимонопольный закон содержал многие положения американских антитрестовских законов, но был гораздо более детальным и строгим, так как США опасались, что на фоне традиционного японского мышления нормы американского антимонопольного законодательства будут неверно истолкованы.

История создания главного антимонопольного закона Японии началась еще в 1946 г., когда Министерство промышленности и торговли Японии выпустило предложение запретить чрезмерную концентрацию экономической власти, за исключением случаев, когда это выгодно и необходимо. Оккупационное правительство посчитало его неприемлемым и начало самостоятельную разработку закона, который бы полностью запретил монополии, недобросовестную торговую практику и чрезмерную экономическую концентрацию власти. Эти идеи были закреплены в ст. 1 антимонопольного закона¹⁷.

В законе дополнительно было предусмотрено создание специальной Комиссии по добросовестной торговле (Japanese Fair Trade Commission), по аналогии с американской Федеральной торговой комиссией. Ее главной обязанностью стал контроль за соблюдением норм антимонопольного закона¹⁸. Ст. 28 обращала внимание на то, что свои полномочия Комиссия должна осуществлять независимо от правительства¹⁹. Так, Комиссия фактически монополизировала область правоприменения в данной отрасли. Оккупационные власти считали, что такая концентрация правоприменительной деятельности в одном независимом органе будет наиболее эффективной для обеспечения соблюдения закона. Позднее станет понятно, что в Японии подобная система делает Комиссию более уязвимой для политического давления, а правоприменение может стать неэффективным.

Ст. 9 закона запретила создание холдинговых компаний. Ни одна компания, в том числе иностранная, не могла получить чрезмерную концентрацию экономической власти путем приобретения или владения акциями других компаний²⁰. Данное положение о запрете холдинга было отменено лишь в 1997 г. Особенным аспектом нового закона стала ст. 8, подобная которой не содержало американское антитрестовское законодательство. Данная статья запрещала предприятиям ограничивать своими действиями конкуренцию и препятствовать другим компаниям заниматься бизнесом в определенной отрасли²¹.

Многие предприятия, в основном крупные компании и поддержавшие их консервативные партии, посчитали закон чрезмерно жестоким и препятствующим экономическому росту Японии. Он был воспринят не как средство для демократизации экономики, но как наказание для проигравшей в войне страны. С самого начала идеи антимонопольного закона были чужды характеру и историческому опыту японцев, вследствие чего в 1949 г. в антимонопольный закон были внесены первые поправки.

Самым значительным изменением стало снятие прямого запрета на владение компанией акциями другой в пределах, пока приобретение акций не вредило существованию свободной конкуренции. Поправки сняли ограничение для директоров предприятий занимать руководящую должность не более чем в четырех организациях. Теперь это было запрещено лишь в случаях, если эти компании являлись конкурирующими в одной отрасли.

В 1950 г. началась Корейская война, Япония стала важным поставщиком военных товаров для США. Это дало предпосылку для активизации японской экономики и последующего «экономического

¹⁶ Заявление глав правительств Соединенных Штатов, Соединенного Королевства и Китая [Электронный ресурс] от 26 июля 1945 г. // Посольство Японии в России. URL: https://www.ru.emb-japan.go.jp/itpr_ru/1941.html#7 (дата обращения: 12.02.2020).

¹⁷ Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade [Электронный ресурс] // Japan Fair Trade Commission. URL: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/amended_ama15_01.html (дата обращения: 10.02.2020).

¹⁸ Там же.

¹⁹ Там же.

²⁰ Там же.

²¹ Там же.

чуда» в стране. Несмотря на это, многие компании не смогли устоять в условиях свободной конкуренции и обанкротились, предприятия стали требовать внесения дополнительных поправок в законодательство. В связи с возникшей ситуацией японский парламент принял так называемый Закон «О стабилизации», который позволил малым и средним предприятиям создавать картели при стабильном сокращении спроса на их продукцию.

В 1953 г. последовали новые поправки в Закон «О запрете частных монополий и обеспечении справедливой торговли». Главным итогом изменений стало допущение картелизации с разрешения министерства, руководящим той отраслью экономики, в рамках которой создается предприятие. Постепенно количество картелей, освобожденных из-под действия антимонопольного закона, увеличивалось.

На всех этапах развития основные принципы антимонопольного закона конкретизировались в актах Комиссии по добросовестной торговле. В 1950-е гг. правоприменительная деятельность Комиссии была сосредоточена на недобросовестной торговой практике и часто осуществлялась неофициально. Сосредоточение внимания на данной проблеме и уклонение от официальных действий объяснялись тем, что Комиссия старалась не вмешиваться в спорные моменты экономической политики, которые решались Министерством торговли и промышленности.

В 1970-е гг. начался крупный нефтяной кризис. Председатель Комиссии по добросовестной торговле Т. Такахаси в 1974 г. для решения экономических проблем предложил программу реформ в антимонопольном законодательстве. Среди предложенных мер было ужесточение наказаний для нарушителей антимонопольного закона, отчуждение части активов у олигополистических компаний, введение ограничения на количество акций, которое могут иметь финансовые компании. Однако Министерство международной торговли и промышленности вступило в противостояние с Комиссией, существенных изменений в законодательстве не произошло²². Министерство, чтобы избавить японскую экономику от тяжести роста цен, разрешило импортерам нефти создавать картели для повышения стоимости бензина и мазута, приобретаемых потребителями. Комиссия по добросовестной торговле придала это дело огласке. В 1984 г. Верховный суд признал действия Министерства незаконными, четырнадцать топ-менеджеров нефтяных компаний были приговорены к тюремному заключению. Такая ситуация позволила Комиссии повлиять на парламент и ужесточить некоторые положения антимонопольного закона.

Общей тенденцией 1980-х гг. в области антимонопольного регулирования была неофициальная деятельность Комиссии по добросовестной торговле в форме рекомендаций и предупреждений для компаний. Антимонопольное законодательство все чаще вступало в противоречие с интересами отдельных предприятий. В таких сферах в законодательство о монополиях вносились соответствующие смягчающие изменения. Подтверждение этому можно найти в данных исследования Комиссии по добросовестной торговле 1989 г., результаты которого показали, что почти половина экономического производства Японии по-прежнему приходится на отрасли с сильной концентрацией экономической власти²³.

В 1990-е и 2000-е гг. многие положения антимонопольного законодательства были переосмыслены. Первоначально изменения были вызваны внешним давлением, преимущественно со стороны США. Они стремились внести изменения в антимонопольный закон с целью получения наибольших выгод для американских компаний на японском рынке. Позднее, во время снижения темпов роста экономики, изменения стали частью внутренней экономической политики, которая все чаще рассматривала закон как способ создания устойчивой и развивающейся экономики. Например, в 1992 г. в Закон «О запрете частных монополий и обеспечении справедливой торговли» была внесена поправка, по которой размер штрафа за нарушение антимонопольного законодательства был увеличен в четыре раза. Со второй половины 1990-х гг. значительно сокращалось число картелей, исключенных из-под действия антимонопольного закона.

Современный этап

На современном этапе основными источниками антимонопольного права остаются Закон «О запрете частных монополий и обеспечении справедливой торговли» с соответствующими поправками и многочисленные рекомендации Комиссии по добросовестной торговле. Однако экономические условия, по сравнению с концом XX в., существенно изменились.

Одним из явлений, характерным для экономики Японии сегодня, являются компании «кэйрэцу» (яп. «ряд», «система»), которые часто называют преемниками «дзайбацу». Объединившись в «кэйрэцу», компании совместно создают многоотраслевой концерн, их положение имеет некоторые общие черты с монопольным. Фирмы обладают большим процентом акций друг друга, связи между предприятиями носят долгосрочный характер. Также каждая из них имеет тесную связь с общим крупным банком.

²² Suzuki K. *Competition Law Reform in Britain and Japan: Comparative Analysis of Policy Network*. London, New York : Routledge, 2002. P. 23.

²³ *History of Law in Japan since 1868* / edited by W. Rohl. Leiden : Brill Academic Publishers, 2005. P. 534.

Хотя многие положения главного антимонопольного закона остались неприкосновенными с 1947 г., в 2002 г. была изменена ст. 9 антимонопольного закона. Понятие «холдинговая компания» было отменено, статья стала касаться компаний с чрезмерной концентрацией экономической власти в целом.

Следующая поправка в антимонопольное законодательство 2005 г. устанавливала более строгий штраф за его нарушение. В 2009 г. был расширен перечень действий, в том числе различных видов недобросовестной конкуренции, за которые компании привлекаются к ответственности. Последнее значительное изменение в антимонопольное законодательство было внесено в 2013 г. Лица получили возможность обжаловать любое решение Комиссии в Окружной суд Токио.

Сегодня целями современного антимонопольного закона в ст. 1–2 по-прежнему провозглашаются поддержка свободной конкуренции, содействие демократическому развитию национальной экономики, обеспечение интересов широких слоев населения путем запрещения частной монополизации, ограничения торговли и недобросовестной торговой политики²⁴.

Активную роль по осуществлению контроля и модификации закона в соответствии с экономическими реалиями сохраняет за собой Комиссия по добросовестной торговле, которая по-прежнему обладает большим перечнем полномочий. Разъяснения, которые издает комиссия, в области антимонопольного регулирования корректируют нормы Закона «О запрете частных монополий и обеспечении справедливой торговли» в соответствии с требованиями времени. Например, в 2019 г. было издано руководство, касающееся злоупотребления наиболее выгодной позицией в переговорах между операторами цифровых платформ и потребителями, которые предоставляют персональную информацию.

Одной из проблем реализации антимонопольного права на данном этапе являются его противоречия с разъяснениями в рамках административного руководства, которые даются Министерством по международной торговле и промышленности. Административное руководство состоит в том, что министерство в сфере своих постоянных компетенций дает компаниям рекомендации либо делает предложения. Оно может выражаться в письменной форме, но, как правило, существует устно. В законодательстве не установлено никаких наказаний за их несоблюдение. Главная проблема таких разъяснений — содействие министерства развитию картелей или картельных соглашений в целях преодоления депрессии или рационализации промышленности. Комиссия по добросовестной торговле часто выступает против министерства, утверждая, что такое антиконкурентное административное руководство является противозаконным или, по крайней мере, нежелательным, так как оно позволяет создание картелей в обход антимонопольного закона.

По мнению автора, данную проблему можно было бы решить путем введения системы, при которой любое разъяснение министерства издавалось бы в письменной форме и перед направлением непосредственно в компанию должно было бы проверяться комиссией. В случае отклонения комиссией текста разъяснения на основаниях противоречия его положениям антимонопольного законодательства, министерство могло бы, например, обжаловать его в другой инстанции либо пересмотреть разъяснение. Подобное устройство позволило бы избежать нарушений и конфликтов и не ограничило бы полномочий министерства, так как комиссия имела бы чисто контрольные функции. В любом случае административное руководство является лишь добровольной рекомендацией, а не обязывающим компании актом.

Таким образом, современное японское антимонопольное право является важнейшей частью ее правовой системы. Оно, как и любая другая отрасль, постоянно корректируется, а органы, ответственные за реализацию норм, стремятся обеспечить наиболее эффективное их функционирование и устранить существующие недостатки.

Заключение

Подводя итог, можно сказать, что для довоенного времени в Японии характерна правительственная поддержка монопольных и олигопольных форм предприятий, для периода после Второй мировой войны — обратный процесс в виде заимствования строгих антимонопольных законов США и попытка их модификации. На современном этапе японское антимонопольное право представляет собой существенно измененное и дополненное право, которое стремится соответствовать реалиям развитого постиндустриального общества. Главным органом по реализации данных норм остается Комиссия по добросовестной торговле.

Основной проблемой антимонопольного законодательства с конца XX в. по современный этап остается его противоречие с устойчивыми японскими представлениями, согласно которым монополистические формы предприятий являются наиболее эффективными. Доказательством существования подобной проблемы может служить конфронтация Комиссии по добросовестной торговле и административного руководства от Министерства по международной торговле и промышленности. Как считает автор, данный конфликт можно разрешить, например, путем введения системы проверок комиссией предложений министерства.

²⁴ Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade [Электронный ресурс] // Japan Fair Trade Commission. URL: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/amended_ama15_01.html (дата обращения: 10.02.2020).

Таким образом, антимонопольное законодательство Японии — уникальный элемент японского законодательства, сущность, проблемы и противоречия которого можно понять, только рассмотрев его в исторической перспективе.

Литература

1. История Японии / Отв. ред. А. Е. Жуков. М. : Институт востоковедения РАН, 1998. Т. 2. 1868–1998. 703 с.
2. *Князева, И. В.* Антимонопольная политика государства : учебное пособие. Новосибирск : СибАГС, 2010. 232 с.
3. *Писенко, К. А., Цинделиани, И. А., Бадмаев, Б. Г.* Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации : курс лекций. М. : Статут, 2011. 414 с.
4. *Тотьев, К. Ю.* Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции) : учебник. М. : РДЛ, 2000. 352 с.
5. *Шишкин, М. В., Смирнов, А. В.* Антимонопольное регулирование : учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2019. 143 с.
6. Экономика : учебник / под ред. А. С. Булатова. 3-е изд. М. : Экономистъ, 2004. 896 с.
7. History of Law in Japan since 1868 / edited by W. Rohl. Leiden : Brill Academic Publishers, 2005. 848 p.
8. *Seita, A., Tamura, J.* The Historical Background of Japan's Antimonopoly Law // University of Illinois Law Review. 1994. No. 1. P. 115–185.
9. *Suzuki, K.* Competition Law Reform in Britain and Japan : Comparative Analysis of Policy Network. London, New York : Routledge, 2002. 206 p.

References

1. History of Japan [Istoria Yaponii] / Ed. A. E. Zhukov. M. : Institute of Oriental studies of the Russian Academy of Sciences, 1998. Vol. 2. 1868–1998. 703 p. (In rus)
2. History of Law in Japan since 1868 / edited by W. Rohl. Leiden : Brill Academic Publishers, 2005. 848 p.
3. Economy : the textbook [Ekonomika : uchebnik] / edited by A. S. Bulatov. 3rd ed. Moscow : Ekonomist, 2004, 896 p. (In rus)
4. *Knyazeva, I. V.* Antimonopoly Policy of the State : textbook [Antimonopolnaya politika gosudarstva : uchebnik]. Novosibirsk : SibAGS, 2010. 232 p. (In rus)
5. *Pisenko, K. A., Tsindeliani, I. A., Badmaev, B. G.* Legal Regulation of Competition and Monopoly in the Russian Federation : a Course of Lectures [Pravovoe regulirovanie konkurencii i monopolii v Rossijskoj Federacii : kurs lekcij]. Moscow : Statute, 2011. 414 p. (In rus)
6. *Shishkin, M. V., Smirnov, A. V.* Antimonopoly Regulation : Textbook and Practice for Bachelor's and Master's Degrees [Antimonopolnoe regulirovanie : uchebnik i praktikum dlya bakalavriata i magistratury]. Moscow : Yurayt, 2019. 143 p. (In rus)
7. *Totev, K. Yu.* Competitive Law (Legal Regulation of Competition) : textbook [Konkurentnoe pravo (pravovoe regulirovanie konkurencii) : uchebnik]. Moscow : RDL, 2000. 352 p. (In rus)
8. *Seita, A., Tamura, J.* The Historical Background of Japan's Antimonopoly Law // University of Illinois Law Review. 1994. No. 1. Pp. 115–185.
9. *Suzuki, K.* Competition Law Reform in Britain and Japan : Comparative Analysis of Policy Network. London, New York : Routledge, 2002. 206 p.

Юрисдикционный иммунитет Российской Федерации как субъекта международного частного права

Киченина Виктория Сергеевна

заведующий кафедрой правового обеспечения внешнеэкономической деятельности Санкт-Петербургского филиала Российской таможенной академии, Санкт-Петербург, Российская Федерация, кандидат юридических наук; vskichenina@yandex.ru

Хузин Артем Русланович

студент юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Российской таможенной академии, Санкт-Петербург, Российская Федерация; tanker.gunner@gmail.com

АННОТАЦИЯ

В данной статье рассмотрено понятие юрисдикционного иммунитета. Представлены проблемные положения, связанные с пониманием в теории, законодательстве и судебной практике юрисдикционного иммунитета. Проанализировано международное и национальное законодательство, связанное со статусом государства при его вступлении в частноправовые отношения. На основе проведенного исследования авторы предлагают меры, направленные на формирование однозначного подхода в понимании юрисдикционного иммунитета Российской Федерации.

Ключевые слова: иммунитет, государство, частноправовые отношения, внешнеторговые сделки, юрисдикция

Jurisdictional Immunity of the Russian Federation as a Subject of International Private Law

Victoria S. Kichenina

Head of the Department of Legal Support of Foreign Economic Affairs of the St. Petersburg Branch of the Russian Customs Academy, St. Petersburg, Russian Federation, PhD; vskichenina@yandex.ru

Artem R. Huzin

Law Student of the St. Petersburg Branch of the Russian Customs Academy, St. Petersburg, Russian Federation; tanker.gunner@gmail.com

ABSTRACT

This article discusses the concept of jurisdictional immunity. The problematic provisions related to the understanding of jurisdictional immunity in theory, legislation and judicial practice are presented. The international and national legislation related to the status of the state upon its entry into private law relations is analyzed. Based on the study, the authors propose measures aimed at creating a unique approach in understanding the jurisdictional immunity of the Russian Federation.

Keywords: immunity, state, private law relations, foreign trade transactions, jurisdiction

Международное сотрудничество многообразно по формам и сферам взаимодействия. Оно реализуется различными видами субъектов, среди которых есть и государства. Последние не только выступают в качестве субъектов властных отношений, т. е. межгосударственных отношений публично-правового характера, регулируемых международным публичным правом, но и участвуют в частноправовых отношениях имущественного либо неимущественного характера, т. е. в частноправовые трансграничные отношения, регулируемые международным частным правом. В данной работе в целях раскрытия понятия юрисдикционного иммунитета РФ как субъекта международного частного права использованы сравнительно-правовой метод исследования, а также метод анализа существующих норм национального и международного права в этой сфере правового регулирования.

Иммунитет государства — один из краеугольных институтов международного частного права, определяющих правовое положение государства в международных сделках и в целом в частноправовых трансграничных отношениях¹. Иммунитет, в соответствии с которым государство при осуществлении им гражданско-правовых актов с субъектами национального права иностранных государств не подсудно иностранным судам, не подчиняется действию иностранных нормативно-правовых актов, освобождается от обеспечительных и принудительных мер по иску и исполнению судебного решения, а также ареста и реквизиции собственности, ранее было принято обосновывать обычно-правовой нормой, вытекающей из принципов суверенного равенства и уважения суверенитета государств, действующих в международном частном праве². Исходя же из современной правовой действительности, был принят ряд актов национального и международно-правового характера, которые в полной мере освещают указанные вопросы.

Первым и основным из таких источников выступает Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 г. Российская Федерация не подписывала и не ратифицировала данный международный договор, Однако 2 декабря 2004 г. резолюцией 59/38 Генеральной Ассамблеи ООН была принята Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (далее — Конвенция). Нормы данной Конвенции изменяют и дополняют нормы Европейской конвенции об иммунитете государств и во многом повторяют ее положения³. Исходя из положений п. 1 ст. 30 Конвенции, она вступает в силу после сдачи тридцатой ратификационной грамоты (на момент 2020 г. сдано только 22 ратификационные грамоты). Однако, несмотря на вышесказанное, для правовых реалий Российской Федерации, хотя бы с точки зрения теоретических подходов, данный документ является основным доктринальным источником в рассматриваемой теме ввиду следующего:

- с учетом изменений и дополнений более свежие (в сравнении с 1972 г.) нормы Конвенции отражают более современные подходы к пониманию юрисдикционного иммунитета государства;
- Конвенция была подписана и ратифицирована Российской Федерацией⁴;
- нормы Конвенции уже были частично имплементированы в национальное законодательство (ФЗ РФ «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства» (далее — ФЗ РФ «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства»)).

Значение термина «иммунитет», исходя из буквального толкования всех положений Конвенции, а также приложения к данной Конвенции «Толкования в отношении определенных положений», прямо не освещается и употребляется в общем «контексте проекта статей в целом».

Само понятие «юрисдикционный иммунитет» сложилось в международном праве сначала в качестве обычной нормы, а затем стало определяться судебной практикой, законодательством и международными договорами и означает право государства не подчиняться национальному процессуальному законодательству других государств⁵.

Юрисдикционный иммунитет государства, согласно нормам Конвенции, имеет три составляющие:

- иммунитет государства в отношении себя и своей собственности от юрисдикции судов другого государства (судебный иммунитет — ст. 5 Конвенции);
- иммунитет государства в отношении принудительных мер до вынесения судебного решения, таких как обращение взыскания или арест, в отношении собственности государства в связи с разбирательством в суде другого государства (иммунитет от принудительного обеспечения иска — ст. 18 Конвенции);
- иммунитет государства от принимаемых после вынесения судебного решения принудительных мер, таких как обращение взыскания, арест и исполнение решения, в отношении собственности государства в связи с разбирательством в суде другого государства (иммунитет от принудительного исполнения решения — ст. 19 Конвенции)⁶.

В связи с вышесказанным, анализируя смысловую нагрузку Конвенции, необходимо сделать несколько оговорок.

1. Иммунитет государства основывается на том, что оно обладает суверенитетом, что все государства равны. Это начало международного права выражено в общем принципе международного права: “*Par in parem non habet imperium*” («Равный над равным права не имеет»). Следовательно, установление иммунитета государства всегда находится исключительно в его же юрисдикции.

¹ Бариева А. А. Проблемы развития законодательства Российской Федерации в сфере международного гражданского процессуального права // Инновационная наука. 2017. № 2. С. 35.

² Souresh A. Jurisdictional Immunities of the State: Why the ICJ Got it Wrong // European Journal of Legal Studies. No. 9. 01.04.2017. P. 15.

³ Европейская конвенция об иммунитете государств (ETS № 74). Заключена в г. Базеле 16.05.1972 (в действ. ред.) // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 2 декабря 2004 г. № 59/38 «Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности» (здесь и далее тексты нормативных актов используются и цитируются по СПС «Консультант Плюс». — Примеч. авт.).

⁵ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. [и др.] Международное частное право : учебник / отв. ред. Н. И. Марышева. 4-е изд., перераб. и доп. М. : ИЗИСП, КОНТРАКТ, 2018. С. 128.

⁶ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 2 декабря 2004 г. № 59/38 «Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности».

2. Признание юрисдикционного иммунитета исходит из принципа добровольности его установления государством, к которому он относится, и такого же принципа добровольности от его отказа.
3. Признание иммунитета ни в коей мере не должно состоять в освобождении государства от выполнения принятых им на себя обязательств или в освобождении государства от ответственности за неисполнение обязательств⁷.

Все вышесказанное, однако, необходимо ограничивать от иммунитетов, данных государствам в рамках международного публичного права⁸. Так, в соответствии со ст. 3 Конвенции в понятие юрисдикционного иммунитета не входят:

- иммунитеты, предоставляемые государству в отношении его дипломатических представительств, консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях и относящихся к ним лиц;
- иммунитеты, предоставляемые главам государств;
- иммунитеты в отношении воздушных судов и космических объектов, принадлежащих государству и эксплуатируемых им⁹.

В соответствии с п. 1 ст. 7 Конвенции государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства в отношении какого-либо вопроса или дела, если оно явно выразило согласие на осуществление этим судом юрисдикции в отношении такого вопроса или дела, в силу:

- международного соглашения (договора);
- письменного контракта;
- заявления в суде или письменного сообщения в рамках конкретного разбирательства¹⁰.

В этой статье ярко проявляется принцип добровольности отказа от юрисдикционного иммунитета.

В юридической доктрине обычно рассматриваются две концепции иммунитета государства:

- абсолютного иммунитета;
- ограниченного иммунитета.

Концепция абсолютного иммунитета исходит из его применения в любых правовых ситуациях, независимо от характера сложившихся между субъектами правоотношений.

Согласно концепции функционального (ограниченного) иммунитета, иностранное государство, его органы, а также их собственность пользуются иммунитетом только тогда, когда государство осуществляет суверенные функции, т. е. действия *jure imperii*. Если же государство совершает действия коммерческого характера (заключение внешнеторговых сделок, концессионных и иных соглашений), т. е. действия *jure gestionis*, то оно не пользуется иммунитетом. Иными словами, представители концепции ограниченного иммунитета считают, что, когда государство ставит себя в положение частного лица, к нему могут предъявляться иски, а на его собственность распространяются принудительные меры¹¹.

Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности построена именно на концепции ограниченного иммунитета. Так, данная Конвенция предписывает ряд ограничительных случаев, когда государство — участник Конвенции в случае возникновения спора и отнесения его к компетенции иностранных судебных органов не может ссылаться на свой юрисдикционный иммунитет.

- Если государство заключает коммерческую сделку с иностранным физическим или юридическим лицом (ст. 10). При этом под коммерческой сделкой согласно ст. 2 Конвенции следует считать любой контракт или сделку коммерческого, промышленного, торгового или профессионального характера, за исключением трудового договора.
- Если государство и иностранное физическое лицо заключают трудовой договор и спор возникает относительно работы, которая была или должна быть выполнена полностью или частично на территории этого другого государства (ст. 11).
- Дела, возникающие из деликтных обязательств (обязательств вследствие причинения вреда здоровью или имуществу), если действия или бездействия имели место полностью или частично на территории этого другого государства (ст. 12).
- Дела, предметом которых является защита вещных прав на недвижимое имущество и на любое имущество, если вещные права на него возникают в силу наследования (ст. 13).

⁷ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. [и др.] Международное частное право : учебник / отв. ред. Н. И. Марышева. 4-е изд., перераб. и доп. М. : ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2018. С. 130–131.

⁸ Еникеев О. А. Спорные положения главы 45.1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // Правовое государство: теория и практика. № 4 (46). 2016. С. 109.

⁹ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 2 декабря 2004 г. № 59/38 «Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности».

¹⁰ Там же.

¹¹ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. [и др.] Международное частное право: учебник / отв. ред. Н. И. Марышева. 4-е изд., перераб. и доп. М. : ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2018. С. 135.

- Дела, предметом которых является установление права на результаты интеллектуальной деятельности (ст. 14)¹².

Конвенция предусматривает оговорку к указанным правилам: «Если государства напрямую не договорились об ином».

Если рассуждать о том, какой концепции придерживается Российская Федерация, то однозначный вывод, на первый взгляд, сделать сложно, т. к. в национальном законодательстве отсутствует ФЗ «О юрисдикционном иммунитете РФ» или иной нормативно-правовой акт, так или иначе отражающий позицию РФ в данном вопросе в отношении себя. В п. 1 ст. 7 Закона «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства» указано, что иностранное государство не пользуется в Российской Федерации судебным иммунитетом в отношении споров, связанных с участием иностранного государства в гражданско-правовых сделках с физическими лицами, или юридическими лицами, или иными образованиями, не имеющими статуса юридического лица, иного государства, если такие споры в соответствии с применимыми нормами права подлежат юрисдикции суда Российской Федерации и указанные сделки не связаны с осуществлением иностранным государством суверенных властных полномочий. Анализируя данное положение, можно сделать вывод о закреплении в законодательстве РФ функционального иммунитета. Также следует учитывать нормы АПК РФ и ГПК РФ в силу прямого указания закона об этом (ст. 256.3 АПК РФ¹³ и 417.3 ГПК РФ¹⁴).

До принятия Закона «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства» в 2015 г. с учетом положений доктрины российского права можно было сделать практически однозначный вывод о том, что РФ придерживается концепции абсолютного иммунитета. Однако с момента вступления в силу указанного Закона стало очевидным движение РФ в сторону концепции ограниченного иммунитета.

Ст. 7 Закона «Об юрисдикционных иммунитетах иностранного государства» отражает суть ст. 10 Конвенции, т. е. основного постулата ограниченного иммунитета — государство не может ссылаться на юрисдикционный иммунитет, если оно вступает в частно-правовые отношения с физическими или юридическими лицами (в данном случае основу частноправовых трансграничных отношений составляют коммерческие сделки). Однако согласно п. 4 ст. 7 Закона «Об юрисдикционных иммунитетах иностранного государства» при решении вопроса о том, связана ли сделка, совершенная иностранным государством, с осуществлением его суверенных властных полномочий, суд Российской Федерации принимает во внимание характер и цель такой сделки. Исходя из буквального толкования данной нормы, можно сделать вывод, что устанавливать характер правоотношений (частноправовой или публично-правовой) будет именно суд Российской Федерации¹⁵. Таким образом, ключевую роль при разрешении данного вопроса будет играть доказательная база, предоставленная сторонами и обосновывающая в полной мере характер заключенной сделки. Однако с учетом внешнеполитических установок, сложившихся в современном мире, несложно будет предположить, что суд РФ будет толковать представленные сторонами доказательства, отражающие суть сделки, не в пользу интересов правосудия, а в пользу интересов Российской Федерации в зависимости от предмета спора и процессуально-правового статуса сторон. Можно сделать вывод о том, что именно положения данного п. 4 ст. 7 Закона «Об юрисдикционных иммунитетах иностранного государства» в том числе выступают сдерживающим фактором для роста инвестиционной привлекательности Российской Федерации.

Помимо вышеуказанных отличий, в Законе также присутствует так называемый принцип взаимности (ст. 4 Закона «Об юрисдикционных иммунитетах иностранного государства»), закрепляющий положение, согласно которому Российская Федерация может применять ограничения в отношении юрисдикционного иммунитета иностранных государств, если аналогичные ограничения имеются в таких государствах в отношении РФ. Наличие данного положения также свидетельствует о неопределенности концепции юрисдикционного иммунитета РФ, т. к. определяющие положения данного закона, например п. 1 ст. 5 или п. 1 ст. 7 Закона «Об юрисдикционных иммунитетах иностранного государства», не будут применяться в определенных случаях, что опять же ставит вопрос о наличии противоречия при их совместном практическом применении¹⁶. Также, исходя из положений рассмотренного ранее п. 4 ст. 7 Закона «Об юрисдикционных иммунитетах иностранного государства», можно сделать вывод о том, что если на практике суд иностранного государства вынесет решение о признании характера сделки как частноправовой и, соответственно, об освобождении РФ от права ссылаться на юрисдикционный иммунитет, то Российская Федерация введет аналогичные меры на ее территории в отношении этого иностранного государства, что также осложняет практику правоприменения и влечет в первую очередь создание условий, при которых возникает нежелание

¹² Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 2 декабря 2004 г. № 59/38 «Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности».

¹³ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (в действ. ред.).

¹⁴ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (в действ. ред.).

¹⁵ ФЗ РФ от 03.11.2015 № 297-ФЗ «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации» (в действ. ред.).

¹⁶ Там же.

иностранных государств заключать сделки коммерческой направленности с российскими физическими и юридическими лицами¹⁷.

Практическое применение всего вышесказанного также может породить проблемы в связи с принятием поправок к Конституции РФ. Согласно законопроекту «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации публичной власти», вносятся следующие поправки в ст. 79 Конституции РФ: решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации, не подлежат исполнению в Российской Федерации¹⁸. Таким образом, решения межгосударственных органов могут быть истолкованы как противоречащие Конституции РФ и на территории РФ не исполняться, что еще больше затруднит положение РФ на международной арене. Более того, аналогичные последствия могут быть применимы и для споров из внешнеэкономических сделок, что может повлечь необратимые последствия для внешнеэкономической и инвестиционной деятельности РФ¹⁹.

Помимо этого, в Постановлении Пленума ВАС РФ от 11.06.1999 № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса» в п. 8 содержится положение о том, что Арбитражный суд принимает иск по коммерческому спору, ответчиком в котором является иностранное государство, выступающее в качестве суверена, или межгосударственная организация, имеющая иммунитеты согласно международному договору, только при наличии явно выраженного согласия ответчика на рассмотрение спора в арбитражном суде Российской Федерации. Подобное согласие следует рассматривать в качестве отказа от судебного иммунитета иностранного государства или международной организации.

Согласие на рассмотрение спора в арбитражном суде Российской Федерации должно быть подписано лицами, уполномоченными законодательством иностранного государства или внутренними правилами международной организации на отказ от судебного иммунитета²⁰.

Следовательно, можно сделать вывод о том, что Российская Федерация не отказалась от концепции абсолютного иммунитета, а все вышеуказанные изменения носят весьма противоречивый характер. Помимо этого, стоит отметить, что достаточно сложно определить, каким образом государство, вступая в частно-правовые отношения, может преследовать в сделке непубличные интересы. И как в суде будет доказываться этот частный интерес.

Таким образом, наиболее оптимальным решением в сложившейся ситуации может явиться принятие нормативного акта, в котором четко бы указывался подход к юрисдикционному иммунитету именно РФ. Это помогло бы преодолеть существующие противоречия в законодательстве и судебной практике и привело бы к однозначному нормативному, а не судебному толкованию положений, касающихся юрисдикционного иммунитета РФ.

Литература

1. *Бариева А. А.* Проблемы развития законодательства Российской Федерации в сфере международного гражданского процессуального права // Иновационная наука. 2017. № 2. С. 34–37.
2. *Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г.* [и др.] / Международное частное право : учебник / отв. ред. Н. И. Марышева. 4-е изд., перераб. и доп. М. : ИЗИСП, КОНТРАКТ, 2018. 1054 с.
3. *Еникеев О. А.* Спорные положения главы 45.1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // Правовое государство: теория и практика. № 4 (46). 2016. С. 109–112.
4. *Хлестова И. О.* Новый Закон «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства» // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 2. С. 128–135.
5. *Souresh A.* Jurisdictional Immunities of the State: Why the ICJ Got It Wrong // European Journal of Legal Studies. 2017. Vol. 9. Issue 2. Pp. 15–36.

References

1. *Barieva, A. A.* Problems of Development of the Legislation of the Russian Federation in the Field of International Civil Procedural Law [Problemy razvitiya zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii v sfere mezhdunarodnogo grazhdanskogo protsessual'nogo prava] // Innovative science [Inovatsionnaya nauka]. 2017. No. 2. Pp. 34–37.

¹⁷ Там же.

¹⁸ Законопроект «Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации “О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации публичной власти”» (внесен Президентом Российской Федерации 20.01.2020).

¹⁹ *Хлестова И. О.* Новый Закон «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства» // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 2. С. 129.

²⁰ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса» (в действ. ред.).

2. *Borisov, V. N., Vlasova, N. V., Doronina, N. G.* / Private international law : a textbook [Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebnyk] / responsible ed. N. I. Mary'sheva. 4th ed., rev. and add. M. : IZiSP, Contract [KONTRAKT], 2018. P. 1054.
3. *Enikeev, O. A.* Controversial Provisions of Chapter 45.1 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation [Spornye polozheniya glavy 45.1 Grazhdanskogo protsessual'nogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii] // The rule of law: theory and practice. [Pravovoe gosudarstvo: teoriya i praktika]. No. 4 (46). 2016. Pp. 109–112.
4. *Khlestova, I. O.* New Law “On Jurisdictional Immunities of a Foreign State and Property of a Foreign State” [Novyi Zakon “O yurisdiktsionnykh immunitetakh inostrannogo gosudarstva i imushchestva inostrannogo gosudarstva”] // Journal of Foreign Law and Comparative Law [Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya]. 2016. No. 2. Pp. 128–135.
5. *Souresh, A.* Jurisdictional Immunities of the State: Why the ICJ Got It Wrong // European Journal of Legal Studies. 2017. Vol. 9. Issue 2. Pp. 15–36.

Правовая природа дополнительного платежа по акцизам, исчисленного с применением повышающего коэффициента, и проблемы применения расчетного метода доначисления акциза в условиях применения повышенного коэффициента

Ногина Оксана Аркадьевна

профессор кафедры административного и финансового права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация, доктор юридических наук; oksana_nogina1@mail.ru

АННОТАЦИЯ

Настоящая статья посвящена актуальной проблеме анализа признаков дополнительного платежа по акцизам, обязанность по уплате которого возникает в связи с превышением предельных объемов реализации подакцизных товаров в конце календарного года. В статье дается анализ проблем налогового регулирования исчисления дополнительного платежа расчетным методом при квалификации необоснованности полученной налогоплательщиком налоговой выгоды.

Ключевые слова: акцизы на табачную продукцию, повышающий коэффициент, исчисление акциза, расчетный метод, необоснованная налоговая выгода

The Legal Nature of the Additional Payment of Excise Taxes Calculated Using an Increasing Coefficient, and the Problems of Applying the Calculation Method of Additional Excise Tax in the Conditions of Applying an Increased Coefficient

Oksana A. Nogina

Professor of the Department of Administrative and Financial Law, Faculty of Law, St. Petersburg State University, Sankt Petersburg, Russian Federation, Doctor of Law; oksana_nogina1@mail.ru

ABSTRACT

This article is devoted to the actual problem of analyzing the signs of an additional payment for excise duties, the obligation to pay which arises in connection with exceeding the maximum volume of sales of excisable goods at the end of the calendar year. The article analyzes the problems of tax regulation calculation of an additional payment by the settlement method when determining the unfounded tax benefit received by the taxpayer.

Keywords: excise taxes on tobacco products, increasing coefficient, calculation of excise tax, calculation method, unjustified tax benefit

Федеральным законом от 30.11.2016 № 401-ФЗ ст. 194 НК РФ дополнена п. 9, в соответствии с которым налогоплательщики, осуществляющие на территории Российской Федерации производство сигарет, и (или) папирос, и (или) сигарилл, и (или) биди, и (или) кретека, в случаях, если совокупный объем реализованных организацией за налоговый период подакцизных товаров, поименованных в абзаце первом данного пункта, превышает среднемесячный совокупный объем реализованных указанных подакцизных товаров в предыдущем календарном году, исчисляют суммы акциза по указанным подакцижным товарам за налоговые периоды, начинающиеся с 1 сентября (включительно) каждого календарного года по 31 декабря (включительно) того же года, с учетом коэффициента T , определяемого в порядке, установленном п. 9 ст. 194 НК РФ.

Согласно пояснительной записке к указанному выше закону реализация данной нормы была направлена на избежание сложившейся многолетней производственной практики товаропроизводителей, когда

налогоплательщики, зная о предстоящем повышении ставок акциза с нового календарного года, стремились сэкономить на уплате сумм акцизов, подлежащих уплате в бюджет, за счет значительного увеличения объема реализации продукции в конце каждого календарного года по действующим до начала календарного года более низким ставкам акциза. То есть речь идет о ситуации, связанной с формированием значительного объема товарного запаса непосредственно перед повышением ставки по акцизам. Соответственно, норма п. 9 ст. 194 НК РФ при ее принятии была направлена именно на ограничение объема производства и реализации табачной продукции в 4-м квартале каждого календарного года, а не на получение дополнительного дохода в бюджет в виде обязательной уплаты дополнительного платежа, который представляет собой лишь дополнительные имущественные последствия для налогоплательщика, превысившего объемы производства и реализации табачной продукции в 4-м квартале по сравнению со среднемесячными объемами реализации продукции в предыдущем календарном году.

В заключении на законопроект, который предусматривал введение п. 9 ст. 194 НК РФ, правовым управлением Совета Федерации были выявлены недостатки предлагаемой к введению нормы законопроекта в части порядка исчисления среднемесячного объема реализации товаров (общий объем реализации за год, деленный на 12) и сравнения его с базовым показателем предшествующего календарного года, которые заключаются в том, что предложенный законодательный механизм не позволяет разграничить случаи увеличения производства и реализации подакцизной табачной продукции, как связанные, так и не связанные с уклонением от уплаты налогов. Такое регулирование, как отмечается в заключении, не соответствует п. 4 ст. 3 Налогового кодекса, согласно которому не допускаются налоги и сборы, создающие препятствия для незапрещенной законной экономической деятельности граждан и организаций¹.

Подобного рода вывод оправдывает ситуацию, когда объемы реализации и производства табачных изделий в течение одного из месяцев календарного года могут значительным образом отличаться от таких же объемов в других месяцах по объективным причинам, связанным с производственными процессами. Сам расчет коэффициента, применяемого к сумме акциза, уплачиваемого в сентябре, октябре, ноябре и декабре каждого календарного года, предусматривающий соотнесение совокупного объема реализованных организацией за налоговый период (соответствующий календарный месяц) подакцизных товаров (V_{np}) к среднемесячному совокупному объему реализованных указанных подакцизных товаров в предыдущем календарном году (V_{cp}), показывает стремление законодателя преодолеть месячные колебания объемов производства и реализации путем расчета среднемесячного совокупного объема реализованных подакцизных товаров, определяемых путем деления общего объема реализации указанных товаров за год на 12.

В связи с установленным порядком расчета коэффициента возникает вопрос о возможности признания полученной налогоплательщиком налоговой выгоды необоснованной и занижения суммы акцизов в случае повышенных объемов производства и реализации табачных изделий в июле и августе каждого календарного года, т. е. в месяцах, предшествующих периоду начала применения коэффициента.

Во-первых, следует отметить, что в отличие от ранее существовавшей ситуации, когда объемы производства и реализации увеличивались непосредственно в связи с повышением налоговой ставки, в условиях введения коэффициента налоговая выгода уже не может быть связана с повышением ставки, а коррелирует с наличием или отсутствием у налогоплательщика обязанности по применению коэффициента к сумме акциза в 4-м квартале календарного года в зависимости от количественных показателей объемов производства и реализации табачной продукции.

Во-вторых, следует отметить, что обязанность налогоплательщика по уплате данного дополнительного платежа возникает только в определенных случаях (т. е. платеж носит «факультативный», а не обязательный характер) и зависит от соотношения совокупного объема реализованных организацией за налоговый период (соответствующий календарный месяц) подакцизных товаров и среднемесячного совокупного объема реализованных указанных подакцизных товаров в предыдущем календарном году. Направленность нормы на ограничение объемов реализуемой продукции в последнем квартале календарного года очевидна, но в то же время само законодательное предписание подталкивает налогоплательщика, который является субъектом предпринимательской деятельности и целью которого в соответствии со ст. 2 ГК РФ является извлечение и увеличение получаемой прибыли, к распределению увеличивающихся объемов производства и реализации табачной продукции между другими месяцами календарного года.

Естественно, что в силу объективных причин, связанных с организацией и функционированием производства, перераспределение увеличенных объемов производства возможно в основном во 2–3-м квартале календарного года, что отнюдь не может рассматриваться как получение необоснованной налоговой выгоды, поскольку увеличение объемов производства и реализации продукции, а значит необходимость перераспределения этих объемов в течение календарного года, может зависеть от объективно меняющихся условий рынка. В результате в предпринимательской деятельности налогоплательщика в связи с введени-

¹ Заключение Правового Управления Аппарата Совета Федерации [Электронный ресурс]. URL: <http://sozd.duma.gov.ru/bill/11078-7> (дата обращения: 04.08.2020).

ем взимания дополнительного платежа, исчисляемого при применении коэффициента Т, складывается ситуация, когда в 4-м квартале календарного года накопление товарного запаса не производится, а осуществляется распределение повышенных объемов производства в другие периоды календарного года. Подобного рода ситуация не приводит к получению необоснованной налоговой выгоды, поскольку фактически реализует цель, изначально поставленную самим законодателем, — ограничить объемы производства и реализации в 4-м квартале календарного года. Кроме того, необходимо иметь в виду, что увеличение поступлений сумм акциза до начала 4-го квартала в бюджет в результате перераспределения увеличенных объемов в течение 2–3-го кварталов может рассматриваться в качестве своеобразной «компенсации» в середине календарного года вместо уплаты дополнительного платежа.

Таким образом, взимание дополнительного платежа по акцизу в 4-м квартале в большей степени характеризует его не как обязательный дополнительный платеж в бюджет, а как правовой и экономический механизм, направленный на дополнительное ограничение объемов производства и реализации табачной продукции в 4-м квартале каждого календарного года.

Заметим, что в правовых позициях КС РФ подчеркивается, что акциз по своему экономико-правовому содержанию (сущности) призван, влияя на цену товара определенной категории, уменьшать доходность производства и реализации этого товара и тем самым становиться барьером для поступления его на рынок, а значит, и для его потребления². То есть в конечном итоге в случаях, когда достигнута законодательная цель — ограничение объемов производства и реализации табачной продукции в 4-м квартале у конкретного налогоплательщика, налоговая выгода, полученная организацией в результате неприменения коэффициента в 4-м квартале в связи с перераспределением объемов производства в течение 2–3-го квартала календарного года, должна рассматриваться как обоснованная, поскольку нарушения в превышении объемов производства и реализации продукции в 4-м квартале не наступает, соответственно, не наступает и негативных имущественных последствий в виде уплаты дополнительного платежа, который фактически представляет собой своеобразную имущественную «меру ответственности» за совершенное налогоплательщиком нарушение налогового законодательства.

Выявление правового характера того или иного платежа, как правило, осуществляется в судебной практике, особенно в актах Конституционного суда РФ (КС РФ), который, в частности, может рассмотреть тот или иной платеж как возмещение ущерба, компенсацию или санкцию. К примеру, в своих актах КС РФ рассматривает пеню как компенсацию потерь государственной казны в результате недополучения налоговых сумм в срок в случае задержки уплаты налога. При этом обязанность по уплате пеней производна от основного налогового обязательства и является не самостоятельной, а обеспечивающей (акцессорной) обязанностью³. В другом примере Высший Арбитражный суд РФ признал, что уплата процентов за пользование бюджетными средствами по договору бюджетного кредита, установленная нормами ст. 290 и ст. 291 Бюджетного кодекса РФ, является по своей правовой природе гражданско-правовой, то есть законной неустойкой (ст. 332 ГК РФ).

Таким образом, судебная практика содержит множество примеров, когда судами дается особая правовая квалификация тому или иному дополнительному платежу, исходя из направленности и цели его взимания. Исходя из вышеизложенного, представляется вполне правомерным рассматривать разницу между суммой акциза, исчисленной с применением повышенного коэффициента, и суммой акциза без применения коэффициента в качестве санкции за превышение объемов производства табачной продукции в последнем квартале календарного года.

В-третьих, в данном случае следует отметить, что поскольку коэффициент рассчитывается с учетом среднемесячных совокупных объемов реализации товаров предыдущего года, то размер налоговой выгоды не может оцениваться в пределах колебаний объемов реализации одного календарного года и должен быть оценен в горизонте двух календарных лет. Более того, поскольку в июле или августе при повышенном объеме производства налогоплательщик уплатит сумму акциза, большую по отношению к предыдущим и последующим месяцам, то указанное превышение может оказаться перекрывающим по сумме размер дополнительного платежа, подлежащего уплате в 4-м квартале, т. е. может отсутствовать налоговая выгода как таковая либо она может иметь несущественный для налогоплательщика размер.

В целом оценка налоговой выгоды, полученной налогоплательщиком в рассматриваемой ситуации, представляется в условиях существующего законодательного регулирования весьма затруднительной, поскольку налоговая выгода должна в конечном счете выражаться в количественном измерении суммы налога, подлежащей доплате в бюджет. В частности, при возникновении претензий налоговых органов относительно завышения объемов реализации продукции в определенных месяцах календарного года, для расчета коэффициента налоговому органу придется применить количественное выражение объемов

² Определение Конституционного суда РФ от 13.03.2018 № 592-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы акционерного общества «Дека» на нарушение конституционных прав и свобод п. 14 ст. 187 и п. 5 ст. 200 Налогового кодекса Российской Федерации».

³ Постановление Конституционного суда РФ от 17.12.1996 № 20-П «По делу о проверке конституционности п. 2 и п. 3 ч. 1 ст. 11 Закона Российской Федерации от 24 июня 1993 г. «О федеральных органах налоговой полиции»».

реализации продукции, отличных от реальных объемов, т. е. некие расчетные показатели объемов производства, порядок определения которых налоговым законодательством не установлен. Возникает вопрос о том, каким образом налоговый орган должен определить представляющийся ему экономически обоснованным «объем производства»? Усреднить среднегодовые объемы текущего года он не вправе, поскольку такой методики расчета объемов производства в сентябре, октябре, ноябре и декабре каждого календарного года Налоговым кодексом не установлено и вряд ли является обоснованным, поскольку направленность налоговой законодательной нормы свидетельствует о том, что публичный субъект установил необходимость скорректировать именно объемы реализации продукции последнего квартала, а не всего текущего календарного года.

По мнению, складывающемуся в судебной практике, налоговый орган не может самостоятельно формировать методы доначисления налогов, не установленные налоговым законодательством⁴. В связи с указанными обстоятельствами и законодательной неопределенностью исчисления коэффициента в случаях, когда налоговый орган оспаривает в количественном выражении реальные объемы производства продукции, возникает вопрос о возможности применения расчетного метода согласно ст. 31 НК РФ в зависимости от соотношения таких же показателей по иным аналогичным налогоплательщикам. При этом следует учитывать правовую позицию Конституционного суда РФ о том, что допустимость применения расчетного пути исчисления налогов, предусмотренного пп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ, непосредственно связана с обязанностью правильной, полной и своевременной их уплаты и обуславливается неправомерными действиями (бездействием) налогоплательщика. Названное законоположение не только содержит перечень оснований для применения расчетного метода определения налогового обязательства, но и закрепляет обязательное условие (устанавливает метод), при соблюдении которого определение суммы налогов в данном случае может быть признано достоверным. Так, за основу для расчета принимаются сведения не о любых иных налогоплательщиках, а лишь о тех, которые обладают по отношению к проверяемому налогоплательщику аналогичными, т. е. максимально приближенными экономическими характеристиками, влияющими на формирование налогооблагаемой базы. Таким образом, определение налогового обязательства расчетным методом не предполагает его осуществления на произвольных основаниях⁵. В то же время определение финансовых показателей налогоплательщика расчетным путем, на основании имеющейся у налоговых органов информации о нем, а также данных об иных аналогичных налогоплательщиках, основано на гипотезе о том, что у другого налогоплательщика, добросовестно занимающегося тем же видом деятельности в сходных экономических условиях, размер налоговой базы с большой долей вероятности предполагается таким же⁶. Однако применение такого метода в рассматриваемой ситуации представляется проблематичным, поскольку у иных аналогичных налогоплательщиков может складываться такая же ситуация, связанная с колебаниями объемов производства и реализации продукции, как и у проверяемого лица. Кроме того, у иных налогоплательщиков могут быть особые, присущие только их производству, экономические и организационные особенности, существенным образом влияющие на процессы производства продукции. Указанное обстоятельство не позволяет в этом случае применить метод определения коэффициента и доначисления акциза по иным аналогичным налогоплательщикам.

Как правило, судебная практика рассматривает случаи применения расчетного метода доначисления налогов в случае отсутствия достоверного учета объектов налогообложения, дефектов в ведении налогового и бухгалтерского учета, отсутствия документальной базы, позволяющей налоговому органу установить размер реального налогового обязательства. Судами отмечается, что налоги могут быть исчислены достоверно только при надлежащем оформлении учета доходов и расходов, в то время как применение расчетного метода предполагает исчисление налогов с той или иной степенью вероятности⁷. В свою очередь, налоговый орган должен сначала выявить основания для применения расчетного метода, предусмотренные ст. 31 НК РФ, и указать их в своем решении, принятом по итогам налоговой проверки⁸. Однако доначисление акциза в связи с неприменением коэффициента в большинстве случаев не будет содержать ни одного из оснований, предусмотренных ст. 31 НК РФ для применения расчетного метода. По мнению, складывающемуся в судебной практике, налоговый орган в процессе налоговой проверки должен установить реальные налоговые обязательства налогоплательщика⁹, и только в случае невозможности такого установления может применяться расчетный метод.

⁴ Определение Конституционного суда РФ от 18.09.2014 № 1822-О, Определение ВАС РФ от 05.09.2012 № ВАС-8277/12 по делу № А29-5132/2011; Постановление Президиума ВАС РФ от 10.04.2012 № 16282/11 по делу № А55-5386/2011.

⁵ Определение Конституционного суда РФ от 29.09.2015 № 1844-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Продовольственная база № 4» на нарушение конституционных прав и свобод пп. 7 п. 1 ст. 31 Налогового кодекса Российской Федерации».

⁶ Определение Верховного Суда РФ от 25.01.2016 № 302-КГ15-17939 по делу № А78-14492/2014.

⁷ Президиум ВАС РФ в Постановлении от 22.06.2010 № 5/10 по делу № А45-15318/2008-59/444.

⁸ Определение Верховного Суда РФ от 10.11.2015 № 57-КГ15-8.

⁹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.10.2018 № Ф05-17284/2018 по делу № А40-105536/2017.

В свою очередь, Конституционный суд РФ также исходит из того, что сами по себе законоположения Налогового кодекса не допускают возможности доначисления налогоплательщику сумм налогов в размере большем, чем это установлено законом, поскольку сами определяют размер налоговой обязанности исходя из фактических показателей хозяйственной деятельности налогоплательщика.

Что касается возможности использования коэффициента, примененного налогоплательщиком в предыдущем году, то налоговое законодательство также не содержит возможности такого метода доначисления акциза. Таким образом, в настоящее время Налоговый кодекс не устанавливает какого-либо метода определения расчетных объемов производства и реализации подакцизной продукции в целях исчисления коэффициента при предъявлении требований налоговых органов, связанных с необоснованностью полученной налогоплательщиком налоговой выгоды в связи с завышением объемов производства в июле-августе или иных месяцах календарного года. Установление «предполагаемого» объема реализации продукции в целях исчисления коэффициента и исчисления недоимки по акцизам за последний квартал календарного года должно быть экономически основанным на исследовании соответствующего рынка продукции с учетом роста или понижения рыночных показателей, т. е. налоговым органом должна быть проведена специальная экспертиза рынка по определенной продукции за соответствующий период времени с учетом того, что для расчета коэффициента должен применяться совокупный объем табачной продукции, в то время как по конкретным видам табачной продукции рынок производства и потребления может вести себя по-разному.

Проблема признания налоговой выгоды необоснованной в силу ст. 54.1 НК РФ при отсутствии оснований для применения коэффициента, вызванная колебаниями объемов табачной продукции в течение календарного года, связана также и с особой юридической конструкцией расчета коэффициента, увеличивающего размер акцизов в последнем квартале календарного года. Дело в том, что ст. 54.1 НК РФ направлена на применение ее положений к гражданско-правовым сделкам (п. 2 и п. 3 ст. 54.1 НК РФ), в то время как размер коэффициента зависит не от условий гражданско-правовых сделок, а от процесса построения производства и выпуска определенного объема табачной продукции.

Произвольное и необоснованное определение налоговым органом «предполагаемых» объемов производства, отличных от реальных, будет означать, что налоговый орган вменил по собственной воле налогоплательщику сумму его налоговых обязательств, рассчитав коэффициент и недоимку по собственному усмотрению, а не реконструировал его реальные налоговые обязательства, что является существенным нарушением прав налогоплательщика на осуществление только такого налогового изъятия, сумма которого определяется исключительно на основе законодательных норм, а не по усмотрению властного органа.

Поставив перед собой задачу предотвращения избегания занижения суммы акциза, подлежащего уплате в бюджет, за счет значительного увеличения объема реализации продукции в 4-м квартале каждого года по более низким ставкам акциза в связи с увеличением ставок с 1 января следующего календарного года, законодатель решил за такое увеличение объемов производства взимать повышенную за счет применения коэффициента сумму акциза сверх размера обычного акцизного платежа, установленного гл. 22 НК РФ для первого, второго и третьего квартала. То есть, как указывалось выше, основной целью законодателя являлось ограничение объемов производства, а не взимание платежа. В результате если перераспределение объемов производства и реализации табачной продукции осуществляется налогоплательщиком в пределах календарного года таким образом, что соблюдается ограничение объемов производства в 4-м квартале, то полученная налогоплательщиком налоговая выгода не может рассматриваться как необоснованная, поскольку такой организацией производства достигается установленная законодателем цель и в то же время налогоплательщик получает прибыль как субъект предпринимательской деятельности.

«Профессиональные качества» игроков, тренеров и расторжение трудового договора just cause

Кашаева Анастасия Александровна

магистрант юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация; n.kashaeva2012@mail.ru

АННОТАЦИЯ

Тема контрактной стабильности между клубами и тренерами не раз поднималась в решениях Спортивного арбитражного суда. Тем не менее данный вопрос до сих пор остается актуальным, поскольку между клубами и игроками, тренерами зачастую возникают споры относительно обоснованности расторжения с ними трудового договора. В статье поднимаются вопросы, связанные с толкованием в практике Комитета по статусу игроков ФИФА и Спортивного арбитражного суда понятий эффективности и производительности игроков, тренеров, достижения определенного результата в трудовой деятельности. Автором затрагивается проблема расторжения трудовых договоров с игроками и тренерами в связи с несоответствием их профессиональных качеств стандартам, заявленным клубами, и применения к игрокам санкций на основании этого. Кроме того, предлагается и обосновывается использование обобщенного термина «профессиональные качества» применительно к подобным спорам и отмечаются перспективы использования практики CAS в последующем.

Ключевые слова: основания расторжения трудового договора, несоответствие профессиональных качеств как just cause, практика Комитета по статусу игроков ФИФА и Спортивного арбитражного суда

“Professional Qualities” of Players, Coaches and Termination of the just cause Employment Contract

Anastasia A. Kashaeva

Candidate for a Master’s Degree, Law Faculty, St. Petersburg State University, St. Petersburg, Russian Federation; n.kashaeva2012@mail.ru

ABSTRACT

The issue of contractual stability between clubs and coaches has been raised more than once in the decisions of the Court of Arbitration for Sport. However, this issue is still relevant, since there are often disputes between clubs and players and coaches regarding the validity of termination of the employment contract with them. The article raises questions related to the interpretation in the practice of the FIFA Players’ Status Committee and the Court of Arbitration for Sport of the concepts of efficiency and productivity of players, coaches, and achieving a certain result in work. The author considers the problem of termination of employment contracts with players and coaches due to non-compliance of their professional qualities with the standards declared by clubs, and the application of sanctions to players on the basis of this. In addition, the use of the generalized term “professional qualities” in relation to such disputes is proposed and justified, and the prospects for using the CAS practice in the future are noted.

Keywords: grounds for termination of the employment contracts, just cause, practice of the FIFA Players’ Status Committee and the Court of Arbitration for Sport

Регулирование вопросов труда футболистов, тренеров в периметре ФИФА предлагает базовый минимум защиты прав и законных интересов субъектов спорта и не претендует на детальную регламентацию. Так, Регламент ФИФА по статусу и переходам игроков¹ (далее — Регламент) предусматривает несколько оснований прекращения действия контрактов, заключаемых клубами с профессиональными футболистами².

¹ Regulations on the Status and Transfer of Players [Электронный ресурс]. URL: <https://www.fifa.com/about-fifa/official-documents/law-regulations/index.html> (дата обращения: 25.04.2020).

² Рассматривая в настоящей статье основания расторжения контрактов с тренерами, мы распространяем соответствующие выводы и на помощников тренера как аналогичный персонал.

Положения ст. 13 Регламента устанавливает два базовых основания прекращения действия контракта между игроком-профессионалом и клубом: по истечении срока действия контракта или по взаимной договоренности. Наряду с ними Регламент предусматривает особые основания, которые выражаются в волеизъявлении одной из сторон договора: 1) обоснованная причина (*just cause*); 2) спортивно-обоснованная причина (*sporting just cause*); 3) без обоснованной причины (*without just cause*).

Критерии обоснованной причины не перечислены в положениях ст. 14 Регламента, вследствие этого установление причины происходит применительно к каждому конкретному делу с учетом всех обстоятельств. Спортивный арбитражный суд (далее — CAS, арбитраж) в вопросе оценки наличия или отсутствия *just cause* следует своей практике³ и требует, чтобы одна из сторон совершила серьезное нарушение условий договора. Поведение, которое нарушает условия трудового договора, по умолчанию не может служить оправданием для расторжения соглашения по инициативе одной из сторон. Однако, если нарушений несколько или одно нарушение является продолжаемым, тогда неприемлемость поведения стороны договорным обязательствам достигает такого уровня серьезности, что другая сторона вправе расторгнуть соглашение. Аналогичное разъяснение содержится в официальном комментарии ФИФА к Регламенту⁴.

Прекращение трудовых отношений в профессиональном спорте должно происходить тогда, когда «страдавшая» сторона не может добросовестно ожидать от другой стороны продолжения трудовых отношений, поскольку последней совершено серьезное нарушение условий контракта⁵. Прежде чем прибегать к такой крайней (*ultime*) мере, как отмечает арбитраж в деле *Arbitration CAS 2016/A/4693 Al Masry Sporting Club vs. Jude Aneke Ilochukwu*, award of 24 April 2017⁶, стороне рекомендуется уведомить нарушающую сторону о необходимости прекращения нарушений: несмотря на необязательность уведомления по такому поводу в трудовых отношениях в профессиональном спорте, арбитраж рассматривает уведомления в качестве важного шага, который может повлиять на прекращение нарушения, особенно если такое нарушение не достигло «совершенно неприемлемого уровня»⁷.

В трудовом договоре между клубом и профессиональным футболистом в деле *Arbitration CAS 2015/A/4039 Nashat Akram vs. Dalian Aerbin Football Club*, award of 3 February 2016⁸ содержалось условие о праве игрока на расторжение контракта в одностороннем порядке в случае задолженности клуба по заработной плате в течение более трех месяцев. Игрок не оспаривал такой пункт соглашения и подписал его, тем самым согласившись с однозначной формулировкой условия. Из материалов дела следовало, что задолженность по заработной плате не превышала 36 дней, что означало, в соответствии с доктриной *pacta sunt servanda*, отсутствие нарушения со стороны клуба, которое являлось бы серьезным для возникновения *just cause*. Действительно, задолженности клуба нарушали договорные обязательства, но согласно позиции арбитража такое нарушение не было серьезным, чтобы являться *just cause* для расторжения футболистом трудового договора.

Являются ли «профессиональные качества» футболиста, тренера обоснованной причиной для прекращения клубом действия контракта или представляют собой пример расторжения соглашения без обоснованной причины?

Термин «профессиональные качества» спортсмена, тренера не закреплен в положениях Регламента, что обуславливает обращение к правоприменительной практике спортивных юрисдикционных органов ФИФА и CAS, в которой представлено всего несколько релевантных решений.

В практике Комитета ФИФА по статусу игроков (далее — Комитет) и CAS вопрос о «профессиональных качествах» рассматривался в контексте «показателей» футболиста, то есть его результативности в соревнованиях.

1. «Профессиональные качества» — обоснованная причина (*just cause*)?

Прежде всего, следует отметить, что «профессиональные качества» спортсменов могут выступать предметом рассмотрения не только споров между клубом и игроком, но и споров, возникающих между клубами, что будет продемонстрировано нами впоследствии в приведенных решениях. В первую очередь, как свидетельствует практика юрисдикционных органов ФИФА, такие дела связаны с требованиями об исполнении трансферного контракта.

Так, в споре № 05171060-е⁹ футбольный клуб прекратил действие трудового договора с игроком в связи с «плохими показателями», оценить которые было невозможно при заключении с ним трудового договора,

³ См.: *Arbitration CAS 2007/A/1352 MKE Ankaragücü Spor Kulübü vs. Charles Edouard Coridon*, award of 25 June 2008, para. 18; *Arbitration CAS 2008/A/1447 E. v Diyarbakirspor*, award of 29 August 2008, para. 12; *Arbitration CAS 2009/A/1956 Club Tofta Itróttarfélag, B68 vs. R.*, award of 16 February 2010, para. 5.

⁴ *Commentary on the Regulations for the Status and Transfer of Players*, article 14 [Электронный ресурс]. URL: <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-rstp-commentary-2006.pdf?cloudid=eeorr2eogoidxzlwhr8> (дата обращения: 25.04.2020).

⁵ См.: *Arbitration CAS 2008/A/1447 E. v Diyarbakirspor*, award of 29 August 2008, para. 12.

⁶ *Arbitration CAS 2016/A/4693 Al Masry Sporting Club vs. Jude Aneke Ilochukwu*, award of 24 April 2017.

⁷ Там же, para. 105.

⁸ *Arbitration CAS 2015/A/4039 Nashat Akram vs. Dalian Aerbin Football Club*, award of 3 February 2016.

⁹ 05171060-е. *Decisions of Players' Status Committee. Club vs. Club Disputes* [Электронный ресурс]. URL: <https://resources.fifa.com/image/upload/05171060-e-2908628.pdf?cloudid=avrogetf9fwbqjnhkq28> (дата обращения: 25.04.2020).

и отказался от исполнения условий трансферного соглашения. Рассматривая дело, Комитет отметил, что действие соглашения о трансфере, заключенного клубами, не зависит от трудовых отношений между клубом и игроком, что отражает самостоятельность и независимость двух юридических отношений, возникающих между разными субъектами. Как следствие, трансферное соглашение между клубами не утрачивает силу, несмотря на последующее расторжение трудового договора между игроком и новым футбольным клубом¹⁰. Такие же требования были заявлены в споре № 05172111-е¹¹: когда трудовой контракт между игроком и футбольным клубом был расторгнут в течение полугода по причинам «неожиданно плохих результатов игрока», а позиция Комитета предсказуемо являлась аналогичной спору № 05171060-е.

Комитет в обоих случаях не дал оценки «плохим показателям» с точки зрения *just cause*, поскольку трудовые отношения, возникшие между клубом и игроком, не являются предметом данного юрисдикционного органа (относятся к компетенции Палаты ФИФА по разрешению споров). Тем не менее оба решения ставят точку в вопросе о взаимосвязи между трансферным соглашением и последующим расторжением трудового договора даже при гипотетическом наличии обоснованной причины, связанной с «профессиональными качествами» игрока. На наш взгляд, любые сомнения о «профессиональных качествах» должны разрешаться до заключения трансферного контракта, в ином случае юридическая сила такого соглашения не ставится под сомнение. Возможно ли в связи со сделанным выводом провести параллель с «профессиональными качествами» и исполнением трудовых договоров? Представляется, что предлагаемая аналогия может быть уместной по следующей причине. Соглашение с футболистом является, чаще всего и за исключением ситуации «свободного агента», результатом трансферного контракта, и если качества игрока известны на момент принятия решения о переходе, то и заключение трудового договора новым клубом происходит на основе данного фактического обстоятельства. Но обратимся к практике CAS, в которой «профессиональные качества» рассматривались в связи с обсуждением «обоснованной причины» (*just cause*) для расторжения трудового соглашения.

В спорах Arbitration CAS 2011/A/2596 Anorthosis Famagusta FC vs. Ernst Middendorp¹² и Arbitration CAS 2011/A/2597 Anorthosis Famagusta FC vs. Heinz Peter Vollmann¹³ арбитраж рассматривал вопрос относительно «профессиональных качеств» тренера и его помощника в качестве обоснованной причины: трудовые договоры были расторгнуты в связи с «отсутствием спортивных результатов» (*absence of sporting results*). Под «отсутствием спортивных результатов» футбольный клуб рассматривал проигранный матч и, как следствие, исключение из турнира.

В договорах, заключенных с тренером и его помощником, были указаны основания расторжения клубом соглашения в одностороннем порядке в случае «серьезного» нарушения условий или по иной «серьезной причине». Можно заметить, что данная формулировка является попыткой клуба сформулировать «обоснованную причину», применяемую для контрактов профессиональных футболистов. «Серьезная причина», по мнению клуба, должна означать любое серьезное нарушение и (или) серьезное невыполнение условий контракта, дисциплинарных правил работодателя и (или) национальной футбольной ассоциации и (или) систематическое противоправное поведение.

Футбольный клуб, расторгая договор, посчитал недостижение определенных спортивных результатов сразу и «серьезным» нарушением условий договора, и иной «серьезной причиной» — несоблюдением дисциплинарных правил¹⁴. Клуб решил, что тренер серьезно нарушил «явные и подразумеваемые условия» соглашения (недостижение результатов) и внутренние правила (показатели команды). Ссылаясь на параграф «С» внутреннего регламента клуба и, в частности, на главу, касающуюся показателей команды, было указано, что выступление команды не соответствовало стандартам, которые запрашивал клуб, а дисциплина игроков не была надлежащим образом выстроена тренером¹⁵. Таким образом, спортивный результат хотя и не являлся условием договора, однако достижение определенных спортивных результатов, по мнению клуба, выступало «подразумеваемым условием соглашения».

Тренер и помощник тренера, в свою очередь, указали, что не знали о внутренних правилах, на которые ссылался клуб, и не могли гарантировать спортивный успех команды¹⁶. Помимо этого, было отмечено, что клуб на протяжении всего разбирательства не мог ответить на целый ряд вопросов, в том числе: «Какие внутренние правила нарушили тренер и его помощник?», «Какое конкретное поведение вызвало такое нарушение?», «Каким образом эти внутренние правила были ими приняты или, по крайней мере, доведены до их сведения?», «Почему клуб не был обязан подавать предупредительное уведомление до того, как растор-

¹⁰ Там же.

¹¹ 05172111-е. Decisions of Players' Status Committee. Club vs. Club Disputes, para. 8 [Электронный ресурс]. URL: <https://resources.fifa.com/image/upload/05172111-e-2916776.pdf?cloudid=av3kczvz9wjgr2ywdcho> (дата обращения: 25.04.2020).

¹² Arbitration CAS 2011/A/2596 Anorthosis Famagusta FC vs. Ernst Middendorp.

¹³ Arbitration CAS 2011/A/2597 Anorthosis Famagusta FC vs. Heinz Peter Vollmann.

¹⁴ Arbitration CAS 2011/A/2596 Anorthosis Famagusta FC vs. Ernst Middendorp, paras. 2.8–2.10.

¹⁵ Там же, paras. 2.9, 2.10.

¹⁶ Arbitration CAS 2011/A/2596 Anorthosis Famagusta FC vs. Ernst Middendorp, para. 2.14; Arbitration CAS 2011/A/2597 Anorthosis Famagusta FC vs. Heinz Peter Vollmann, para. 2.13.

гнуть контракт, если данные правонарушения со стороны тренера и его помощника имеют такой серьезный характер?»

Рассматривая оба спора, CAS сформулировал однозначную правовую позицию: отсутствие или недостижение спортивных результатов не может, как правило, само по себе являться основанием расторжения трудового договора, и такая причина не может выступать в качестве обоснованной (*just cause*), поскольку тренер и помощник тренера не могут гарантировать спортивный успех команды¹⁷.

В споре Arbitration CAS 2015/A/4161 Vladimir Sliskovic vs. Qingdao Zhongneng Football Club, award of 28 April 2016: 1) трудовые отношения с помощником тренера были прекращены через три дня после пропуска последней из трех тренировок; 2) клубом не было представлено никаких доказательств его предшествующего неприемлемого поведения; 3) со стороны клуба не последовало никаких объяснений помощнику о причинах. В процессе разрешения спора клуб уточнил, что в связи с систематической неявкой помощника тренера на тренировки «качественные показатели» команды и игроков были несомненно ухудшены. Такой результат, по мнению клуба, являлся нарушением дисциплинарных правил клуба, регулирующих порядок осуществления деятельности тренерским персоналом¹⁸. Как можно заметить, здесь присутствует попытка установить взаимосвязь между ухудшением «профессиональных качеств» команды, игроков, выражающимся в результатах выступлений, и неправомерным поведением помощника тренера и тем самым найти обоснованную причину для его дальнейшего увольнения.

Арбитраж отметил, что, следуя требованию о добросовестном поведении участников трудовых отношений, от клуба требовалось, как минимум, начать дисциплинарное производство в отношении помощника — ему можно было направить предупреждение с целью прекращения нарушений, а затем, при сохранении неприемлемой ситуации, к помощнику были бы применены другие дисциплинарные санкции, такие как выговор или штраф. Увольнение должно было стать последней мерой дисциплинарной ответственности (*ultime*), если нарушение достигло серьезного уровня и «...не все ошибки работника однозначно предоставляют клубу право в одностороннем порядке расторгнуть трудовой договор»¹⁹.

Действуя в рамках названных рассуждений и опираясь на доказанные в процессе факты, CAS обоснованно посчитал, что отсутствие помощника на трех тренировках не может рассматриваться как серьезные нарушения, оправдывающие *just cause* прекращение трудовых отношений в одностороннем порядке клубом. Таким образом, CAS не нашел причинно-следственной связи между ухудшением спортивных показателей команды, игроков и поведением помощника тренера. Несмотря на то, что «профессиональные качества» непосредственно самого помощника тренера не рассматривались в качестве основания для расторжения трудового договора, данное решение представляется интересным с другой точки зрения. «Профессиональные качества» игроков и команды в целом только косвенно зависят от деятельности тренеров и (или) помощников тренеров и, соответственно, далеко не всегда влияют на результаты. Такой подход арбитража представляется более чем логичным. В ином случае досрочное расторжение трудового договора клубом с тренером осуществлялось бы с завидной регулярностью и в большинстве случаев по «обоснованному основанию» (*just cause*) без соответствующей компенсации последнему, разрушая само существование стабильности контрактных отношений, провозглашенной ФИФА в качестве руководящего принципа в положениях раздела IV Регламента.

2. «Профессиональные качества» как основание для применения спортивных санкций

В споре Arbitration CAS 2012/A/2844 Gussev Vitali vs. C.S. Fotbal Club Astra & Romanian Professional Football League (RPFL) футбольный клуб применил «дисциплинарную санкцию» в виде сокращения заработной платы на 25%.

Клуб ссылался на то, что санкция, примененная к игроку, основана на внутренних актах клуба и является дисциплинарной. В данном случае санкция связана не с отсутствием фактов участия в матчах, а с отношением игрока к тренировочному процессу. Футболист был обязан посещать тренировки, но в результате неявки демонстрировал спортивную неэффективность и низкую производительность²⁰. Представляется, что в данном случае уместно рассматривать заявленные клубом основания в аспекте «профессиональных качеств», поскольку такие качества применены и к тем случаям, когда встает вопрос о физических кондициях спортсмена.

CAS отметил, что наложение спортивных санкций на игрока и расторжение договора в связи с его «производительностью» на соревнованиях является неприемлемым и необоснованным. Не существует определенных критериев, по которым можно было бы оценить качество игры спортсмена, равно как сравнить с показателями игрока в предыдущем сезоне. Следовательно, «профессиональные качества» футболиста не

¹⁷ Arbitration CAS 2011/A/2596 Anorthosis Famagusta FC vs. Ernst Middendorp, paras. 9, 10.

¹⁸ Arbitration CAS 2015/A/4161 Vladimir Sliskovic vs. Qingdao Zhongneng Football Club, award of 28 April 2016, para. 8.

¹⁹ Там же, para. 114.

²⁰ Arbitration CAS 2012/A/2844 Gussev Vitali vs. C.S. Fotbal Club Astra & Romanian Professional Football League (RPFL), para. 4.11.

могут выступать основанием санкции, негативно отражающейся на оплате труда, если при этом не доказано ненадлежащее поведение игрока²¹.

Представляется верным применить позицию арбитража по аналогии к случаям расторжения договора определенных «профессиональных качеств» («эффективности» и «производительности») футболиста: данное основание не может выступать в качестве обоснованной причины. Во-первых, как отмечал CAS, отсутствуют критерии эффективности и производительности, на основании которых возможно было бы применять такое основание. В данном случае не рассматривался вопрос о ненадлежащем исполнении обязанностей, возложенных на игрока. Во-вторых, оценка профессиональных качеств должна быть произведена футбольным клубом на этапе заключения договора, а не в период его действия. Следовательно, уровень эффективности или профессиональные качества не должны выступать в качестве обоснованной причины для расторжения трудового договора.

Выводы

«Профессиональные качества» в рассмотренных нами решениях оценивались клубами исходя из отсутствия спортивных результатов тренера, эффективности («производительности»), а также физических способностей футболиста. Вполне очевидно, что понятие «профессиональных качеств» в практике представлено собирательным (эффективность, производительность, достижение определенного результата) и искусственно созданным в интересах мотивации обоснованного основания расторжения трудового договора в соответствии со ст. 14 Регламента.

Несмотря на отсутствие понятия «профессиональных качеств» в положениях Регламента ФИФА, затруднительно обнаружить и последовательность позиций Комитета, арбитража по поводу содержания данного термина. Тем не менее доводы футбольного клуба относительно эффективности или профессиональных качеств своего персонала (футболиста, тренера) не принимались в качестве обоснованной причины (*just cause*). Это, несомненно, имеет значение для формирования последующей пресекающей практики, не позволяющей интерпретировать обоснованную причину как универсальное основание, маскирующее реальную причину одностороннего расторжения с отсутствием обязанности по выплате компенсации.

Юридические последствия прекращения клубом трудовых отношений с тренером, помощником тренера в отсутствие *just cause* должны рассматриваться с учетом положений главы IV Регламента. Данная глава, как было отмечено в споре *Arbitration CAS 2015/A/4161 Vladimir Sliskovic vs. Qingdao Zhongneng Football Club, award of 28 April 2016*, направлена на поддержание контрактной стабильности не только между клубами и тренерами, но и с помощниками тренеров.

Единственный способ защиты интересов клуба в ситуации оценки эффективности или профессиональных качеств игрока видится в предъявлении требований Комитета к клубу, с которым было заключено соглашение о трансфере футболиста. Однако следует отметить, что в таких случаях необходимым условием будет выступать неправомерное поведение клуба-ответчика, которое может выражаться, к примеру, в обмане или введении в заблуждение на момент заключения соглашения, что является достаточно проблематичным для доказывания. Регламент не указывает на такое основание ничтожности соглашения о трансфере, и потребуются обратиться к правоприменительной практике Комитета и арбитража, описывающей конкретные прецеденты. Будет ли ваша ситуация им соответствовать? Фактические обстоятельства, скорее всего, не позволят говорить об идентичности двух кейсов, возвращая вам всю полноту бремени доказывания неправомерности действий клуба-контрагента. Следовательно, выявлять потенциал футболиста необходимо до заключения трансферного соглашения и тем более до заключения с ним трудового договора.

На наш взгляд, наличествующая практика Комитета и CAS позволяет сделать и еще один важный вывод: «профессиональные качества», какое бы содержание не вкладывалось клубами в данное понятие, не обладают статусом «подразумеваемых условий» контракта между клубом и профессиональным футболистом, тренером. Значит, такие качества нельзя представить ни как серьезное нарушение или невыполнение условий соглашения, ни как серьезное нарушение дисциплинарных правил работодателя, ни как систематическое противоправное поведение.

²¹ Arbitration CAS 2012/A/2844 Gussev Vitali vs. C.S. Fotbal Club Astra & Romanian Professional Football League (RPFL), para. 8.24.

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ 2020. № 3(5)

Директор
издательско-полиграфического центра
Е. Ю. Князев

Ответственный редактор
И. К. Шмарко

Корректор
Е. А. Лысунец

Верстка
А. Л. Сергеенок

Учредитель
Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации

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

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

*Точка зрения редакции может не совпадать с мнением авторов статей.
При перепечатке ссылка на журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» обязательна.*

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

Подписано к публикации 16.09.2020.
Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов.
Сайт журнала <https://www.taljournal.ru>
Объем данных 2,225 Мб.
Тираж (количество носителей) 90 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